

RÉFLEXIONS SUR LES DOMMAGES PUNITIFS ET EXEMPLAIRES

Daniel Gardner*
Ste-Foy

Les dommages punitifs et exemplaires sont étrangers aux systèmes de droit civil issus de la codification, comme le droit québécois. Ces institutions de common law sont pourtant d'application de plus en plus fréquente au Québec, au gré des interventions législatives ponctuelles du dernier quart de siècle. À partir du cas concret de la violation du droit d'auteur, le présent texte établit la spécificité du droit québécois en matière d'octroi de dommages punitifs. Cependant, cette spécificité peut et même doit se concrétiser, en matière de droit d'auteur, de manière à ne pas créer des distorsions trop grandes dans l'application de la loi fédérale, selon que le litige origine du Québec ou d'une autre province canadienne.

Punitive damages are unknown to civilian systems. Nevertheless these remedies of the common law have been imported piecemeal into Quebec by legislation over the last quarter century. By employing the law of copyright the author examines the present nature of punitive damages in Quebec and argues that their development in that jurisdiction must be governed by the policy of evenness of application of the federal law of copyright across Canada.

<i>Introduction</i>	199
1. <i>Aperçu de la situation en droit québécois</i>	200
1.1 <i>Les dispositions législatives en présence</i>	201
1.2 <i>Le problème d'ordre terminologique</i>	203
2. <i>Étude d'un cas particulier: la violation du droit d'auteur</i>	204
2.1 <i>L'interprétation donnée à la loi hors du Québec</i>	205
2.2 <i>L'interprétation donnée à la loi au Québec</i>	206
2.3 <i>Les solutions envisageables</i>	208
2.3.1 <i>La reconnaissance d'un régime canadien uniforme</i>	208
2.3.2 <i>La reconnaissance de la spécificité de la situation québécoise</i>	209
2.4 <i>Le quantum des dommages punitifs</i>	211
2.4.1 <i>La gravité de la faute</i>	212
2.4.2 <i>Le montant des dommages compensatoires</i>	212
2.4.3 <i>La situation patrimoniale du défendeur</i>	214
2.4.4 <i>Le payeur</i>	215
2.4.5 <i>Quelques pistes d'évaluation</i>	215
<i>Conclusion</i>	217

* Daniel Gardner, de la Faculté de droit, Université Laval, Ste-Foy, Québec.

Introduction

Le droit québécois est un droit mixte, au sens où l'on peut parler d'un rattachement à deux familles de droit. En droit civil, l'influence du droit français a été prépondérante, même si le *Code civil du Bas Canada* renferme des traces d'influence de la common law. Cela se vérifie non seulement au niveau des règles testamentaires et du droit de la preuve, comme on le souligne habituellement, mais également en ce qui concerne le droit des obligations¹. En jurisprudence, il existe des exemples bien connus où l'influence de la common law a entraîné une modification de la règle civiliste applicable². D'autres exemples sont moins connus mais ont entraîné des conséquences aussi dévastatrices pour les victimes de préjudice corporel. Qui se souvient de l'article 1149, alinéa deux du *Code civil du Bas Canada*, qui permettait l'octroi d'une indemnité sous forme de rente sans le consentement du débiteur? L'article 1616 du *Code civil du Québec* a balayé la règle, sous l'influence d'un arrêt de la Cour suprême en provenance de l'Alberta³.

Cette influence n'est pas nécessairement la source de solutions critiquables. L'imposition d'un plafond d'indemnisation au préjudice moral accordé à la victime d'un grave préjudice corporel est un exemple clair d'une décision, rendue à l'origine à l'autre bout du pays, dont l'application au Québec a eu les mêmes effets bénéfiques sur la prévisibilité des indemnités⁴. Certaines notions de common law sont par ailleurs utilisées directement par les tribunaux québécois. Ainsi le *novus actus interveniens*, qui n'est rien d'autre qu'une application particulière des règles civilistes de la causalité, est d'application courante⁵. Il est à noter que cette

¹ À titre d'exemples, mentionnons l'apparition de la notion de «considération» à côté de la cause (art. 989 C.c.B.C.), ainsi que le rejet de la lésion entre personnes majeures capables (art. 1012 C.c.B.C.).

² Par exemple, le refus d'indemniser le *solatium doloris* pendant plus d'un siècle (*Canadian Pacific Railway c. Robinson*, (1886-1888) 14 R.C.S. 105, 115 et ss.), «erreur historique» finalement corrigée par la Cour suprême dans l'arrêt *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.

³ *Andrews c. Grand & Toy of Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, 235 («nos règles d'indemnisation ne permettent pas de versements périodiques»). L'art. 1616 al. 1 du *Code civil du Québec* (ci-après cité: «C.c.Q.») dispose dorénavant que «[L]es dommages-intérêts accordés pour la réparation d'un préjudice sont, à moins que les parties n'en conviennent autrement, exigibles sous la forme d'un capital payable au comptant.»

⁴ *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629 (C.-B.), 640. C'est entre autres pour cette raison que nous nous dissocions de la décision plus récente de cette même cour, qui a refusé d'établir un plafond d'indemnisation lorsque le préjudice moral ne résulte pas de blessures corporelles: *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, 1197-1199 (cas de diffamation). Le refus de dépasser le plafond de 100 000\$ (indexé depuis 1978) a été réaffirmé par la Cour suprême en matière de préjudice corporel: *Ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674 (C.-B.), 722 à 724.

⁵ Pour deux exemples tirés de décisions de la Cour d'appel: *Hydro Québec c. Girard*, [1987] R.R.A. 80 (C.A.), 83; *Bernard c. Mattera*, [1991] R.R.A. 446 (C.A.), 448. Le *novus actus interveniens* «[s]e dit d'une cause postérieure du dommage à celle qu'invoque le demandeur. Cette cause plus récente permet au défendeur de se disculper en prouvant que sa faute n'est pas la cause efficiente (*causa causans*) du dommage causé»: A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985 à la p. 188.

influence d'un système sur l'autre se fait dans les deux sens. À titre d'exemple, comment ne pas reconnaître l'institution de la stipulation pour autrui, inconnue en common law et mise à profit dans un litige relatif à un contrat d'entreposage?

les intimés [employés d'une entreprise d'entreposage] étaient des tiers bénéficiaires de la clause de limitation de la responsabilité figurant dans le contrat d'entreposage intervenu entre leur employeur et l'appelante [propriétaire du bien endommagé par ces employés] et, dans les circonstances, ils peuvent bénéficier directement de cette clause même s'ils ne sont pas signataires du contrat⁶.

Il ne s'agit donc pas de condamner *a priori* les solutions importées d'un système de droit à un autre. C'est au niveau des *méthodes* qu'il faut affirmer la spécificité d'un droit civil issu d'une codification. Dans son introduction à l'ouvrage de Walton, Maurice Tancelin souligne que les juristes québécois «se sont pliés aux méthodes de la common law, à un point tel que le Code tend à perdre son caractère prééminent de droit commun écrit par rapport à la jurisprudence»⁷. Cela se vérifie également au niveau des règles d'interprétation du Code civil, trop souvent considéré comme étant une loi parmi d'autres.

La connaissance et l'utilisation de la jurisprudence rendue hors du Québec ne sont pas mauvaises en soi; elles représentent même un élément positif dans l'optique de l'évolution du droit québécois, qui ne peut s'appliquer en vase clos. Elles créent cependant une habitude d'utiliser les solutions retenues par les tribunaux des autres provinces, sans s'interroger au préalable sur leur applicabilité à un système de droit civil. L'octroi de dommages punitifs en matière de violation de droit d'auteur représente un excellent exemple des conséquences dangereuses de cette pratique. La doctrine et les tribunaux québécois ont jusqu'à ce jour largement escamoté la question préalable du *droit* à des dommages punitifs, pour ne s'intéresser qu'à leur application aux faits particuliers de chaque affaire où un droit d'auteur avait été violé. Cette question fera l'objet de la seconde partie du présent texte. Mais il est d'abord nécessaire, dans une première partie, de rappeler brièvement l'état du droit québécois en matière de dommages punitifs et exemplaires.

1. Aperçu de la situation en droit québécois

Après avoir exposé les dispositions législatives qui permettent l'octroi de dommages punitifs ou exemplaires (1.1), nous nous pencherons sur le problème de la terminologie applicable en la matière (1.2).

⁶ *London Drugs Ltd. c. Kuchne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299 (C.-B.), 414 (traduction). On notera que l'institution est appliquée à titre exceptionnel (p. 419), ce qui fait inmanquablement penser au sort qui lui est réservée en droit québécois.

⁷ F.P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Introduction par M. Tancelin, Toronto, Butterworths, 1979 à la p. 3. L'oeuvre de consolidation de la jurisprudence, réalisée par le *Code civil du Québec*, n'en est-elle pas la preuve éclatante?

1.1 Les dispositions législatives en présence

Avant les années 70, la possibilité d'accorder des dommages punitifs n'était prévue que dans une seule loi. Au cours du dernier quart de siècle, la machine législative s'est cependant mise en marche et il existe aujourd'hui toute une série de situations qui donne ouverture à cette sanction, étrangère à un système de droit civil.

La loi la plus ancienne est la *Loi sur la protection des arbres* qui prévoit, depuis 1929, la condamnation à des dommages exemplaires contre la personne «qui détruit ou endommage, totalement ou partiellement, un arbre, arbuste ou arbrisseau, ou un taillis»⁸. On notera que la mesure est applicable «à moins qu'un consentement n'ait été préalablement donné par le propriétaire». La jurisprudence a curieusement fait dévier le débat sur la question de la bonne ou mauvaise foi de l'auteur de la coupe⁹; on remarque cependant que le concept de mauvaise foi est susceptible d'une compréhension assez large en l'espèce¹⁰.

La *Charte des droits et libertés de la personne*¹¹ fut adoptée en 1975. Son article 49, alinéa 2 permet l'octroi de dommages exemplaires lorsqu'un droit protégé a fait l'objet d'une «atteinte illicite et intentionnelle». Nous reviendrons plus tard sur cette importante disposition.

Depuis son entrée en vigueur en 1980, l'article 272 *in fine* de la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit que le commerçant qui manque à une obligation que lui impose la loi s'expose à une condamnation à des dommages-intérêts exemplaires¹². La jurisprudence est divisée sur l'exigence d'une preuve de mauvaise foi de la part du commerçant comme condition d'ouverture à l'octroi de tels dommages, exigence qui n'apparaît nulle part dans la loi. La solution qui devrait être retenue est à notre avis la suivante:

Les dommages-intérêts exemplaires sont de nature dissuasive et n'exigent pas nécessairement la preuve de la mauvaise foi de la part du commerçant. Il suffit que la conduite de celui-ci démontre une insouciance face à la loi et aux

⁸ L.R.Q., c. P-37. Le montant maximum de 25\$ par arbre a été augmenté à 200\$ en 1984: L.Q. 1984, c. 27, art. 83.

⁹ *Fortin c. Plante*, J.E. 96-239 (C.A.), p. 3 (la Cour): «La bonne foi de l'appelant est présumée, le premier juge n'a pas conclu qu'il était de mauvaise foi ni qu'il a agi avec malice ou délibérément avec l'intention de causer des dommages à l'intimé.» Voir également *Picard c. Ouellet*, J.E. 97-1868 (C.S.). L'extrait suivant est à notre avis plus conforme au libellé de l'article 1: «Comme le texte de loi l'indique bien, il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une intention délictuelle ou d'un acte délibéré» (*Longueuil (Ville de) c. Jabour*, J.E. 94-924 (C.Q.), p. 7).

¹⁰ *Trudel c. Gingras*, [1996] R.D.I. 187 (C.A.), 189, juge Deschamps: «L'appelant, par un raisonnement rapide, ne reposant que sur sa seule imagination, s'est aveuglément avoué et comme l'a souligné le juge de première instance, sa grande imprudence ne permet pas de conclure à l'existence chez lui d'un état de bonne foi permettant d'écarter l'application de l'article 1 de la *Loi sur la protection des arbres*.»

¹¹ L.R.Q., c. C-12, ci-après citée: «Charte québécoise».

¹² L.R.Q., c. P-40.1.

comportements que la loi cherche à réprimer. Ils rétablissent la justice entre les parties¹³.

D'autres dispositions législatives sont d'application moins fréquente en pratique. Depuis 1982, l'article 167 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* prévoit l'octroi de «dommages exemplaires d'au moins 200\$» lorsque l'atteinte illicite à un droit reconnu par le chapitre III de la loi «est intentionnelle ou résulte d'une faute lourde»¹⁴. Cette disposition se distingue des autres sous deux aspects. D'une part, elle est la seule qui édicte un plancher d'indemnisation, un montant minimum qui lie les tribunaux. D'autre part, la mention explicite de la faute lourde comme condition d'ouverture à l'application de l'article 167 est un argument de texte appuyant la décision de la Cour suprême, qui a clairement distingué atteinte intentionnelle et faute lourde dans le cadre de l'application de l'article 49, alinéa 2 de la Charte québécoise¹⁵. Enfin, en matière de louage de choses, les articles 1899, 1902 et 1968 du *Code civil du Québec*, ainsi que l'article 54.10 de la *Loi sur la régie du logement*¹⁶ prévoient la possibilité pour le locataire harcelé ou évincé de son logement d'obtenir des dommages punitifs.

En dehors du contexte législatif québécois, l'article 24 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de «réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances»¹⁷. Le contenu de cette notion de «réparation» reste à déterminer. Même si le juge Gonthier a affirmé qu'un demandeur «pourrait, en théorie, solliciter des dommages-intérêts compensatoires et punitifs à titre de réparation «convenable et juste» en vertu du par. 24(1)»¹⁸, cet *obiter* ne fait pas l'unanimité en doctrine et en jurisprudence québécoise¹⁹.

¹³ *Belzile c. F.P. Voyage inc.*, J.E. 94-786 (C.Q.), juge Ringuet, passage cité avec approbation dans *Nguyen c. New Asia Tours Inc.*, J.E. 96-1334 (C.S.), p. 26, en appel. Il s'agit de la position majoritaire en jurisprudence: N.L'Heureux, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994 aux pp. 367-68.

¹⁴ L.R.Q., c. A-2.1.

¹⁵ *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 258-260. Voir *infra*, 2.3.2.

¹⁶ L.R.Q., c. R-8.1.

¹⁷ L.R.C. (1985), App. II, n^o 44.

¹⁸ *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, 358 (nos italiques). Voir également G. Otis, «La Charte canadienne et le nécessaire dépassement du modèle diceyen de la responsabilité publique», (1993) 3 N.J.C.L. 243, 263-269.

¹⁹ Voir notamment H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Éditions Yvon Blais, 1997 à la p. 963: «Nous doutons quant à nous de la justesse de cette jurisprudence [qui accorde des dommages punitifs sous l'art. 24 (1)] au regard de la notion de réparation»; P. Béliveau, «L'octroi d'une réparation en vertu de l'article 24 de la Charte des droits et libertés», (1988) 67 R. du B. Can. 622, 652-655. Par ailleurs, nous ne connaissons aucune décision de la Cour supérieure ou de la Cour d'appel du Québec qui va dans le sens de l'opinion du juge Gonthier dans l'affaire *Guimond*. En revanche, deux décisions de la Cour du Québec ont accordé, directement ou implicitement, des dommages punitifs sous l'article 24 (1): *Gittens c. Montréal (Communauté urbaine de)*, J.E. 92-862 (C.Q.), p. 15; *Bergeron c. Montréal (Communauté urbaine de)*, J.E. 95-1815 (C.Q.), pp. 21-23, en appel.

Ainsi, on assiste à une montée incontestable de cette catégorie de dommages en droit québécois. On remarque que les expressions «dommages punitifs» et «dommages exemplaires» sont toutes deux employées par le législateur, quoique le terme «punitif» soit le seul utilisé dans ses interventions postérieures à 1980.

1.2 Le problème d'ordre terminologique

Dommages exemplaires ou punitifs? À titre d'exemple, l'article 1621 C.c.Q. parle de dommages punitifs et l'article 49 de la Charte québécoise de dommages exemplaires. En common law, d'où ces deux concepts tirent leur origine, on les distingue ainsi:

The goal of deterrence is mentioned frequently in exemplary damages cases, and in the standard legal analysis of exemplary damages. Courts and commentators alike speak of deterring the defendant and like-minded others from similar conduct. Indeed, the use of the term "exemplary", as opposed to the term "punitive", suggests a deterrence, rather than a punitive purpose²⁰.

Au Québec, le législateur confond les deux notions au premier alinéa de l'article 1621 C.c.Q., lorsqu'il édicte que les «dommages *punitifs* (...) ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction *préventive*» (nos italiques). Il ne s'agit en fait que de la consolidation d'une jurisprudence qui considère que les «dommages exemplaires poursuivent un but punitif et dissuasif»²¹.

De toute évidence, il est difficile de soutenir que les deux concepts sont autonomes. L'octroi de dommages punitifs aura un effet d'exemplarité sur de futurs contrevenants, en admettant que le jugement rendu dans une affaire particulière soit porté à leur connaissance, sans oublier l'effet dissuasif sur le défendeur lui-même. À l'inverse, en accordant un montant d'argent visant à empêcher ou limiter la répétition de gestes semblables, il demeure que l'on punit bel et bien celui qui devra en définitive acquitter les dommages exemplaires, le défendeur. La distinction entre les deux notions n'aurait-elle qu'une portée théorique?

Nous ne le croyons pas. Si les dommages punitifs et exemplaires font bien partie de la même famille et que leurs relations ne sont nullement conflictuelles, il se présente des situations où l'une des deux composantes doit prendre plus de place que l'autre sur la photo de famille, apparaître en premier plan.

En droit de la consommation, l'aspect dissuasif est à notre avis prépondérant: il apparaît difficile de justifier l'aspect punitif d'un octroi de tels dommages,

²⁰ Ontario Law Reform Commission, *Report on Exemplary Damages*, 1991, p. 35. Il est cependant vrai qu'en pratique, les tribunaux canadiens distinguent assez mal les deux concepts. La confusion est par ailleurs accentuée par l'existence de la catégorie des *aggravated damages*, catégorie de dommages compensatoires inconnue en droit civil et souvent utilisée à la place des *punitive damages* par les tribunaux canadiens.

²¹ *Lemieux c. Polyclinique St-Cyrille*, [1989] R.J.Q. 44 (C.A.), 45. Référence à *Papadatos c. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020 (C.A.), 1022.

alors que le commerçant peut avoir agi avec la plus entière bonne foi, tout en manquant à l'une des obligations que lui impose la *Loi sur la protection du consommateur*. Une condamnation à des dommages exemplaires est cependant concevable dans une telle hypothèse, afin que le commerçant soit incité à modifier sa pratique commerciale et qu'un message soit envoyé aux autres commerçants. La même approche est applicable dans un cas tombant sous l'article 1 de la *Loi sur la protection des arbres*.

En revanche, en matière de préjudice corporel, l'aspect punitif est généralement plus important que l'aspect préventif. En effet, l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne résulte habituellement d'un acte isolé et non d'une pratique systématique, et la préméditation joue un rôle beaucoup moins grand que dans d'autres hypothèses de violation des droits de la personne²². L'octroi de dommages exemplaires aura donc peu d'effet sur des conduites semblables dans le futur, à cause du caractère plus rare de ce genre d'atteintes intentionnelles. De plus, l'exigence d'une atteinte intentionnelle à l'intégrité physique de la victime met en évidence l'aspect punitif de tels dommages. C'est pourquoi nous sommes d'avis que l'expression «dommages exemplaires» est mal choisie dans l'article 49, alinéa 2 de la Charte québécoise. En revanche, la même expression est correctement employée dans l'article 272 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui n'exige aucune conduite intentionnelle ou mauvaise foi de la part du commerçant. Le but de la disposition est d'éviter la reproduction de pratiques commerciales inadéquates, en plus d'inciter le consommateur à intenter une action alors que le montant des dommages compensatoires potentiels est souvent insuffisant pour justifier les frais se rattachant à une poursuite civile.

Ces précisions terminologiques étant faites, nous pouvons maintenant aborder l'hypothèse où un droit d'auteur a été violé.

2. Étude d'un cas particulier: la violation du droit d'auteur

La protection du droit d'auteur relève de la compétence du Parlement fédéral, comme le prévoit expressément l'article 91 (23) de la *Loi constitutionnelle* de 1867. La première *Loi sur le droit d'auteur*, largement inspirée d'une loi anglaise, est entrée en vigueur en 1924. Elle a depuis fait l'objet de plusieurs modifications législatives²³, la dernière en date étant celle de 1997²⁴. Les

²² Les cas d'agressions sexuelles dans le milieu familial constitue une exception notable en l'espèce.

²³ Pour un historique de la question, voir N. Tamaro, *La Loi sur le droit d'auteur commentée et annotée*, Montréal, Éditions Thémis, 1990 aux pp. 9-13. La référence à la loi actuelle est L.R.C. (1985), c. C-42.

²⁴ *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, c. 24, adoptée par la Chambre des communes le 20 mars 1997 et sanctionnée le 25 avril 1997. Les nouvelles dispositions devraient entrer en vigueur en 1998. Dans le présent texte, nous fournirons au lecteur les deux versions des dispositions visées. Les nouvelles dispositions ne changent cependant rien sur la question des dommages exemplaires ou punitifs. La jurisprudence citée ici conserve donc toute sa pertinence avec le nouveau texte de loi.

dispositions relatives à l'octroi de dommages- intérêts se retrouvent dans la section «Recours civils», articles 34 et suivants. La disposition principale se lit comme suit:

34 (1) Lorsque le droit d'auteur sur une oeuvre a été violé, le titulaire du droit est admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer tous les recours, par voie d'injonction, *dommages-intérêts*, reddition de compte ou autrement, *que la loi accorde* ou peut accorder pour la violation d'un droit. (nos italiques)

34(1) [Version 1997] En cas de violation d'un droit d'auteur, le titulaire du droit est admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer tous les recours — en vue notamment d'une injonction, de *dommages-intérêts*, d'une reddition de compte ou d'une remise — *que la loi accorde* ou peut accorder pour la violation d'un droit. (nos italiques)

L'expression «dommages punitifs» n'est mentionnée nulle part dans la loi, ni dans la section «Recours civils», ni dans les «Définitions» de l'article 2. La question s'est donc posée de savoir si des dommages punitifs pouvaient être accordés en vertu de cette loi. La réponse à cette question dépend de l'interprétation que l'on donne aux termes «que la loi accorde» («*conferred by law*» dans la version anglaise), employés dans cet article 34 (1).

2.1 L'interprétation donnée à la loi hors du Québec

La jurisprudence canadienne a donné une réponse affirmative à cette question, comme en fait foi l'extrait suivant tiré d'une décision de la Cour d'appel fédérale:

Bien que la *Loi sur le droit d'auteur* ne prévoie pas expressément des dommages exemplaires comme mesure de redressement possible, ces derniers ne sont pas exclus par le paragraphe 20 (1) [aujourd'hui l'article 34 (1)], et il est constant que cette mesure peut être imposée dans des circonstances appropriées (P. ex. *Underwriters' Survey Bureau Limited v. Massie & Renwick Limited*, [1942] R.C.É. 1). Je ne vois pas pourquoi les circonstances appropriées ne seraient pas les mêmes dans le cas de la contrefaçon d'un droit d'auteur que dans le cas de toute autre atteinte civile aux droits d'une autre personne²⁵.

La dernière phrase de la citation montre bien la règle générale en common law canadienne, favorisant l'octroi de dommages punitifs sans pré-requis au niveau de la source de la responsabilité. Cette solution peut se comprendre dans un tel système, où l'octroi de *punitive damages* n'est pas conditionnel à l'existence d'un texte de loi particulier. La situation est cependant différente au Québec.

²⁵ R. c. *James Lorimer and Co Ltd.*, [1984] 1 C.F. 1065 (C.A.), 1074, juge Mahoney (traduction). Affaire en provenance de l'Ontario. Voir également E.A.C. Grell, «Civil and Criminal Remedies for Copyright Infringement», dans G. Henderson (dir.), *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1994, 311 aux pages 316-17 (et les arrêts cités).

2.2 L'interprétation donnée à la loi au Québec

Au Québec, il est bien connu que les tribunaux ne peuvent accorder de dommages punitifs ou exemplaires en l'absence d'une habilitation législative expresse. L'article 1621 du *Code civil du Québec* est sur ce point formel: «Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs ...».

La question du droit à des dommages punitifs, en matière de violation du droit d'auteur, est à l'origine d'opinions doctrinales variées. Certains se contentent de citer des arrêts non québécois à l'appui d'une affirmation laconique en faveur de l'octroi de tels dommages²⁶. D'autres sont beaucoup plus prudents et rappellent qu'«une sanction d'ordre punitif [...] est étrangère au droit civil»²⁷. Un seul auteur accorde un peu plus d'importance à la question, se contentant cependant d'exposer la jurisprudence québécoise et canadienne sans discuter des bases juridiques applicables²⁸. On peut tenter d'expliquer cette situation de la façon suivante. D'une part, l'attention de la doctrine, comme d'ailleurs celle du législateur, a été principalement portée sur la détermination du champ d'application de la loi. Les nombreuses modifications apportées au cours des ans à la *Loi sur le droit d'auteur* sont là pour le prouver. D'autre part, l'injonction représente, en ce domaine, un recours beaucoup plus fréquent et utile que la réclamation en dommages-intérêts.

Les décisions québécoises qui ont eu à appliquer la *Loi sur le droit d'auteur* ont subi les contrecoups de l'absence d'une position doctrinale complète et unanime. Dans une affaire où une entreprise de location d'outils avait vu des dessins, conçus pour sa publicité personnelle, être utilisés dans les pages jaunes pour illustrer les annonces de ses concurrents, la Cour supérieure justifie ainsi sa décision d'accorder 5 000\$ à titre de dommages exemplaires:

En droit d'auteur, la jurisprudence canadienne reçoit la condamnation en paiement de dommages exemplaires. Et, selon Me Tamaro, quoiqu'il n'en soit

²⁶ M. Racicot, «La protection des logiciels en droit canadien», (1990) 2 Cahiers de propriété intellectuelle 147, 180; S. Gilker, «La protection des oeuvres architecturales par le droit d'auteur au Canada (deuxième partie)», (1991) 4 Cahiers de propriété intellectuelle 7, 59.

²⁷ F. Guay, «La propriété intellectuelle: une vue d'ensemble», dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (1995), Éditions Yvon Blais, 1995, 293 à la page 319. Cf. J.A. Léger, «Recours civils en matière de droit d'auteur ou «La frustration d'être créateur»», (1983) Rev. Can. Droit Auteur (numéro spécial) 35, 43, qui doute fortement de la possibilité d'octroyer des dommages punitifs au Québec et conclut ainsi: «nous nous trouverions devant une situation où une loi fédérale d'application pancanadienne aurait des conséquences différentes suivant le forum où elle est mise en opération.»

²⁸ N. Tamaro, *loc. cit.*, *supra* note 23, 375-384. Dans son édition en langue anglaise de 1996 (*The 1997 Annotated Copyright Act*, Toronto: Carswell), il semble prendre pour acquis la possibilité d'octroyer de tels dommages: «We should note that the Civil Code of Quebec has recognized the existence of punitive or exemplary damages since 1994». Il y a cependant une différence entre reconnaître le concept des dommages punitifs (ce que fait l'art. 1621 C.c.Q.) et les hisser au rang de sanction de droit commun.

pas expressément question dans la loi, cette mesure discrétionnaire semble trouver sa source formelle à l'article 34 (1), prévoyant que la Cour peut accrocher [sic] tous les recours qui peuvent être conférés en contrepartie de la violation d'un droit (Normand Tamaro, *La loi sur le droit d'auteur commentée et annotée*, Montréal, éd. Thémis, 1990, p. 375). Les juridictions de droit civil ont toutefois été réticentes à accorder de tels dommages, bien qu'il existe des précédents²⁹.

La même année, un autre jugement de la Cour supérieure justifie «l'imposition de dommages punitifs» en s'appuyant simplement sur un arrêt antérieur³⁰. Enfin, dans une affaire jugée un an plus tôt, le juge Benoît accordait sans discussion des «dommages exemplaires» de 10 000\$ à un auteur-compositeur dont les oeuvres musicales avaient été reproduites à son insu³¹. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel sur la question des dommages exemplaires, le juge Nuss affirmant que «[l]e premier juge a considéré à bon droit que Pagliaro avait droit à des dommages exemplaires»³².

La décision de la Cour d'appel est fort intéressante, puisque le juge Nuss avait auparavant reconnu l'application du droit civil québécois, lorsqu'il s'agissait de compléter les aspects non couverts expressément par la *Loi sur le droit d'auteur*. Traitant des dommages compensatoires, il affirme que «les redevances dues à un interprète, appelées également royautés artistiques, ne sont pas couvertes par la Loi. Ce sont par conséquent les règles qui découlent du Code civil qui s'appliquent»³³. Quelques lignes plus haut, il indique de façon générale que «[l]es dommages auxquels un auteur-interprète a droit lorsqu'une contrefaçon est prouvée sont régis en partie par la Loi et en partie par le Code civil.» On peut donc logiquement en inférer que, pour la Cour d'appel (il s'agit d'un jugement unanime), l'octroi de dommages exemplaires est une question qui relève du Code civil puisque, rappelons-le, la *Loi sur le droit d'auteur* est muette sur ce point.

Si l'on suit ce raisonnement qui nous renvoie au Code civil, il ne peut exister au Québec, *a priori*, de droit à des dommages exemplaires en cas de violation d'un droit d'auteur. Une conclusion différente ne tiendrait pas compte de la directive formelle de l'article 1621 C.c.Q., qui prohibe l'octroi de tels dommages en l'absence d'un texte de loi exprès. Serait-on en présence d'un régime canadien asymétrique en ce qui concerne les droits d'auteur? On peut envisager deux façons d'éviter la reconnaissance d'une dualité de systèmes en ce domaine.

²⁹ *Centre de location Ravary (Laval) ltée c. Télé-Direct (Publications) inc.*, [1995] R.J.Q. 1245 (C.S.), 1253, en appel.

³⁰ *Groupe Polygone-éditeurs inc. c. Serna*, J.E. 95-118 (C.S.), p. 9, se référant à *Société pour l'expansion des tissus fins c. Marimac inc.*, 78 C.P.R. (2nd) 112.

³¹ *Pagliaro c. Pantis*, J.E. 94-1041 (C.S.), p. 19: «Le demandeur a également droit à des dommages exemplaires que le tribunal fixe à \$1,000 par année, soit à \$10,000.»

³² *Pantis c. Pagliaro*, J.E. 97-1940 (C.A.), p. 18. Le *quantum* de ces dommages fut également confirmé.

³³ *Ibid.* à la p. 12.

2.3 Les solutions envisageables

Les solutions envisageables reposent sur l'acceptation ou le rejet de la prémisse posée par la Cour d'appel dans l'affaire *Pagliari*: le Code civil est-il applicable, à titre supplétif, en matière de violation d'un droit d'auteur?

2.3.1 La reconnaissance d'un régime canadien uniforme

Une première façon de voir les choses consisterait à interpréter l'article 34 (1) de la *Loi sur le droit d'auteur* comme renvoyant non pas au droit de chaque province, mais à une sorte de «common law fédérale»³⁴. Ainsi, en l'absence d'une règle particulière dans la loi, l'interprète pourrait se référer à un droit commun fédéral qui, lui, renfermerait un principe général de droit à des dommages exemplaires, tirant son origine de la common law.

Une telle interprétation se heurte cependant à un obstacle incontournable: la compétence accordée aux législatures provinciales en matière de droit privé³⁵. À partir du moment où la *Loi sur le droit d'auteur* ne donne aucune définition particulière des termes «dommages-intérêts», il faut obligatoirement se référer au droit provincial d'où origine le litige. Nous sommes en accord complet avec l'énoncé suivant de J.-M. Brisson:

À chaque fois, en effet, qu'une loi fédérale que l'on veut appliquer au Québec fait usage d'une notion de droit privé sans la définir et que la Loi d'interprétation reste elle aussi silencieuse, ou qu'elle n'occupe pas tout le domaine possible de la compétence de droit privé qui est exercée, c'est le Code civil qui fournit le soutien conceptuel nécessaire à une application intelligente de cette loi³⁶.

Ainsi, le Code civil est bel et bien applicable en matière de droit d'auteur, lorsque la loi fédérale est muette sur une notion de droit privé, comme en l'espèce. La prémisse posée par le juge Nuss dans l'affaire *Pagliari* est donc la bonne (*supra*, section 2.2); il reste à faire le rattachement indispensable qui permettrait au tribunal d'octroyer des dommages exemplaires. Doit-on affirmer, dans une hypothèse où la *Loi sur le droit d'auteur* est applicable et où «les défendeurs ont admis avoir agi volontairement et en pleine connaissance des droits de propriété» des demandeurs,

³⁴ La Cour suprême a déjà fait référence à une «common law fédérale» (citée également entre guillemets) dans un pourvoi visant à déterminer si la Cour fédérale avait compétence pour entendre une action en violation de droit de propriété impliquant deux bandes indiennes: *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, 331. En droit maritime, on peut parler de la reconnaissance d'une common law fédérale avec l'arrêt *ITO International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752.

³⁵ Article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les règles relatives à la responsabilité civile entrent clairement dans cette catégorie. Sur la signification précise des termes «property and civil rights», voir H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 19 aux pp. 483 et suivantes; M. Tancelin, *supra* note 7 aux pp. 4-5, qui pose par ailleurs la question de l'existence d'une common law fédérale.

³⁶ J.-M. Brisson, «L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral: une problématique», (1992) 52 R. du B. 345, 352-353 (références omises).

qu'il «ne peut donc être question [...] d'accorder des dommages exemplaires qui, toutefois, peuvent être accordés dans certains cas prévus par des lois particulières»³⁷? Une réponse négative s'impose, à notre avis.

2.3.2 La reconnaissance de la spécificité de la situation québécoise

À partir du moment où l'on reconnaît l'application du droit provincial aux fins de déterminer le contenu des dommages-intérêts, il existe un moyen tout indiqué de reconnaître la possibilité d'accorder des dommages exemplaires: la *Charte des droits et libertés de la personne*. Il est bien connu que l'article 49, alinéa 2 de la Charte québécoise permet l'octroi de dommages exemplaires. Il reste à trouver le droit fondamental, garanti par la Charte, qui peut être appliqué à la violation d'un droit d'auteur. L'article 6 nous fournit une réponse adéquate: «Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.»

En effet, le terme «biens» n'étant pas défini dans la Charte québécoise, il nous semble logique d'y inclure le bien incorporel que constitue le droit d'auteur. Cela se justifie, d'une part, parce que la Charte québécoise est l'exemple parfait d'une loi remédiate qui doit recevoir une interprétation large et libérale³⁸ et, d'autre part, parce que le sens juridique du mot «bien» comprend «[l]es biens, tant corporels qu'incorporels» (article 899 C.c.Q.). Comme le souligne une auteure, «[t]ous les droits qui sont compris dans l'article 3 [de la *Loi sur le droit d'auteur*] sont ainsi des biens qui font l'objet d'un droit de propriété et ils sont tous attribués à la même personne, le titulaire du droit d'auteur»³⁹. La violation d'un tel droit constitue par ailleurs un exemple clair d'atteinte «à la libre disposition de ses biens», au sens de cet article 6 de la Charte québécoise.

Le recours à la Charte québécoise, dans une hypothèse de violation de droit d'auteur, n'est pas sans exemples en jurisprudence. Dans une affaire où les personnages apparaissant sur une carte de vœux avait été reproduits sur un panneau publicitaire, sans l'autorisation de l'auteur, le juge Ryan conclut: «La violation délibérée par Enseignes Russell des droits du demandeur justifie une condamnation à des dommages exemplaires en vertu de l'article 49 de la Charte québécoise des droits et libertés»⁴⁰. Aucun rattachement n'est cependant fait en

³⁷ *Rôtisseries St-Hubert ltée c. Syndicat des travailleurs(euses) de la rôtisserie St-Hubert de Drummondville (C.S.N.)*, [1987] R.J.Q. 443 (C.S.), 452 (désistement d'appel).

³⁸ *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41.

³⁹ Y. Gendreau, «La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil», dans *Le nouveau Code civil et les créateurs*, Association littéraire et artistique canadienne inc., 1993, 31, aux pages 39-40. Cf. A. Reason, «L'évaluation des droits de propriété littéraire et artistique», (1985) 88 R. du N. 217: «Il est acquis depuis longtemps que le droit d'exploiter les produits d'une oeuvre littéraire ou artistique constitue un bien de nature patrimoniale»; *156694 Canada inc. c. Pfeiffer*, J.E. 89-1429 (C.S.), p. 15: «Le droit d'auteur est un droit patrimonial. Il constitue un bien cessible, transmissible et saisissable.»

⁴⁰ *Prud'homme c. Enseignes Normand Russell inc.*, J.E. 96-1741 (C.S.), p. 9. Le montant réclamé de 1 000\$ a été accordé en l'espèce.

l'espèce au droit garanti par la Charte québécoise, dont la violation ouvrirait la voie à une condamnation à des dommages exemplaires. Ce rattachement explicite à l'article 6 de la Charte québécoise a été fait dans une autre affaire⁴¹. Les dommages exemplaires ont cependant été refusés en l'absence d'une atteinte intentionnelle au droit d'auteur, ce qui nous amène à la seconde condition posée par l'article 49, alinéa 2.

L'octroi de dommages exemplaires est conditionnel à la preuve d'une «atteinte illicite et intentionnelle» au droit visé par l'article 6. L'existence d'une atteinte *illicite*, c'est-à-dire fautive⁴², est habituellement assez facile à prouver. Le caractère *intentionnel* de cette atteinte impose un fardeau de preuve beaucoup plus onéreux:

En conséquence, il y aura atteinte illicite et intentionnelle au sens du second alinéa de l'article 49 de la *Charte* lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera. Ce critère est moins strict que l'intention particulière, mais dépasse, toutefois, la simple négligence. Ainsi, l'insouciance dont fait preuve un individu quant aux conséquences de ses actes fautifs, si déréglée et téméraire soit-elle, ne satisfera pas, à elle seule, à ce critère⁴³.

Ce critère est somme toute assez exigeant, puisqu'il implique en réalité le rejet de la faute simple et même lourde comme condition d'ouverture aux dommages exemplaires en vertu de la Charte québécoise. Cette définition de l'atteinte intentionnelle a été depuis réaffirmée par la Cour suprême et par la Cour d'appel⁴⁴ et la jurisprudence québécoise rendue en matière de droit d'auteur devra, en toute logique, l'appliquer.

On notera, en terminant, que la solution exposée ci-dessus a vocation à s'appliquer à toutes les hypothèses où une personne s'est illégalement appropriée le bien d'une autre personne, comme par exemple en matière de secrets de fabrique⁴⁵.

⁴¹ *Cartes Arc-en-ciel inc. c. Boutique Elfe inc.*, [1991] R.J.Q. 1775 (C.Q.), 1780.

⁴² *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra* note 15 à la p. 260 (juge L'Heureux-Dubé): «Pour conclure à l'existence d'une atteinte illicite, il doit être démontré qu'un droit protégé par la *Charte* a été violé et que cette violation résulte d'un comportement fautif.»

⁴³ *Ibid.* à la p. 262.

⁴⁴ *Augustus c. Gosset*, *supra* note 2 à la p. 309; *The Gazette (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.), 37-38. Dans ces deux affaires, le jugement de première instance qui avait accordé des dommages exemplaires a été infirmé.

⁴⁵ Ce qui permettrait de lever l'incertitude signalée par F. Guay, «La protection des secrets de fabrique et des informations confidentielles», dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (1991), Éditions Yvon Blais, 1991, 113 à la page 142: «les tribunaux québécois ont toujours été très hésitants à accorder des dommages punitifs. Les bases légales sont souvent confuses et il s'agit presque toujours de cas d'espèce.»

2.4 *Le quantum des dommages punitifs*

La détermination du *quantum* des dommages punitifs est certes l'aspect le plus problématique de toute la question de la violation des droits d'auteur. On ne peut donner complètement tort au juge Nichols d'avoir écrit, en 1994, que «[l']absence de règles servant à la détermination des dommages exemplaires ne laisse en effet aucune autre alternative que de faire appel à la discrétion judiciaire»⁴⁶. Depuis cette décision, l'article 1621 C.c.Q. est entré en vigueur: la situation a-t-elle été modifiée? Une première lecture de cette disposition peut laisser croire que le législateur encadre dorénavant de façon précise le processus d'évaluation. Mais on va voir que les «critères» d'évaluation de l'article 1621 ont une importance variable en matière de violation du droit d'auteur.

Par ailleurs, la délimitation des aspects punitif et dissuasif de ces dommages pose un problème délicat en la matière. D'une part, il est certain que le montant de la condamnation remplit une fonction d'exemplarité, en dissuadant le contrefacteur de récidiver et en envoyant un message à tous ceux qui opèrent dans la même sphère d'activité. D'autre part, l'exigence d'une atteinte intentionnelle au droit d'auteur appelle une sanction d'ordre punitif au contrefacteur. Intention et punition vont ici de pair, le tribunal marquant ainsi sa réprobation en face d'une conduite inacceptable, qui résulte d'une décision réfléchie de son auteur. La violation du droit d'auteur est donc un domaine où les deux fonctions, punitive et dissuasive, ont un rôle à jouer. Cependant, l'aspect punitif devrait avoir légèrement préséance sur l'aspect dissuasif. Ce choix se justifie par l'exigence d'une atteinte intentionnelle au bien que constitue le droit d'auteur (articles 6 et 49 de la Charte québécoise). À partir du moment où la preuve d'une intention est nécessaire à l'octroi de tels dommages, on doit à notre avis mettre d'abord l'accent sur la punition du comportement adopté en toute connaissance de cause.

En gardant à l'esprit que l'aspect punitif est de première importance mais que la dimension d'exemplarité ne doit pas être écartée pour autant, nous allons maintenant tenter d'identifier certains paramètres d'évaluation applicables à l'hypothèse de violation d'un droit d'auteur. Une lecture de l'article 1621 C.c.Q. permet «notamment» de découvrir les paramètres d'évaluation suivants:

- La gravité de la faute
- La situation patrimoniale du défendeur
- Le montant des dommages compensatoires par ailleurs accordés
- La responsabilité personnelle du défendeur face au paiement des dommages

Reprenons ces éléments un à un, en les classant par ordre d'importance dans le cadre d'un litige né de la violation d'un droit d'auteur.

⁴⁶ *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand c. Québec (Curateur public)*, [1994] R.J.Q. 2761 (C.A.), 2805.

2.4.1 *La gravité de la faute*

La gravité de la faute devrait à notre avis constituer l'élément le plus important dans le processus d'évaluation. S'agissant d'une atteinte consciente et délibérée aux droits d'un auteur, est-on en présence d'une atteinte objectivement minimale ou importante? La pièce musicale, le texte piraté l'a-t-il été en entier ou en partie? Cette violation intentionnelle s'est-elle échelonnée sur une longue période de temps? A-t-elle fait l'objet d'une diffusion restreinte ou élargie? Comment l'auteur de la violation a-t-il réagi lors de la réception d'une mise en demeure? Puisque l'on cherche à punir l'auteur de la violation du droit d'auteur, le tribunal devrait ici moduler le montant des dommages en tenant compte de la gravité des actes commis, chose qu'il ne peut théoriquement faire au niveau de l'octroi des dommages compensatoires.

2.4.2 *Le montant des dommages compensatoires*

À prime abord, il peut sembler inadéquat de tenir compte du montant des dommages compensatoires dans le processus d'évaluation des dommages punitifs, puisque la ligne de démarcation entre ces deux catégories de dommages est reconnue. La doctrine et la jurisprudence, Cour suprême en tête, ne s'entendent-elles pas pour affirmer qu'«[i]l est maintenant établi que les dommages exemplaires octroyés en vertu de la *Charte* ne possèdent pas de fonction compensatoire»⁴⁷? Il s'agit cependant d'un faux problème. Refuser de *compenser* la victime par l'octroi de dommages *punitifs* est une chose; tenir compte du déboursé total du défendeur pour fixer le montant de sa peine civile en est une autre. En cherchant à punir le défendeur pour sa conduite, on doit nécessairement examiner les résultats du procès dans son ensemble et moduler le montant des dommages punitifs en conséquence. Plus le montant des dommages compensatoires est faible, plus celui des dommages punitifs devrait être élevé⁴⁸.

Ce critère est particulièrement important en matière de violation de droit d'auteur. En effet, le montant des dommages *compensatoires* est souvent peu élevé, parce que la preuve du gain qu'aurait réalisé l'auteur en l'absence de violation est par définition hypothétique. La preuve *de ce qui aurait été* n'est donc pas facile à faire et se heurte souvent à la règle du fardeau de preuve (prépondérance de la preuve, ou balance de probabilités). C'est en partie pour contourner ce problème que le législateur fédéral a complété la règle générale

⁴⁷ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, 408 (le juge Gonthier), appliqué dans *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra* note 15 à la p. 261.

⁴⁸ Les tribunaux québécois appliquent implicitement cette règle depuis longtemps. On notera, à titre d'exemple, que les dommages punitifs les plus élevés sont habituellement accordés dans des affaires de diffamation, où les dommages pécuniaires sont inexistantes ou difficiles à prouver, à l'opposé des cas de préjudice corporel.

de l'article 34 de la *Loi sur le droit d'auteur* par une règle particulière, exorbitante du droit commun:

35 (1) Quiconque viole le droit d'auteur sur une oeuvre protégée en vertu de la présente loi est passible de payer, au titulaire du droit d'auteur qui a été violé, les dommages-intérêts que ce titulaire a subis du fait de cette violation, et, *en sus, telle proportion, que le tribunal peut juger équitable, des profits que le contrefacteur a réalisés* en commettant cette violation du droit d'auteur.

(2) Dans la détermination des profits, *le demandeur n'est tenu d'établir que les recettes* ou les produits provenant de la publication, vente ou autre utilisation illicite de l'oeuvre, ou d'une représentation, exécution ou audition non autorisée de l'oeuvre restée protégée; et *le défendeur doit prouver chaque élément du coût qu'il allègue.* (nos italiques)

35 (1) [Version 1997] Quiconque viole le droit d'auteur est passible de payer, au titulaire du droit qui a été violé, des dommages-intérêts et, *en sus, la proportion, que le tribunal peut juger équitable, des profits qu'il a réalisés* en commettant cette violation et qui n'ont pas été pris en compte pour la fixation des dommages-intérêts.

(2) Dans la détermination des profits, le demandeur n'est tenu d'établir que ceux provenant de la violation et le défendeur doit prouver chaque élément du coût qu'il allègue. (nos italiques)

Cet article 35 vient donc faciliter la preuve du demandeur et lui accorde le droit de réclamer une partie des profits générés par le contrefacteur, à titre de dommages compensatoires. La preuve du gain hypothétique de l'auteur injustement dépouillé peut ainsi être remplacée par celle, bien réelle, du gain réalisé par le contrefacteur. Cependant, cela ne signifie pas que les dommages compensatoires seront nécessairement élevés, même si leur quotité risque d'augmenter par le jeu de la règle plus souple de l'article 35.

En effet, il est possible que le contrefacteur n'ait pas retiré les profits escomptés de l'oeuvre dont il s'est approprié les droits ou encore que ceux-ci ne soient pas, même dans les meilleures conditions d'exploitation, suffisamment importants⁴⁹. De plus, il ne s'agit pas de *cumuler* les dommages subis par le demandeur et les profits générés par le contrefacteur⁵⁰, mais bien de *compléter* le montant des dommages compensatoires⁵¹. Dans ces conditions, il importe de fixer le montant des dommages punitifs en fonction des autres catégories de dommages, afin de s'assurer que la violation intentionnelle du droit d'auteur ne

⁴⁹ La portée pratique réelle de l'article 35 (1) ressort clairement d'une lecture du nouvel article 38.1, ajouté en 1997, qui édicte que le demandeur «peut, avant le jugement ou l'ordonnance qui met fin au litige, choisir de recouvrer, au lieu des dommages-intérêts et des profits visés au paragraphe 35 (1), des dommages-intérêts préétablis dont le montant, d'au moins 500\$ et d'au plus 20 000\$, est déterminé selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence». N'est-ce pas la preuve que la règle spéciale de l'article 35 (1) n'avait pas réglé tous les problèmes d'évaluation?

⁵⁰ *Contra*: N. Tamaro, *loc. cit.*, *supra* note 23 aux pp. 384-85.

⁵¹ Cela ressort du nouveau libellé du premier alinéa de l'article 35, introduit en 1997 pour lever les doutes sur une première version trop imprécise de la disposition. Le nouveau texte confirme la position de la Cour d'appel fédérale dans *Éditions JCL inc. c. 91439 Canada ltée*, [1995] 1 C.F. 380, 390.

se traduise pas en une indemnité minime sous le seul prétexte que les dommages compensatoires sont inexistantes ou difficiles à prouver, ou encore que le contrefacteur n'a pas su utiliser de manière optimale l'oeuvre en question.

2.4.3 *La situation patrimoniale du défendeur*

L'examen de la situation patrimoniale du défendeur doit être également considérée en l'espèce. L'objectif de punition étant présent à l'esprit du tribunal, on ne devrait pas condamner à un montant identique de dommages la multinationale et la petite maison d'édition au chiffre d'affaires bien inférieur, puisque la punition serait beaucoup plus légère dans le premier cas que dans le second. Il s'agit d'un cas où le tribunal devrait pouvoir exiger la production des états financiers du défendeur, puisque le législateur en fait implicitement un élément de détermination du *quantum* des dommages. Mais on voit immédiatement poindre le danger d'une inflation des indemnités à l'instar des États-Unis, où l'affaire O.J. Simpson nous fournit une illustration éclatante.

Ce genre de situation ne risque pas de se présenter au Québec, pour deux raisons. Premièrement, la disparition depuis 1976 des procès civils devant jury élimine le danger, bien réel chez nos voisins, d'une évaluation trop émotive des dommages, où la compassion envers la victime et les effets de toge prennent souvent le pas sur une évaluation froide et raisonnée des dommages⁵². Deuxièmement, l'article 1621 C.c.Q. dispose, rappelons-le, que les dommages punitifs «ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive». Cet avertissement formel du législateur québécois devrait entraîner, comme par le passé, une utilisation modérée de la catégorie des dommages punitifs⁵³.

⁵² N'est-il pas symptomatique de constater que le montant le plus élevé jamais accordé au Québec (en dollars constants) pour compenser un préjudice *moral* le fut par un jury dans l'affaire *Snyder* et que les cas «hors norme» ailleurs au Canada impliquent également un jury? *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1978] C.S. 628, conf. par [1988] 1 R.C.S. 494 (135 000\$ en 1978); *Armstrong c. Baker and McCrindle*, (1992) 11 N.S.R. (2d) 239 (S.C.), 243 (692 000\$ en 1992); *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, *supra* note 4 (300 000\$ en 1991).

⁵³ Aux États-Unis, la Cour suprême commence à intervenir lorsqu'un montant excessif est accordé par un jury. Pour la première fois en 1996, un montant de 4 000 000\$ de *punitive damages* a été jugé contraire au «Due Process Clause» du 14^e amendement de la Constitution américaine: *BMW of North America Inc. c. Gore*, 116 S.Ct. 1589 (1996). Dans cette affaire, BMW avait repeint une automobile dont la peinture avait été abîmée pendant le transport par bateau. L'acheteur, qui avait appris ce fait neuf mois après son acquisition et invoquait le non respect d'une loi de l'Alabama relative à l'obligation de renseignement du fabricant, s'était vu accordé ce montant par un jury de l'Alabama. Le jury avait multiplié le montant des dommages compensatoires (4 000\$) par le nombre approximatif de BMW vendues aux États-Unis! Comme le souligne un commentateur, «*Gore will likely have important implications in future litigation over punitive damages*»: R.S. Register, «*BMW of North America Inc. v. Gore: The Supreme Court Rejects a Punitive Damage Award on Due Process Grounds*», (1997) 48 Mercer L.R. 1273, 1279.

Appliqué à notre hypothèse de violation d'un droit d'auteur, ce critère assurera que «le prix à payer (...) soit plus qu'une simple amende que l'on peut inscrire aux frais divers»⁵⁴, tout en évitant l'octroi d'un montant tellement élevé qu'il puisse constituer un frein aux activités licites de création et de production.

2.4.4 *Le payeur*

L'article 1621 C.c.Q. invite le tribunal à tenir compte «du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers». Le tiers dont il est question ici sera généralement la compagnie d'assurance responsabilité du défendeur. On voit cependant mal comment ce critère pourrait s'appliquer en matière de violation d'un droit d'auteur, puisque l'on exige une atteinte intentionnelle de la part du contrefacteur. À partir de là, l'article 2464 C.c.Q. est clair: l'assureur n'est «jamais tenu de réparer le préjudice qui résulte de la faute intentionnelle de l'assuré». Ce facteur ne doit donc jouer que dans des hypothèses où une faute intentionnelle n'est pas exigée par la loi, comme par exemple en matière de droit de la consommation et de protection des arbres.

L'emploi des expressions «faute intentionnelle» dans l'article 2464 C.c.Q. et «atteinte intentionnelle» dans la Charte québécoise a-t-elle un impact en l'espèce? Il semble que non puisque cette distinction entre faute et atteinte, formulée par la Cour suprême dans l'affaire *St-Ferdinand*, conduit à reconnaître que la seconde notion est encore plus exigeante que la première⁵⁵.

2.4.5 *Quelques pistes d'évaluation*

Les paramètres d'évaluation discutés ci-dessus ne nous indiquent pas, de façon précise, comment fixer le *quantum* des dommages punitifs. Tout en reconnaissant que le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance est un fait incontournable, on peut soumettre quelques pistes qui pourraient être explorées lorsque vient le temps de fixer la quotité de ces dommages.

L'article 35 (1) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que le demandeur peut obtenir le versement d'une partie des profits générés par le contrefacteur. On pourrait penser à appliquer, par analogie, la règle fiscale prévoyant que le contribuable qui «sciemment [...] fait un faux énoncé ou une omission dans une déclaration [...] est passible d'une pénalité égale, sans être inférieure à 100\$, à

⁵⁴ Selon les termes du juge Rioux dans *Lancôt c. Giguère*, [1991] R.J.Q. 123 (C.S.), 133 (affaire de diffamation).

⁵⁵ *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra* note 15 à la p. 261: «il importe de ne pas confondre le fait de vouloir commettre un acte fautif et celui de vouloir les conséquences de cet acte [...] c'est l'atteinte illicite — et non la faute — qui doit être intentionnelle.» À notre avis, le passage ci-dessus s'apparente plus à la distinction entre la faute volontaire et la faute intentionnelle.

50%» des impôts évités⁵⁶. Ainsi le montant des dommages punitifs pourrait être établi, dans un premier temps, à 50% des profits réalisés par le contrefacteur, quitte à ajuster ce montant à partir d'autres éléments (gravité de la violation, durée, etc.).

Par ailleurs, le facteur *temps* pourrait être utilisé en l'espèce: pourquoi ne pas majorer les dommages punitifs pour la période postérieure à la dénonciation formelle de la violation du droit d'auteur par son propriétaire? À partir de ce moment, l'atteinte au droit protégé par la loi nous semble d'autant plus inacceptable que la victime a manifesté sa réprobation de façon expresse. On pourrait également accorder les dommages punitifs sur une base mensuelle ou annuelle, ce qui permettrait de faire un lien plus visible entre la durée de la violation et le montant total des dommages punitifs⁵⁷. Il nous semblerait normal que le montant de la condamnation soit établi en rapport avec la durée de la violation.

Un dernier commentaire concerne les honoraires légaux encourus par le demandeur pour faire respecter son droit d'auteur. Condamner le contrefacteur au remboursement de ces frais, à titre de dommages punitifs, est certes une solution envisageable. Il ne faut cependant pas oublier que la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que «[l]es frais de toutes les parties à des procédures relatives à la violation du droit d'auteur sont à la discrétion *absolue* du tribunal»⁵⁸. Il existe donc déjà une disposition législative, dérogoratoire à la règle de droit commun, qui laisse toute la latitude voulue au tribunal à ce chapitre. Puisque nous discutons ici de cas d'atteintes *intentionnelles* au droit d'auteur, il nous semble donc logique d'en déduire que le contrefacteur *aurait dû savoir* qu'il judiciariserait inutilement le litige entre les parties: les frais découlant des procédures devraient en définitive lui être imputés. Seule l'hypothèse où les demandes de l'auteur sont nettement exagérées, empêchant ainsi tout règlement à l'amiable, pourrait constituer une exception à la règle⁵⁹.

⁵⁶ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5^e supp.), tel que modifié, art. 163 (2). Le calcul du montant, à partir duquel le taux de pénalité de 50% est appliqué, est en réalité plus complexe ; nous avons volontairement simplifié la règle.

⁵⁷ C'est ce qu'a fait le juge Benoît dans l'affaire *Pagliaro c. Pantis*, *supra* note 31, où les dommages ont été fixés à 1 000\$ par année, pour une période de dix ans. Le jugement est cependant muet sur le pourquoi de ce montant de base de 1 000\$.

⁵⁸ Article 34 (2) de la loi (notre italique). Pour des exemples d'application de la disposition: *Prud'homme c. Enseignes Normand Russell inc.*, *supra* note 40 aux pp. 9-10 (5 600\$); 2426-736 *Québec inc. c. Provigo distribution inc.*, J.E. 92-1776 (C.S.), aux pp. 19-20 (15 000\$).

⁵⁹ Pour un exemple: *Cartes Arc-en-ciel inc. c. Boutique Elfe inc.*, *supra* note 41 à la p. 1782: «N'eut été du montant de l'action intentée, soit 10 000\$, rien n'indique que la défenderesse voulait contester le droit d'auteur de la demanderesse [...] La défenderesse s'est limitée à contester le quantum de la réclamation». Nous prétendons que la jurisprudence existant en matière d'octroi de l'indemnité additionnelle de l'article 1619 C.c.Q. pourrait s'appliquer en l'espèce, par analogie. Voir *Canadian Newspaper Co. Ltd. c. Snyder*, [1995] R.D.J. 392 (C.A.), 394 et ss.

Conclusion

La *Loi sur le droit d'auteur* est muette sur la question des dommages punitifs. La jurisprudence canadienne a interprété l'article 34 de la loi comme permettant l'octroi de tels dommages. Les tribunaux québécois ont adopté sans discussion cette solution, alors que les règles du droit constitutionnel nous renvoient sur ce point au droit civil québécois. Or, il n'existe pas au Québec de droit à des dommages punitifs sans un texte législatif exprès, comme l'indique le début de l'article 1621 du *Code civil du Québec*.

À notre avis, les dommages punitifs ont un rôle utile à jouer en matière de violation du droit d'auteur. D'une part, parce que ce genre de violation fait fi des frontières géographiques et qu'il faut éviter de créer, au Québec, un environnement juridique plus favorable aux contrefacteurs potentiels. D'autre part, parce que le montant des dommages compensatoires est souvent faible ou que ceux-ci sont difficilement prouvables. La reconnaissance d'un régime canadien «asymétrique» ne nous semble donc pas souhaitable en ce domaine.

Le jeu combiné des articles 6 et 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* offre une solution de rechange intéressante en l'espèce. Il s'agit simplement de reconnaître que seules les atteintes *intentionnelles* au «bien» que constitue le droit d'auteur peuvent donner lieu à des dommages punitifs, ce qui limite l'application du concept à la condamnation de conduites clairement répréhensibles, comme le fait d'ailleurs la jurisprudence canadienne⁶⁰. Dans la même veine, les paramètres d'évaluation édictés par l'article 1621 du Code civil laissent aux tribunaux toute la latitude voulue, tout en fermant la porte à l'octroi de montants exagérés. Ainsi, la spécificité du droit québécois pourra continuer à s'affirmer dans le contexte canadien, même dans un domaine où le concept applicable nous vient directement de la common law.

Une application parcimonieuse du concept des dommages punitifs nous apparaît indispensable. Le nombre croissant de dispositions législatives particulières prévoyant l'octroi de tels dommages est un signe inquiétant de la viabilité du système classique de la responsabilité civile.

De même, les décisions jurisprudentielles⁶¹ qui accordent des dommages punitifs alors que le défendeur a fait l'objet d'une condamnation pénale posent

⁶⁰ Le critère du «flagrant behaviour and callous disregard» est fréquemment appliqué par la jurisprudence canadienne en la matière. Pour un exemple : *Boudreau c. Lin*, 75 C.P.R. (3d) 1 (Ont. Court Gen. Div.), 13-14.

⁶¹ *Bérubé c. Bilodeau*, J.E. 95-1244 (C.Q.), p. 13; *Noël c. Leblanc*, J.E. 96-218 (C.A.), p. 3, où le juge Rousseau-Houle tient cependant compte des circonstances particulières suivantes : «Les lésions infligées à l'intimé sont graves et multiples et la sentence pénale imposée ne peut certes pas être qualifiée de punition sévère. De plus, le montant des dommages exemplaires n'est que de 3 000\$». *Contra*: *Papadatos c. Sutherland*, *supra* note 21 aux pp. 1022-23 (juge Rothman); *Plante c. Frenette*, [1989] R.R.A. 53 (C.S.), 57; *Dumoulin c. Morin*, [1991] R.R.A. 295 (C.S.), 299; *Kouroumalis c. Papiernik*, [1997] R.J.Q. 1061 (C.S.), 1069.

la question fondamentale de la séparation entre le civil et le pénal. Cette séparation somme toute récente des deux ordres de juridiction, qui est à notre avis un acquis important de nos sociétés modernes, est remise en question toutes les fois où l'on permet au demandeur d'ajouter une sanction privée à la sanction pénale appliquée. Cette dernière remarque est tout à fait pertinente en matière de droit d'auteur, puisque la loi fédérale renferme des dispositions qui prévoient des sanctions de nature pénale pour le contrefacteur⁶². Les tribunaux ne pourront continuer à ignorer les articles 11 (h) de la Charte canadienne et 37.1 de la Charte québécoise⁶³: une réponse claire s'impose sur l'applicabilité de ces dispositions dans un contexte où l'instauration d'un système parallèle de justice privée, accessible aux mieux nantis, est déjà une réalité⁶⁴. La jurisprudence rendue en matière fiscale, qui limite la portée de l'article 11 h) de la Charte canadienne aux sanctions découlant de poursuites pénales ou criminelles⁶⁵, nous apparaît fortement critiquable, puisqu'elle applique une distinction entre les ordres de juridiction que la notion même de dommages punitifs remet en question.

⁶² *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 23, art. 42 et ss. Ces sanctions sont cependant d'application relativement rare. Pour un exemple récent d'acquiescement de l'accusé : *R. c. Boutin*, J.E. 97-1939 (C.Q.).

⁶³ Art. 11 (h): «Tout inculpé a le droit: (...) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni». Art. 37.1: «Une personne ne peut être jugée de nouveau pour une infraction dont elle a été acquittée ou dont elle a été déclarée coupable en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée».

⁶⁴ Voir J. Pichette, «Vol à l'étalage: À fléau public, justice privée?», *Le Devoir*, 5 octobre 1997, p. A1, commentant la décision *Zellers inc. c. Lessard*, J.E. 97-1857 (C.Q.), où un voleur à l'étalage a été condamné à 75\$ de dommages exemplaires, alors qu'il avait déjà été condamné à 110\$ d'amende au criminel.

⁶⁵ Voir *Sommers c. M.N.R.*, 91 D.T.C. 656, 657-659 et les arrêts cités.