

Le coConseil McCarthy Tétrault : le trimestriel du droit de la technologie

Volume 2, numéro 3
Juillet - Septembre 2006



L'expertise. Les résultats.^{MD}

McCarthy
Tétrault

Le *coConseil* :

le trimestriel du droit de la technologie

Volume 2, numéro 3

Voici le volume 2, numéro 3 du *coConseil* : le trimestriel du droit de la technologie (appelé aussi TLQ, traduction de *Co-Counsel: Technology Law Quarterly*). Dans ce numéro, vous trouverez un article de fond sur la récente adoption du projet de loi sur les jeux de hasard en ligne aux États-Unis. L'auteur, cité récemment dans le *Globe and Mail*, donne son avis sur les répercussions qu'aura l'adoption de cette loi. Un autre article aborde le thème de la sécurité des données d'entreprise et la meilleure façon de faire face à cette question délicate.

Tout au long de l'été, nous vous avons parlé de l'intense activité en matière de fusions et d'acquisitions dans le secteur des technologies, et plus particulièrement des opérations transfrontalières. Dans ce numéro, trois de nos avocats expliquent ce à quoi les entreprises doivent s'attendre d'une telle opération et comment mener efficacement une fusion-acquisition technologique transfrontalière. Il se passe également beaucoup de choses dans les domaines du droit de la propriété intellectuelle et des communications. Nous vous parlerons entre autres des modifications proposées par le Sénat américain au système de brevet et l'adoption par le CRTC d'une Déclaration des droits des consommateurs, en plus de la confirmation d'une décision antérieure sur les services vocaux sur Internet. Vous pourrez également lire un article sur les structures de financement des biotechnologies.

Vous trouverez ces sujets et bien d'autres dans la présente livraison du TLQ. Vous pouvez naviguer à partir de la table des matières, en cliquant sur les liens conduisant aux articles. Tous les articles sont également disponibles sur notre site Web accessible [ici](#). Vous pouvez par ailleurs effectuer des recherches dans la base de données de nos publications pour trouver des renseignements supplémentaires sur une foule de sujets.

Si vous préférez recevoir une version imprimée du TLQ, ou si vous désirez modifier les renseignements concernant votre abonnement, veuillez communiquer avec moi en cliquant sur le lien ci-dessous. Peut-être serez-vous intéressé de savoir qu'une autre de nos publications, *Le coConseil* : le trimestriel du droit des affaires, publie des articles sur une grande variété de sujets et sur des questions telles que les sûretés, la régie d'entreprise, les opérations bancaires et financières, les fusions et acquisitions, la restructuration des sociétés, le droit des sociétés et le droit commercial. Pour vous abonner, veuillez nous envoyer un courriel en cliquant [ici](#).

McCarthy Tétrault est fier de sa position de chef de file dans tous les secteurs du droit. L'édition 2005 du répertoire *The Canadian Legal Expert Directory*, publication reconnue par l'ensemble de la profession, qui effectue un classement des cabinets d'avocats et des avocats, et l'édition 2006 de

L'expertise. Les résultats.[™]

McCarthy
Tétrault

Lexpert/American Lawyer Guide to the Leading 500 Lawyers in Canada, reconnaissent la place de chef de file qu'occupe McCarthy Tétrault dans le domaine du droit de la technologie au Canada. Le *coConseil* : le trimestriel du droit de la technologie constitue pour nous une autre façon de conserver cette position de chef de file.

[Sukesh Kamra](#)

Rédacteur en chef

Novembre 2006

McCarthy
Tétrault

Table des matières

Internet/Service eWorld	1
COMMERCE ÉLECTRONIQUE.....	1
<u>États-Unis</u> : Adoption de la loi sur les paris illicites sur Internet	1
<u>Scène internationale</u> : L'importance d'Internet.....	7
<u>Scène internationale</u> : La montée de YouTube	9
<u>Scène internationale</u> : Mise à jour sur la <i>Convention sur la cybercriminalité</i>	10
<u>Scène internationale</u> : L'UE approuve la Directive sur le recyclage des piles	13
<u>Canada</u> : Libelle et liberté d'expression sur Internet.....	14
<u>États-Unis</u> : Les sénateurs adoptent l'étiquetage sur le Web	15
<u>États-Unis</u> : Google règle à l'amiable une affaire de fraude au clic	15
<u>Canada</u> : Les organismes de réglementation enquêtent sur le hameçonnage financier.....	16
RÉGLEMENTATION	17
<u>Canada</u> : Une demande de règlement liée au bogue de l'an 2000 est rejetée	17
POLLUPOSTAGE	18
<u>Australie</u> : Révision de la <i>Spam Act 2003</i>	18
<u>États-Unis</u> : Les polluposteurs déjouent les filtres avec des images	18
Finance et technologie.....	19
FUSIONS ET ACQUISITIONS.....	19
<u>Canada</u> : Principaux aspects juridiques à considérer pour les entreprises de technologie américaines qui font affaire au Canada.....	19
<u>États-Unis</u> : IBM acquiert Internet Security Systems	28
<u>États-Unis</u> : Cisco annonce l'achat de Meetinghouse	28
<u>États-Unis</u> : EMC achète RSA.....	29
<u>États-Unis</u> : AOL achète GameDaily	29
FINANCE ET ENTREPRISES.....	30
<u>Canada</u> : L'Ontario investit dans la technologie.....	30
INVESTISSEMENTS RÉCENTS EN TECHNOLOGIE	31

Contrats dans le secteur de la technologie	35
ACCORDS DE TECHNOLOGIE	35
<u>Canada</u> : Administrer les licences de propriété intellectuelle afin d'accroître les profits	35
<u>États-Unis</u> : Le logiciel à code libre mène à la création de logiciels malveillants	41
<u>États-Unis</u> : Un nouveau projet de LGP est proposé à l'endroit du MCD.....	41
Propriété intellectuelle	42
DROIT D'AUTEUR.....	42
<u>Scène internationale</u> : Les préoccupations relatives à la propriété des programmes d'ordinateur	42
<u>Canada</u> : Publication de la décision de la Commission du droit d'auteur sur les sonneries musicales téléphoniques	48
<u>France</u> : Adoption d'une nouvelle loi sur le droit d'auteur	48
BREVETS	52
<u>États-Unis</u> : Un projet de loi pourrait contribuer à mettre un terme aux litiges relatifs à la revendication de brevet.....	52
<u>États-Unis</u> : Nouvelles relatives aux brevets de Rambus	53
Protection de la vie privée	54
CAUSES/DÉVELOPPEMENTS JURIDIQUES	54
<u>Canada</u> : Gérer les risques relatifs aux données mobiles	54
<u>Alberta</u> : Le Commissaire à la protection de la vie privée rend une décision sur les données d'un employé.....	57
Communications	60
CAUSES/DÉVELOPPEMENTS JURIDIQUES	60
<u>Canada</u> : Le gouvernement du Canada adoptera vraisemblablement une loi relative à l'« accès licite » aux renseignements personnels sur les abonnés à Internet.....	60
<u>Canada</u> : Le CRTC se prononce sur les services de téléphonie Internet	61
<u>Canada</u> : Le CRTC rend publique une Déclaration des droits des consommateurs	62
Biotechnologie/Sciences de la vie	63
CAUSES/DÉVELOPPEMENTS JURIDIQUES	63
<u>Canada</u> : Le financement des entreprises biotechnologiques : un « coup de pub » pour les SVSRA	63

Internet/Service eWorld

COMMERCE ÉLECTRONIQUE

États-Unis : Adoption de la loi sur les paris illicites sur Internet

Historique

Le samedi 30 septembre 2006, le sénateur Frist, leader de la majorité républicaine, a réussi à faire adopter au début de la nuit la loi intitulée *Unlawful Internet Gambling Enforcement Act of 2006* par le Sénat américain. Il a présenté son projet de loi au moment où un amendement à une loi sur la sécurité portuaire était débattu le vendredi au Sénat. Le débat sur le projet de loi s'est poursuivi pendant la nuit, et les membres ont finalement préféré approuver le projet de loi, plutôt que de retarder son adoption à cause de l'amendement. La Chambre des représentants et le Sénat ont ainsi approuvé le projet de loi dans son intégralité et demandé au président Bush de le sanctionner. On s'attend à ce que le Président entérine le projet de loi avant les élections législatives du 7 novembre.

Le projet de loi qui avait d'abord été présenté au Sénat était une combinaison du projet de loi du représentant Bob Goodlatte (H.R. 4777), qui modifiait la *Wire Act* en vue de criminaliser expressément les jeux de hasard en ligne, et du projet de loi du représentant James Leach, qui visait à interdire le paiement en ligne des jeux de hasard. Toutefois, le projet de loi adopté par le Sénat n'inclut pas les amendements

proposés par le représentant Goodlatte à la *Wire Act*. Ainsi, alors que le titre abrégé de la Loi est *Unlawful Internet Gambling Enforcement Act of 2006*, le titre long — *Prohibition on Acceptance of Any Payment Instrument for Unlawful Internet Gambling* — reflète mieux sa substance. La Loi n'a donc pas pour objet d'empêcher les paris en ligne. En fait, le paragraphe 5361(b) prévoit expressément qu' « aucune disposition de la présente loi ne doit être interprétée comme modifiant, limitant ou complétant toute loi fédérale ou locale qui interdit, autorise ou réglemente les paris aux États-Unis ». Essentiellement, le projet de loi (appelé dans le présent commentaire, la « Loi ») vise à interdire les transferts de fonds en provenance ou à destination de personnes engagées dans des jeux de hasard en ligne illicites aux États-Unis.

Remarques de McCarthy Tétrault :

La Loi n'a pas pour objet d'interdire les paris en ligne. Elle rend cependant passibles de crime fédéral les personnes « engagées dans le commerce des paris » (il s'agit essentiellement d'opérateurs de jeux de hasard en ligne, mais aussi d'entreprises de traitement des paiements engagées par des opérateurs en ligne) qui acceptent des fonds d'une personne qui s'adonne à des jeux de hasard illicites sur Internet. Le transfert de fonds en provenance ou à destination d'une telle personne est appelé

« opération restreinte ». C'est la seule interdiction que l'on trouve dans la Loi. Le reste de la Loi concerne le blocage d'opérations restreintes par les fournisseurs d'opérations financières.

La Loi exige que la Réserve fédérale mette en place des règlements définissant les politiques et procédures à suivre par les « fournisseurs d'opérations financières » (en général, toute entreprise qui transfère des fonds entre des parties) afin de bloquer, d'empêcher ou d'interdire les opérations restreintes.

Si un fournisseur d'opérations financières respecte les politiques et procédures contenues dans les règlements, il sera en conformité avec les règlements. S'il ne les respecte pas, il sera en situation de non-conformité, et le cas sera traité par les organismes de réglementation des services financiers fédéraux ou la Federal Trade Commission. La Loi n'impose pas de sanction aux fournisseurs d'opérations financières qui négligent de se conformer aux règlements. De plus, la Loi stipule que ni le procureur général des États-Unis ni celui de tout État ne peut introduire une instance contre un fournisseur d'opérations financières dans le but d'empêcher une opération restreinte.

La Loi permet à la Réserve fédérale d'exempter certaines opérations ou systèmes de paiement désignés de toute exigence imposée en vertu des règlements, si elle détermine qu'il est impossible, de façon raisonnable, de repérer et de bloquer

ces opérations. Cette exemption est extraite presque mot pour mot du témoignage sur ce projet de loi présenté à la Chambre des représentants par les *Independent Community Bankers of America* en avril. Elle servira probablement à exonérer les chèques et les opérations traitées par les chambres de compensation automatisées de l'application des règlements.

La Loi accorde aux fournisseurs d'opérations financières une immunité contre les poursuites que pourraient intenter des clients dont les opérations ont été bloquées.

On ne sait pas précisément de quelle façon la Loi s'appliquera aux fournisseurs d'opérations financières situés à l'extérieur des États-Unis. Il semble que les fournisseurs étrangers d'opérations financières pourraient être considérés comme des fournisseurs nationaux et qu'ils ne seront donc pas passibles de poursuites par le procureur général des États-Unis ou un procureur local dans le but d'empêcher une opération restreinte. En outre, il est probable que les fournisseurs étrangers en situation de non-conformité verront leur cas traité par la Federal Trade Commission, quoiqu'on ignore au juste comment l'organisme s'y prendra pour faire respecter la Loi. Avant même de parler de l'application de la Loi, il importe d'en connaître quelques définitions clés.

Définitions essentielles

Les définitions suivantes sont importantes :

« Pari » (*bet* ou *wager*) désigne tout jeu de hasard, loterie et pari lié à des compétitions sportives. Les définitions des jeux et concours qui ne constituent pas des paris revêtent plus d'intérêt. Ces définitions devront être examinées avec soin par les opérateurs offrant des jeux d'adresse, des jeux avec arbitrage subjectif et des jeux de ligue de fiction.

« Système de paiement désigné » (*Designated Payment System*) désigne tout système utilisé par un « fournisseur d'opérations financières » que le secrétaire et le Conseil des gouverneurs de la Réserve fédérale (la « Réserve fédérale ») estiment pouvoir être utilisé dans le cadre d'une opération restreinte ou en vue de faciliter une telle opération.

« Fournisseur d'opérations financières » (*Financial Transaction Provider*) désigne pratiquement tout type de fournisseur de services financiers, ainsi que des participants à un réseau de paiement et d'autres participants à un système de paiement désigné. De toute évidence, on a voulu englober toute forme de transfert ou de mouvement de fonds.

« Opération restreinte » (*Restricted Transaction*) désigne toute opération impliquant des fonds qu'une personne engagée dans le commerce des paris (soit un opérateur de jeux de hasard en

ligne) n'a pas le droit d'accepter parce que le joueur qui paie ou recueille les fonds s'adonne à des « paris illicites sur Internet ».

« Pari illicite sur Internet » (*Unlawful Internet Gambling*) désigne l'action d'effectuer, de recevoir ou de transmettre autrement et sciemment un pari, par quelque moyen que ce soit, qui comprend l'utilisation (au moins en partie) d'Internet, lorsqu'un tel pari est illicite en vertu des lois fédérales ou locales applicables dans le territoire où le pari est effectué, reçu ou transmis. En somme, les paris sur Internet sont illicites s'ils le sont dans l'État dans lequel le joueur se trouve au moment où il fait le pari.

Fournisseurs de services financiers et opérateurs de jeux de hasard en ligne – Résumé

i) Les fournisseurs de services financiers devront respecter les procédures acceptées pour bloquer le transfert de fonds en provenance et à destination de personnes engagées dans des activités de paris en ligne *si* ces personnes se trouvent dans un État où de tels paris sont illégaux. Il incombera à la Réserve fédérale, conjointement avec les divers groupes de « système de paiement désigné » (comme les sociétés de cartes de crédit, les fournisseurs de fonds indiciels négociables en Bourse, etc.) d'élaborer des politiques et des procédures qui sont raisonnables et susceptibles d'être efficaces.

L'élaboration de ces procédures ne sera pas une mince tâche. Le système doit pouvoir déterminer l'emplacement physique d'une personne à tout moment donné, différencier les activités qui correspondent à la définition de pari aux termes de la Loi et celles qui n'y correspondent pas (le fait de parier un montant d'argent dans une ligue de jeux de fiction en ligne peut constituer ou non un pari), déterminer si cette activité est illégale dans le territoire où se trouve la personne à ce moment-là, et enfin déterminer quel transfert de fonds se rapporte aux activités légales et lequel se rapporte aux activités illégales auxquelles s'adonne la personne à ce moment précis.

ii) Le paysage a peu changé pour les opérateurs de jeux de hasard en ligne.

Les paris sont illégaux dans divers États, et les procureurs généraux de ces États considèrent généralement qu'il est également illégal d'offrir des services de jeux de hasard en ligne à des personnes situées dans ces États. Il demeure donc risqué d'accepter des paris faits dans ces États. Le seul changement que nous constatons dans cette législation est le risque accru lié au fait qu'il est maintenant un crime fédéral ainsi qu'un crime commis dans un État d'accepter des paris faits dans un territoire où ce type de pari est illégal.

Bien que la Loi définisse certaines activités comme étant des jeux « illicites » sur Internet, la Loi elle-même n'interdit ni ne criminalise ces activités. Il peut donc être

illégal d'accepter des paris faits dans des États où les jeux de hasard en ligne sont illicites, et il pourrait être illégal d'accepter des paris faits ailleurs aux États-Unis, étant donné la position du ministère de la Justice. Le seul changement d'importance que nous constatons dans cette législation est que, si un opérateur de jeux de hasard en ligne accepte un pari qui est illégal en vertu des lois d'un État, il commettra désormais un crime fédéral ainsi qu'un crime commis dans un État. Cela pourrait simplifier le dépôt d'accusations par le ministère de la Justice partout aux États-Unis et réduire le fardeau de la preuve qui repose sur le procureur général.

Fournisseurs de services de jeux de hasard en ligne et fournisseurs de services financiers – Analyse

La Loi ne renferme qu'une seule interdiction. L'article 5363 stipule qu'« aucune personne engagée dans le commerce des paris ne peut accepter sciemment, en lien avec la participation d'une autre personne à des paris illicites sur Internet de crédit, fonds indiciaires négociables en Bourse, chèques, ou produits de toute autre opération financière prescrite de cette autre personne ou en son nom ». En somme, un opérateur de jeux de hasard en ligne ne peut accepter d'argent d'une personne qui parie dans un État où ce type de pari ou de jeu est illégal. Toute personne qui enfreint cet article de la Loi s'expose à une amende

ou à une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans.

Il sera donc nécessaire pour un opérateur de déterminer : i) où le joueur se trouve à tout moment donné; ii) si l'activité particulière à laquelle il s'adonne à ce moment précis constitue un « pari »; et iii) le cas échéant, si ces paris sont illicites dans le territoire où il se trouve à ce moment-là. Quel degré de diligence raisonnable les opérateurs seront-ils tenus d'exercer dans ce cas? Devront-ils suivre leurs joueurs dans tout le pays pour déterminer dans quel territoire ils se trouvent? Incombera-t-il à l'opérateur de décider si une activité particulière constitue un pari et, le cas échéant, si ce pari est illégal dans le territoire où le joueur se trouve au moment où il fait le pari? Nous attendons les réponses de nos collègues américains à ces questions.

La Loi pourrait présenter un autre risque. La position actuelle du ministère de la Justice est qu'en vertu de l'actuelle *Wire Act*, tous les paris sur Internet sont illicites. Par conséquent, conformément à cette loi, le ministère pourrait décider que toute opération financière impliquant le transfert de fonds d'un joueur situé où que ce soit aux États-Unis à un opérateur de paris en ligne constituerait un pari illicite sur Internet et, par conséquent, une « opération restreinte ». Étant donné la définition actuelle de « paris illicites sur Internet », qui comprend notamment la mention « là où les paris sont illicites...

dans l'État où le pari est effectué », il semble que les rédacteurs de la Loi n'avaient pas l'intention de statuer que tous les jeux de hasard sur Internet sont illégaux.

Fournisseurs de services financiers

La Loi exige des « systèmes de paiement désignés » qu'ils établissent des politiques et des procédures pour repérer et bloquer ou empêcher ou interdire l'acceptation des « opérations restreintes ». Cette disposition touchera les institutions financières, les sociétés de traitement des paiements et les autres participants du marché des transferts de fonds.

Le paragraphe 5364(a) stipule que le secrétaire et le Conseil des gouverneurs de la Réserve fédérale auront 270 jours à compter de la promulgation de la Loi (le décompte débutera lorsque le président Bush aura approuvé la Loi) pour adopter les règlements appropriés exigeant que chaque système de paiement établisse les politiques et procédures susmentionnées.

Le paragraphe 5364(b) poursuit en décrivant en détail la nature des règlements qui seront promulgués par le Conseil et le secrétaire. Ils doivent : i) relever les types de politiques et de procédures « qui seront considérées... comme permettant, de façon raisonnable, de repérer et de bloquer ou d'empêcher ou d'interdire l'acceptation de produits ou de services en ce qui concerne chaque type d'opération restreinte »; ii) « autant que

possible, permettre à tout participant à un système de paiement de choisir entre différents moyens de repérer, de bloquer et d'empêcher des opérations restreintes »; iii) « exonérer certaines opérations restreintes ou certains systèmes de paiement désignés de toute exigence imposée en vertu de ces règlements si le secrétaire et le Conseil déterminent conjointement qu'il est impossible, de façon raisonnable, de repérer, de bloquer ou d'empêcher ou d'interdire l'acceptation de ces opérations; et iv) s'assurer que les opérations juridiques liées à des paris nationaux et à des courses de chevaux ne sont pas bloquées ou interdites.

Le paragraphe 5364(c) stipule qu'un fournisseur d'opérations financières respectera les règlements s'il se conforme aux politiques et procédures du système de paiement désigné (approuvées par le secrétaire et le Conseil) pour : i) relever et bloquer les opérations restreintes; ou ii) empêcher ou interdire l'acceptation de produits ou de services du système de paiement dans le cadre d'opérations restreintes.

À première vue, cela semble vouloir dire que si une banque observe les procédures et politiques convenues, mais ne réussit pas à bloquer les opérations restreintes, la banque sera en conformité avec les règlements et non passible de sanctions.

Les obligations prévues par l'article 5364 doivent être appliquées exclusivement par les organismes de réglementation fédéraux

qui surveillent les opérations des systèmes de paiement désignés et des fournisseurs de services financiers dans le cours normal des affaires (ou, si un fournisseur n'est pas assujéti à ce règlement, par la Federal Trade Commission). On ne sait pas précisément comment ces organismes de réglementation appliqueront les dispositions de cet article ou quelles sanctions, le cas échéant, pourront être imposées en cas de non-respect des procédures établies.

Par ailleurs, la Loi stipule clairement, au paragraphe 5364(d), que ni le procureur général des États-Unis ni le procureur de tout État ne peut introduire une instance contre tout fournisseur d'opérations financières pour empêcher une opération restreinte.

Conclusion

La loi américaine sur les jeux de hasard en ligne ne semble pas avoir changé de façon notable, malgré l'adoption de cette Loi. Celle-ci semble avoir pour principal objectif d'obliger la Réserve fédérale à élaborer des politiques et des procédures pour empêcher les gens de faire des paris illicites en ligne. Les institutions financières devront respecter ces politiques et procédures, à défaut de quoi elles s'exposeront aux sanctions imposées par l'organisme de réglementation fédéral compétent. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, il sera vraisemblablement difficile d'élaborer des procédures permettant aux fournisseurs d'opérations

financières de repérer et de bloquer les opérations restreintes, étant donné la nécessité de déterminer d'abord quelles activités sont illégales dans quels États, puis de déterminer si une personne s'adonne effectivement à une telle activité à tout moment donné dans cet État.

À notre avis, le premier effet de la Loi sera la tenue d'une série de longues rencontres entre les groupes industriels et la Réserve fédérale, afin de déterminer quels types de procédures et politiques pourraient être mis en place pour atteindre les fins souhaitées.

Veillez noter que ce texte donne un bref aperçu de la Loi; il ne doit pas être interprété comme étant une analyse exhaustive de l'ensemble des dispositions de la Loi.

Communiquez avec [Danielle Bush](mailto:dbush@mccarthy.ca) à Toronto à l'adresse suivante : dbush@mccarthy.ca

Scène internationale : L'importance d'Internet

Depuis maintenant plusieurs années, Internet occupe une place centrale dans la vie quotidienne de millions de gens partout sur la planète. Les consommateurs aussi bien que les entreprises utilisent Internet pour s'informer, magasiner et communiquer.

Selon une enquête menée par YouGov, l'utilisation d'Internet a grimpé en flèche depuis quelques années. En effet, l'internaute

britannique moyen passe plus de 50 jours par année en ligne. C'est considérable, surtout lorsqu'on considère le type d'usage qu'on en fait, notamment la visualisation de vidéos en ligne et l'utilisation de la technologie voix sur IP pour effectuer des appels téléphoniques. La navigation sur le Web représente toujours la principale activité, suivie des jeux, du courriel, du magasinage et des services bancaires en ligne.

L'enquête met également en comparaison ces taux d'utilisation avec ceux des formes traditionnelles de divertissement, comme la télévision. Ofcom, l'organisme responsable de la réglementation des médias au Royaume-Uni, a constaté que les Britanniques regardaient la télévision en moyenne 19 heures par semaine, soit quatre heures de moins que le temps passé en ligne. Selon les observateurs du secteur, la nature interactive, les progrès en termes de connexion haute vitesse et la fonction « sur demande » d'Internet expliquent le gain de popularité du Web par rapport au petit écran. Ce changement de culture a de nombreux effets positifs sur le milieu des affaires, en particulier les entreprises qui créent et hébergent des services en ligne ou des sites Web ou y donnent accès.

Aux États-Unis, dans une étude de marché publiée plus tôt cette année par Jupiter Research and Yankelovich Inc., on apprend que plus de 95 millions d'Américains consultent le Web pour des questions de santé. Le problème, c'est que la plupart doutent de la fiabilité des ressources. Comme l'âge moyen des Américains continue d'augmenter, l'utilisation d'Internet

en lien avec la santé et les réseaux de santé virtuels devrait aussi s'intensifier. L'étude suggère que plus de 70 % des personnes interrogées n'ont pas trouvé l'information médicale qu'ils cherchaient. Cette tendance s'explique principalement par le fait que ce secteur n'a pas évolué aussi rapidement et efficacement que le commerce électronique, le réseautage personnel et les jeux en ligne.

WebMD est l'un des seuls sites Web en ligne qui ait maintenu une croissance stable au cours des dernières années. Devant le succès mitigé obtenu dans ce créneau, AOL et d'autres se sont réunis pour bâtir des destinations virtuelles offrant aux consommateurs plus qu'une « encyclopédie des maladies ». Une étude publiée en 2005 par Pew Internet & American Life Project indique que les gens se tournent vers Internet pour obtenir de l'information de qualité sur des régimes d'amaigrissement, des exercices et des médicaments vendus sans ordonnance. Ainsi, la décision d'AOL de pénétrer ce marché et de créer un forum médical pourrait s'avérer judicieuse. Il semblerait en outre que les consommateurs comparent davantage en ligne les médecins et les hôpitaux, afin de trouver les meilleurs soins disponibles.

C'est précisément cette demande qui a incité des acteurs importants, comme AOL, à investir dans des produits offrant des services personnalisés aux internautes.

Internet est également devenu une tribune qui permet aux consommateurs déçus d'exprimer leurs frustrations. Les détaillants en font les frais. À titre d'exemple, un consommateur a

enregistré et diffusé la réponse grossière qu'un représentant du service à la clientèle d'AOL a faite à sa demande d'annulation de service. À Comcast, un technicien a été congédié après qu'un extrait vidéo ait été diffusé sur Internet le montrant en train de faire la sieste à son bureau. La popularité des blogues et d'autres types de médias de haute technologie a contribué encore au phénomène, incitant les sociétés à s'attaquer à l'effet dévastateur des commentaires négatifs des consommateurs sur les relations publiques.

Bref, les entreprises doivent agir pour favoriser la demande des consommateurs à l'égard des services Internet tout en maintenant un degré élevé de professionnalisme et de service à la clientèle.

Remarques de McCarthy Tétrault :

Internet s'immiscant dans presque toutes les sphères de l'économie, et le commerce électronique prenant une importance croissante dans toutes les entreprises, le moment ne pourrait être mieux choisi pour effectuer une vérification juridique des services en ligne de votre entreprise, notamment du site Web ou de tout autre mécanisme de commerce électronique que vous utilisez.

Lorsque nous procédons à ce genre de vérification, nous accordons une attention particulière aux nouvelles lois qui protègent la vie privée et les consommateurs, lorsqu'il s'agit d'un site destiné aux consommateurs. Mais même si

le site ne sert qu'à des activités interentreprises, il importe d'en examiner les conditions pour s'assurer de leur efficacité juridique. Il s'est formé une importante jurisprudence en la matière, et beaucoup de sites Web ne respectent pas les pratiques exemplaires reflétant cette jurisprudence.

Communiquez avec [David Ma](#) à Toronto à l'adresse suivante : dma@mccarthy.ca

Scène internationale : La montée de YouTube

Plusieurs nouvelles technologies stimulantes ont fait leur apparition au cours de la dernière décennie, comme les assistants numériques personnels et la voix sur IP. Parallèlement, des centaines de nouveaux sites Web intéressants ont fait évoluer le monde du Net en offrant des services comme du contenu audio et vidéo à télécharger, des photos numériques et des blogues. L'espace viral vidéo a pris d'assaut le monde d'Internet, alors qu'il ne représentait qu'une très faible part du marché il y a tout juste deux ans. Aujourd'hui, YouTube, un site de partage de vidéos fréquenté chaque jour par 100 millions de personnes, contrôle non seulement plus de 40 % du marché, mais fait également partie de l'empire Google. Google s'est offert YouTube pour la somme de 1,65 milliard de dollars américains, établissant ainsi une nouvelle norme pour les sites médias produits par les usagers.

Parmi les autres transactions conclues récemment dans le monde d'Internet, citons

l'achat de Grouper, une plateforme de partage de vidéos sans but lucratif n'attirant que 1 % des internautes, par Sony pour la somme de 65 millions de dollars américains. En réalisant cette transaction, Sony a établi la norme précédente pour le partage de vidéos. De la même façon, lorsque News Corp. a payé 580 millions de dollars américains pour InterMix (la société mère de MySpace.com), bien des analystes se sont moqués de la décision de Rupert Murdoch. Le tableau apparaît plus attrayant aujourd'hui, depuis que Google a récemment accepté de payer 900 millions de dollars américains sur quatre ans pour fournir des fonctions de recherche et de publicité pour le site Web. Facebook, deuxième site Web de réseautage personnel en importance après MySpace, a rejeté une offre de 750 millions de dollars américains de Viacom.

Google a entamé des négociations avec des maisons de disque au nom de YouTube en vue de mettre en ligne des milliers de vidéos de musique. L'objectif semble être de dépasser le cadre du simple site Web de partage de vidéos maison pour devenir un fournisseur de divertissement grand public. Google veut intégrer les vidéos des maisons de disque dans une fonction en ligne où les internautes pourront non seulement annoncer leurs propres vidéos, mais pourront également critiquer d'autres vidéos, y compris ceux des maisons de disque. Google pourrait même avoir réglé l'un des principaux obstacles à ce processus, soit les utilisateurs qui affichent des vidéos protégés par le droit d'auteur provenant d'émissions de télévision, puisque la société a semble-t-il signé des ententes avec des maisons de disque

afin de mettre un terme à toute discussion relative à des poursuites pour violation du droit d'auteur. Même si les choses sont loin d'être réglées, Google semble vouloir s'attaquer sans délai à la délicate question du droit d'auteur.

Remarques de McCarthy Tétrault :

Les nouveaux modèles d'entreprise que sont YouTube, Grouper et MySpace soulèvent une série de questions juridiques. Tous les aspects relatifs à la propriété intellectuelle, en particulier dans le domaine du droit d'auteur, sont à considérer en priorité. D'après l'expérience que nous avons acquise dans des causes qui ont fait jurisprudence comme la décision *Tariff 22*, beaucoup d'entreprises qui lancent de nouveaux sites de ce genre ne prennent pas le temps et les mesures nécessaires pour évaluer les questions de propriété intellectuelle pertinentes et les étapes pratiques qu'elles pourraient prendre pour gérer ces questions.

Les nouveaux sites de réseautage personnel présentent, eux aussi, de nombreuses questions en ce qui concerne la protection de la vie privée. Encore une fois, beaucoup d'entreprises négligent de s'attaquer aux questions juridiques pertinentes avant de lancer leur nouveau site Web et leur modèle d'entreprise révolutionnaire. C'est malheureux, car quelques heures de consultation juridique au début permettent souvent d'éviter de graves problèmes plus tard.

Communiquez avec [Barry Sookman](#) à Toronto à l'adresse suivante :
bsookman@mccarthy.ca

Communiquez avec [Charles Morgan](#) à Montréal à l'adresse suivante :
cmorgan@mccarthy.ca

Communiquez avec [Cappone D'Angelo](#) à Vancouver à l'adresse suivante :
cdangelo@mccarthy.ca

Scène internationale :
Mise à jour sur la *Convention sur la cybercriminalité*

Les méthodes conventionnelles d'application de la loi en ce qui a trait à l'interception, à la perquisition et à la saisie de communications et de renseignements (ce qu'on appelle l'« accès légal ») sont de moins en moins efficaces en raison des innovations techniques. Alors que les criminels continuent d'utiliser les ordinateurs pour perpétrer leurs actes, on n'arrive pas encore à définir et à réglementer correctement ces « délits ». Pour parer à la menace, la législation exige une mise à jour pour permettre la tenue d'enquêtes efficaces par les forces policières et les organismes de sécurité. Il est toutefois essentiel d'assurer, en même temps, la protection des droits à la vie privée et des droits humains.

Remarques de McCarthy Tétrault :

La *Convention sur la cybercriminalité*, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004, a été adoptée par le Conseil de l'Europe afin

de permettre une coopération et une entraide internationales dans la lutte aux délits informatiques. La Convention n'est pas expressément édictée par le Conseil, mais est plutôt reconnue par une expression de la volonté des États participants.

La Convention poursuit trois principaux objectifs : i) harmoniser les lois nationales en matière pénale et les dispositions associées dans le domaine de la cybercriminalité; ii) donner aux autorités nationales les pouvoirs de procédure criminelle aux fins d'enquête et de poursuite de ces délits; et iii) établir un régime rapide et efficace de coopération internationale. Les délits suivants relèvent des dispositions de la Convention : accès illégal; interception illégale; interférence de données; interférence de systèmes; abus des dispositifs; falsification informatique; fraudes informatiques; délits associés à la pornographie infantile et au droit d'auteur; et droits voisins.

Le premier *Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité* est entré en vigueur le 1^{er} mars 2003. Le Protocole a été créé pour harmoniser le droit criminel substantiel pour faire barrage au racisme et à la xénophobie sur Internet et améliorer la coopération internationale à cet égard. Selon le rapport de protocole, des délits correspondants dans les lois nationales pourraient empêcher l'abus de systèmes informatiques à des fins racistes par des parties dont les

lois dans ce domaine sont moins bien définies.

Les États-Unis ratifient la Convention

Le 3 août 2006, le Sénat américain a ratifié la Convention. Le procureur général, Alberto R. Gonzales, a fait la déclaration suivante à propos de la ratification de la Convention :

« La *Convention sur la cybercriminalité* – la première du genre – sera un outil clé pour les États-Unis dans sa lutte contre les délits internationaux de l'ère de l'information. Cette convention nous fournit des outils importants pour combattre le terrorisme, les attaques sur les réseaux informatiques et l'exploitation sexuelle des enfants sur Internet, tout en renforçant la coopération américaine avec les pays étrangers pour la recherche de preuves. La Convention respecte toutes les protections constitutionnelles américaines, comme la liberté d'expression et les autres libertés civiles, et n'exigera aucune modification aux lois américaines. »

Certains groupes d'intérêt public ne voient pas les choses du même œil et estiment que la Convention n'est pas constitutionnelle. L'*Electronic Privacy Information Center* (EPIC), par exemple, a recommandé que les États-Unis refusent de ratifier la Convention pour les raisons suivantes :

- Plusieurs dispositions accordent de larges pouvoirs d'enquête, notamment en ce qui concerne la perquisition et la saisie de données informatiques et la surveillance des communications vocales et électroniques et des transmissions de données, qui sont favorables aux organismes chargés de l'application de la loi, mais qui ne sont pas équilibrées par des protections supplémentaires des droits individuels ou des limites quant à l'utilisation de ces pouvoirs par les gouvernements.
- La Convention énonce un engagement à l'égard des mesures de sécurité, mais omet de reconnaître l'importance de la protection de la vie privée dans toute bonne pratique de sécurité.
- L'article 15 prévoit que chaque partie doit s'assurer que « l'établissement, la mise en œuvre et l'application des pouvoirs et des procédures prévus au présent article [droit procédural] sont assujettis aux conditions et aux mesures de protection prévues dans ses lois nationales, lesquelles doivent assurer la protection adéquate des libertés et droits humains ». Cette disposition est vague et n'est pas reprise dans une protection particulière dans aucune des dispositions.
- L'article 25 établit des principes généraux d'entraide internationale, mais ne contient pas de disposition sur la « double criminalité » en vertu de laquelle une activité doit être

considérée comme un crime dans les deux pays avant qu'un État puisse exiger la coopération de l'autre.

Malgré la légitimité de ces préoccupations, la Convention ne prévoit pas que la coopération soit assujettie aux conditions des conventions et lois nationales d'entraide mutuelle. Les droits des personnes situées dans l'État faisant l'objet d'une demande sont donc protégés. Par exemple, un État faisant l'objet d'une demande n'exécutera pas une « perquisition et saisie » au nom d'un État requérant, à moins que les conditions nationales applicables n'aient été respectées. La possibilité de refuser la collaboration dans ce domaine est sans doute entrée en ligne de compte dans la décision des États-Unis de ratifier la Convention, surtout dans le contexte des questions soulevées par l'EPIC.

Statut de la Convention au Canada

Le Canada a signé la Convention, mais ne l'a pas ratifiée. En 2002, le gouvernement canadien a publié un document de consultation qui contenait le plan suivant aux fins de ratification :

« La Convention aidera le Canada et ses partenaires à être plus efficaces dans leur lutte contre les crimes visant l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des systèmes informatiques et des réseaux de télécommunications et contre d'autres activités criminelles traditionnelles, telles que la fraude ou la distribution de

pornographie juvénile, réalisées au moyen de ce genre de réseaux ou par Internet. La plupart des infractions et des formalités exigées existent déjà au Canada. Cependant, pour ratifier la Convention et la faire entrer en vigueur au Canada, il faudrait apporter les modifications suivantes au *Code criminel* : prévoir la possibilité de rendre une ordonnance de production; prévoir la possibilité de rendre une ordonnance de conservation; définir une infraction relative aux virus informatiques qui ne sont pas encore propagés. Des modifications complémentaires ou d'autres modifications pourraient être apportées à d'autres lois existantes, telles que la *Loi sur la concurrence*, en vue de les rendre conformes à la Convention ... »

En plus des propositions législatives détaillées, le document de consultation prévoit que les organismes chargés de l'application de la loi et de la sécurité nationale conservent leur capacité d'accès légal d'une manière respectueuse de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À l'automne 2004, le ministre de la Sécurité publique a annoncé l'adoption prochaine d'une loi facilitant l'accès légal. Au début de 2005, les responsables gouvernementaux ont entamé des consultations sur les propositions révisées avec certaines parties, dont l'industrie et la société civile. La coordination des amendements législatifs et le respect de la Charte semblent être les dernières étapes

clés avant la ratification de la Convention par le Canada.

Communiquez avec [Martin Marcone](#) à Ottawa à l'adresse suivante :
mmarcone@mccarthy.ca

Scène internationale : L'UE approuve la Directive sur le recyclage des piles

L'UE a approuvé une Directive qui rend obligatoire le recyclage des piles usagées des ordinateurs, des téléphones mobiles et des assistants numériques personnels à compter de 2008, une fois que le Parlement européen et les États membres auront voté en faveur de l'ébauche. Lorsqu'elle aura force de loi, la nouvelle Directive abrogera l'actuelle Directive sur les piles (91/157/CEE). Les règlements précis nécessaires pour mettre en œuvre la nouvelle Directive compléteront la législation existante de l'UE sur l'élimination des déchets.

Remarques de McCarthy Tétrault :

À l'heure actuelle, seuls six pays de l'UE (l'Autriche, la Belgique, la France, l'Allemagne, la Suède et les Pays-Bas) ont mis en place des procédures de collecte des piles. Le texte provisoire, qu'a approuvé une délégation du Parlement et des États membres au cours d'une procédure de conciliation, bannit également la plupart des piles contenant plus qu'une trace de produits chimiques toxiques, tels le cadmium et le mercure. De plus, à compter de 2009, la durée de vie

devra être clairement indiquée sur les piles. La Directive oblige toutes les entreprises qui fournissent des piles aux utilisateurs à accepter les piles usagées de ces utilisateurs sans frais additionnels. Lorsque le texte aura force de loi, les États membres de l'UE auront deux ans pour appliquer la Directive. Les piles qui sont conçues pour durer plus longtemps que le produit continueront d'être collectées conformément à la Directive DEEE (2002/96/CEE).

Communiquez avec [Cheryl Slusarchuk](#) à Vancouver à l'adresse suivante : cslusarchuk@mccarthy.ca

Canada : Libelle et liberté d'expression sur Internet

Le débat opposant liberté d'expression et remarques diffamatoires sur Internet continue au Canada. Une poursuite intentée par Sharman Networks et Nikki Hemming de Sharman Networks, contre P2Pnet.net, un site Web établi en Colombie-Britannique, a relancé le débat.

La poursuite prétend qu'un article affiché sur le site Web de P2Pnet est diffamatoire. L'issue de la cause aura des répercussions importantes au Canada, car c'est la responsabilité des intermédiaires Internet qui est encore une fois remise en question. Toutes les sociétés devront composer avec les conclusions du débat, puisqu'elles toucheront non seulement les

fournisseurs de services Internet (FSI), mais aussi les sites Web et les blogues d'entreprise, les blogues sociaux et personnels, ainsi que les bavardoirs. La question est simple : peut-on forcer un site Web à retirer du matériel prétendument diffamatoire? La réponse n'est pas aussi simple.

Au Canada, il faut une ordonnance de la cour pour forcer un site Web à retirer du contenu assimilé à un discours haineux, à de la pornographie infantile et à une violation du droit d'auteur. Dans ce dernier cas, la norme est plus élevée depuis une décision de la Cour suprême du Canada, qui exige maintenant qu'une partie ait autorisé la violation pour que l'action soit gagnée. Il importe également de noter que c'est la culture Internet qui, depuis quelques années, dicte aux FSI l'emploi d'un système d'avis répétés, plutôt que d'un système agressif d'avis et de démontage. Si la décision favorise le demandeur, il devra y avoir un changement de culture.

En vertu de la loi canadienne, lorsqu'il y a allégations de diffamation, il n'est pas nécessaire d'obtenir une ordonnance de la cour pour forcer un site Web à retirer le contenu jugé diffamatoire. Les FSI et d'autres intermédiaires peuvent être tenus responsables de l'omission de retirer du contenu jugé diffamatoire. Le problème avec ce règlement, c'est que le contenu est retiré sans même que les allégations soient portées devant un tribunal. La facilité avec laquelle on peut forcer le retrait de matériel d'Internet soulève de sérieuses questions, tant pour les consommateurs que pour les entreprises,

en particulier dans le monde des sociétés, où les blogues, la baladodiffusion et les sites Web personnels gagnent en popularité et en crédibilité.

États-Unis : Les sénateurs adoptent l'étiquetage sur le Web

Le Comité du commerce du Sénat américain a approuvé un amendement qui vise à protéger les enfants sur Internet. À la suite d'un débat sur un projet de loi sur les communications, il a été décidé que les opérateurs de sites Web commerciaux contenant du matériel de sexualité explicite devraient dorénavant indiquer clairement la nature sexuelle du contenu. En outre, les sites Web devront « classer » chaque page et chaque écran contenant du matériel de sexualité explicite, selon un système qu'élaborera la Federal Trade Commission. Les tribunaux n'ont jamais été tendres avec les systèmes de classement obligatoire, et les défenseurs des libertés civiles soutiennent pour leur part que l'étiquetage obligatoire viole les droits énoncés dans le premier amendement (la liberté d'expression). Le projet de loi ne deviendra loi que s'il obtient l'approbation finale du Comité et de l'ensemble du Sénat. Un projet de loi a également été déposé devant la Chambre des représentants, mais il se distingue de ce projet de loi en ceci qu'il ne contient aucune référence à une obligation d'étiquetage.

États-Unis : Google règle à l'amiable une affaire de fraude au clic

Au sujet de notre reportage paru dans *Le trimestriel du droit de la technologie*, volume 2, numéro 2 ([cliquez ici](#)), un juge de l'Arkansas a donné l'approbation finale concernant un règlement à l'amiable totalisant 90 millions de dollars américains entre Google et plusieurs entreprises de publicité. Un groupe d'avocats s'est opposé à ce règlement, en soutenant qu'il ne compensait pas adéquatement les frais payés par les annonceurs accusés de clics illégaux et de fraudes au clic. Le juge chargé de la cause a rejeté ce point de vue et déclaré que les conditions du règlement à l'amiable étaient justes et raisonnables. La fraude au clic se produit lorsqu'un éditeur de sites Web clique un nombre anormal de fois sur les liens conduisant au site Web d'un annonceur afin de gonfler artificiellement ses recettes. Il peut également s'agir de concurrents qui cliquent sur les liens publicitaires d'un annonceur pour épuiser le budget publicitaire de celui-ci.

Pour contenir ce problème grandissant, Google a annoncé qu'elle apporterait des améliorations à son système AdWords, qui permet maintenant aux annonceurs de surveiller le nombre de clics invalides enregistrés sur des mots clés précisés et achetés.

Dans une cause similaire, Yahoo! a livré bataille à Checkmate Strategic Group pour une affaire de fraudes au clic. Un règlement à l'amiable a été conclu, mais les avocats du

demandeur du procès mené en Arkansas ont contesté le règlement, en alléguant la mauvaise foi de Yahoo! qui tentait de régler à l'amiable la cause en Californie. Le règlement proposé par Yahoo! semble, du moins sur papier, plus avantageux pour les annonceurs touchés, puisque les crédits de publicité auxquels ils auraient droit incluent ceux remontant à 2004. Le règlement, qui a reçu une approbation préliminaire, prévoit que Yahoo! verse environ 5 millions de dollars américains en frais juridiques.

Canada : Les organismes de réglementation enquêtent sur le hameçonnage financier

L'Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières (ACCOVAM), l'organisme d'autoréglementation du secteur des valeurs mobilières au Canada, enquête actuellement sur ce qui paraît être du hameçonnage financier (*phishing*). Des pirates informatiques auraient envoyé des courriels hameçons pour accéder à des comptes de courtage en ligne et utilisé les fonds pour acheter des actions cotées en cents. Dans ce cas, on croit que les pirates ont frauduleusement fait monter le cours de ces actions bon marché pour créer une impression de demande, pour ensuite les vendre à profit. On a signalé de nombreuses fois des courriels hameçons liés à des comptes bancaires et à des cartes de débit et de crédit, mais c'est le premier cas de fraude signalé sur des actions négociées en ligne. Les autorités canadiennes et les organismes de réglementation des valeurs mobilières provinciaux ont été informés de l'attaque.

RÉGLEMENTATION

Canada : Une demande de règlement liée au bogue de l'an 2000 est rejetée

Le « bogue de l'an 2000 »... Quand le sujet a commencé à défrayer la manchette, les services de technologie de l'information de toutes les entreprises ont craint le pire. En fait, même le quidam ordinaire se rongait les sangs à la pensée de cette journée fatidique. Comme nous l'avons vu, la frénésie a été de courte durée et les dommages, mineurs. Quoi qu'il en soit, dans ce qui semble être la seule demande de règlement déposée au Canada en lien avec le bogue de l'an 2000, Canadien Pacifique Limitée (CP) a réclamé plus de 50 millions de dollars pour les pertes et dommages directs subis et les coûts engagés pour le remplacement de ses systèmes informatiques.

Pour nous remettre dans le contexte, rappelons que lorsque les ordinateurs ont été conçus dans les années 1960, l'économie de l'espace mémoire constituait un souci important. Dans le but d'économiser ce précieux espace, les logiciels ont été programmés pour n'utiliser que les deux derniers caractères de l'année, plutôt que les quatre. La technologie a beaucoup progressé dans les années 1980, mais malgré ces progrès technologiques, la plupart des entreprises n'ont pas jugé bon de modifier leurs systèmes informatiques pour éviter des coûts et des inconvénients. Les entreprises ont plutôt pris d'autres précautions pour éviter un désastre de l'an 2000, en

mettant en place des mesures correctives advenant un événement catastrophique.

Dans cette cause particulière, la cour a conclu que, comme la perte subie par CP n'était pas fortuite, elle n'était pas couverte par la police d'assurance. Essentiellement, le bogue de l'an 2000 n'était pas le résultat d'un code défectueux ni d'une mise en œuvre inadéquate de la conception, mais plutôt une conséquence de la fabrication de systèmes informatiques plus petits pour économiser de l'espace disque. Le tribunal a précisé que le bogue de l'an 2000 était un vice propre découlant de décisions conscientes prises en matière de conception. Enfin, elle a soutenu qu'une demande de règlement en vertu des mesures conservatoires de la police n'était pas recevable, puisque aucune perte réelle ou imminente n'avait été subie par suite du bogue de l'an 2000.

POLLUPOSTAGE

Australie : Révision de la *Spam Act 2003*

Le ministre des Communications, de la Technologie de l'information et des Arts de l'Australie a déposé un rapport sur la révision de la *Spam Act 2003*.

Le rapport regroupe plus de 60 soumissions reçues en réponse à un document de réflexion publié à la fin de l'an dernier. Plusieurs parties intéressées ont répondu et, selon le rapport, la *Spam Act 2003*, combinée avec une application active et rigoureuse des partenariats stratégiques dans le secteur et une coopération internationale, a contribué à un effort de coalition pour contrer le pollupostage (*anti-spam*). En fait, depuis que l'Australian Communications and Media Authority (l'organisme de réglementation des communications et des médias) s'est attelé à faire respecter la législation, l'Australie est passée du 10^e au 23^e rang sur la liste des sources mondiales de pollupostage. Le pays représente désormais à peine 0,8 % du pollupostage mondial.

L'approche australienne a été recommandée comme précédent à suivre pour les autres pays. Le secteur du marketing électronique et les FSI australiens ont par ailleurs élaboré ensemble des codes de pratique pour appuyer la législation.

États-Unis : Les polluposteurs déjouent les filtres avec des images

Si les filtres anti-pollupostage et autres technologies visant à empêcher l'infiltration de courriels non sollicités ont évolué au fil des ans, on peut hélas en dire autant des polluposteurs. Voilà qu'ils envoient maintenant leurs annonces sous forme d'images plutôt que de texte, déjouant ainsi les filtres anti-pollupostage. Malgré l'application l'an dernier d'une formule mathématique pour générer une signature qui permet à un logiciel de reconnaître des images de pollupostage connues et de les signaler comme étant du courriel non sollicité, des outils ont commencé à circuler plus tôt cette année pour aider les polluposteurs à varier automatiquement les images, soit par la couleur, la typographie ou le style, changeant ainsi la signature et évitant la détection. La baisse qu'a connue le pollupostage l'an dernier était attribuable à la bonne qualité des filtres anti-pollupostage. Toutefois, l'augmentation de 40 % du pollupostage par image enregistrée depuis avril montre combien les polluposteurs ont raffiné leur pratique. L'autre aspect à considérer ici est le fardeau imposé aux serveurs de courrier électronique par le nombre important d'images envoyées.

Finance et technologie

FUSIONS ET ACQUISITIONS

Canada : Principaux aspects juridiques à considérer pour les entreprises de technologie américaines qui font affaire au Canada

Le marché canadien des technologies peut paraître très attrayant pour les entreprises de technologie américaines. Que vous envisagiez d'acheter une entreprise de technologie canadienne ou d'autoriser des utilisateurs canadiens à exploiter votre logiciel ou une autre technologie, vous devez comprendre qu'il y a de nombreuses différences entre le Canada et les États-Unis et que celles-ci auront des répercussions sur votre transaction. La bonne nouvelle est que toutes ces questions peuvent être résolues pourvu que l'on s'y attaque de manière proactive avec l'aide d'un conseiller juridique canadien qui s'y est déjà frotté à de nombreuses reprises.

Remarques de McCarthy Tétrault :

Fusion et acquisition transfrontalières dans le secteur des technologies – Une entreprise américaine achète une entreprise canadienne

Les opérations transfrontalières comptent pour près des deux tiers de la valeur des activités de fusions et acquisitions au Canada, ces activités atteignant leur plus haut niveau depuis 2000. Des entreprises

américaines acquièrent régulièrement des entreprises de technologie canadiennes. Les opérations de fusion et acquisition transfrontalières présentent des risques particuliers, comme le fait d'avoir à composer avec le fisc des deux côtés de la frontière. Heureusement, ces risques sont gérables, surtout si l'équipe responsable de l'opération comprend les questions propres au Canada qui sont associées aux principaux actifs acquis, soit la technologie, les bénéficiaires et les gens.

D'une manière générale, trois principaux éléments sont à considérer dans les acquisitions transfrontalières d'entreprises de technologie : l'impôt, l'emploi et la propriété intellectuelle. Pour pimenter un peu les choses, les acquéreurs américains doivent également saisir certains aspects propres au Canada.

Crédits d'impôt RS&DE

Les crédits d'impôt à l'investissement pour la recherche scientifique et le développement expérimental (RS&DE) sont une caractéristique unique au Canada. Grâce à ce programme, des entreprises considérées comme des SPCC peuvent bénéficier d'un crédit d'impôt fédéral égal à 35 % de leurs dépenses de RS&DE admissibles, et lorsqu'ils sont offerts, les crédits d'impôt seront remboursés — même en cas de perte d'exploitation nette. En gros, cela signifie que le gouvernement

canadien verse une contribution en espèces à un taux égal à 35 % des dépenses de RS&DE admissibles. Il s'agit d'un programme extrêmement utile, surtout pour les entreprises de technologie canadiennes de croissance en phase de démarrage.

« SPCC » est l'abréviation de « société privée sous contrôle canadien ». Pour être considérée comme une SPCC, l'entreprise doit satisfaire à certaines exigences, dont les premières sont la propriété et le contrôle canadiens. Lorsqu'une entreprise est vendue à des intérêts américains, elle perd son statut de SPCC et n'a plus accès au crédit d'impôt à l'investissement, qui peut seulement réduire l'impôt à payer sur son bénéfice et qui passe de 35 % à un maximum de 20 %. Effectivement, le droit d'acquérir le contrôle peut entraîner la perte du statut de SPCC.

Comme les remboursements de RS&DE accusent un retard sur les dépenses de R&D à la vente d'une entreprise de technologie canadienne, les vendeurs insisteront souvent pour que les importants crédits RS&DE soient pris en considération dans les rajustements après clôture. Il s'agit évidemment d'un point à négocier pour l'acheteur américain d'une entreprise de technologie canadienne.

Financement public canadien à la R&D et à la PI

Une étape courante et importante du processus de contrôle préalable consiste à

confirmer qu'aucun projet de R&D ou de développement de propriété intellectuelle de l'entreprise cible n'a été financé en vertu d'ententes de financement public canadien, par exemple, par l'intermédiaire du Conseil national de recherches du Canada. Comme ces programmes de financement public sont structurés pour profiter aux entreprises canadiennes pendant les premiers stades du développement d'une technologie, ils peuvent souvent soit limiter l'exploitation de la technologie, soit exiger des versements en espèces lors d'un changement de contrôle aux mains d'actionnaires étrangers. Par exemple, des accords de financement peuvent prévoir que les produits incorporant la propriété intellectuelle soient fabriqués au Canada et que la propriété intellectuelle soit cédée automatiquement au gouvernement canadien en cas de violation.

Modifications législatives rétroactives en lien avec les clauses de non-concurrence

Selon des modifications proposées à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, certaines sommes reçues ou à recevoir au titre d'une clause de non-concurrence pourraient être considérées comme un revenu ordinaire aux fins de l'impôt. Cette modification sera rétroactive à 2003. Pour un acheteur américain qui a conclu une transaction en 2006, deux aspects de cette proposition surprennent : d'abord, il arrive rarement que des lois fiscales soient appliquées rétroactivement; ensuite, comme cette

proposition est en suspens depuis 2003, elle n'apparaît plus sur l'écran radar des questions courantes.

En vertu de ces propositions, les vendeurs canadiens pourraient se prévaloir d'un choix mutuel visant à améliorer le traitement fiscal des sommes qui doivent leur être versées. Même si ce choix peut ne pas avoir de conséquences pour l'acheteur, les détails du choix et la possibilité que la législation soit encore modifiée avant d'être édictée devraient inciter l'acheteur à prévoir des portes de sortie au cas où le résultat lui serait préjudiciable.

Investissement étranger – Les jeux vidéo font partie de la culture canadienne

Selon la taille de la transaction, le type d'actif ou d'entreprise et le statut étranger de l'acheteur, les investissements étrangers sont assujettis à un avis et à un examen en vertu de la *Loi sur l'Investissement Canada*. Les entreprises « culturelles » canadiennes font partie des types d'actif ou d'entreprise assujettis à un avis en vertu de la Loi. On sera peut-être surpris d'apprendre que la conception de jeux vidéo peut être considérée comme une activité « culturelle ». Mais tel est bien le cas; au Canada, la production et la distribution de jeux vidéo sont une activité « culturelle ». Les acquéreurs américains prudents devront donc vérifier, au début de la transaction, si un avis ou une approbation est nécessaire ou non et, dans l'affirmative, à demander cette

approbation ou une « non-intervention » avant de conclure le marché.

Impôt : espèces ou actions

Un autre élément important dans l'établissement de la structure consiste à déterminer si le prix d'achat sera versé en espèces ou en actions. Si c'est en actions, les lois fiscales (et les lois sur les valeurs mobilières) des deux côtés de la frontière seront des facteurs clés dans la structuration des négociations.

Le problème avec les actions est que les vendeurs canadiens devront en général payer de l'impôt tout de suite, sans profiter de la liquidité. Au Canada, les dispositions de roulement permettant un report d'impôt ne sont offertes que lorsque le paiement en actions est fourni par une entreprise canadienne, et non par une entreprise étrangère. Du point de vue du vendeur canadien, ce serait idéal de pouvoir considérer les États-Unis comme la onzième province ou le quatrième territoire du Canada. Les dispositions de report d'impôt s'appliqueraient jusqu'à la réception des espèces. Le gouvernement canadien a proposé d'étendre les règles de roulement, mais plusieurs années ont passé sans que des gestes concrets soient posés.

Les actions échangeables sont une solution courante aux échanges d'actions transfrontaliers. Le principal inconvénient de ces structures réside cependant dans leur coût élevé et leur complexité. Il y a de nombreuses solutions de rechange pour

traiter avec les fondateurs et les employés qui détiennent des options sur des actions dans une entreprise canadienne, comme une contrepartie conditionnelle (considérée comme un revenu imposable à moins qu'une planification attentive ne soit réalisée pour obtenir le traitement des gains en capital, et l'impôt est payable seulement lorsque les espèces sont reçues), des options sur les actions de l'acheteur américain (revenu imposable, mais avec la possibilité d'une déduction compensatoire de 50 %) et des titres échangeables (cette option n'est pas envisageable dans le cas de petits contrats, en raison des coûts de structuration de l'impôt).

Lois sur l'emploi

Le concept américain d'« emploi de gré à gré » est étranger au Canada, qui prévoit des périodes de préavis minimales en cas de congédiement et, dans certains cas, le versement d'une indemnité de départ aux employés congédiés. Les employés qui sont congédiés sans préavis au Canada obtiennent généralement de généreux règlements grâce à la common law canadienne sur les préavis raisonnables.

Les contrats de travail canadiens stipulent souvent que l'employé a droit à une période de préavis conformément à la législation sur l'emploi applicable. Ce langage définit un plancher, mais pas un plafond, relativement aux obligations de préavis de l'employeur, et permet aux tribunaux d'appliquer les exigences généreuses de la common law, souvent à la

surprise de l'acheteur qui ne se doutait de rien. Compte tenu des lois canadiennes favorables aux employés, les acquéreurs américains ont intérêt à tenir compte de leurs responsabilités en matière de cessation d'emploi dans la transaction.

Propriété intellectuelle

Les acheteurs américains devraient connaître les différences entre les régimes de propriété intellectuelle du Canada et des États-Unis. Fait non négligeable, le concept américain d'« œuvre à louer » commence à faire son apparition au Canada, où, en général, l'auteur de l'œuvre détient le droit d'auteur à moins qu'un accord ne renferme une disposition contraire ou que l'auteur ne soit un employé qui crée l'œuvre dans le cadre de son emploi.

De la même façon, les accords sur la propriété intellectuelle (PI) qui semblent transférer un droit d'auteur ne devraient pas seulement céder le droit d'auteur des auteurs respectifs à l'entreprise acheteuse, mais aussi supprimer les « droits moraux ». Les droits moraux, entre autres choses, accordent à l'auteur un droit relativement à l'intégrité de l'œuvre et doivent être supprimés pour protéger la valeur des œuvres dérivées.

Parmi les autres différences importantes, notons que les titulaires de licence de brevets peuvent être privés du droit de mettre en doute la validité des brevets par contrat; le concédant de licence peut avoir

droit à des redevances futures même après qu'un brevet ou une marque de commerce ait été tenu pour invalides ou ait expiré; les cotitulaires du brevet exigent le consentement des autres cotitulaires de brevets pour octroyer une licence sur un brevet; et les droits du titulaire de licence sont moins clairs après la faillite d'un concédant de licence, car il n'y a pas d'équivalent canadien au paragraphe 365(n) du *U.S. Bankruptcy Code* (que nous abordons plus en détail ci-dessous).

Droit relatif à la protection de la vie privée

Les lois canadiennes sur la protection de la vie privée sont assez semblables au modèle européen. Toutes les lois fédérales et provinciales sur la protection des données visent à fournir une protection large et générale aux renseignements personnels et ne se limitent pas à certains secteurs d'activité précis, comme les services financiers et la santé, comme c'est le cas aux États-Unis, en vertu de la *Gramm-Leach-Bliley Act* et de la HIPAA, par exemple. Le régime canadien de protection des données s'appuie sur dix principes fondamentaux de pratique d'information équitable, le plus important étant qu'il est interdit de recueillir, d'utiliser ou de divulguer des renseignements personnels sans le consentement de la personne concernée. Ce principe a une multitude d'effets sur l'exercice des activités commerciales au Canada, certains faciles à imaginer (pratiques de marketing), d'autres

moins (diligence raisonnable, transferts d'actif). Certaines provinces canadiennes ont établi des exceptions particulières à la règle du consentement, qui s'appliquent au traitement des renseignements sur les employés ou des renseignements personnels transférés dans le cadre d'une transaction commerciale, mais ces dispositions doivent être examinées avec soin pour éviter toute irrégularité. L'autre sujet important à considérer dans le domaine de la protection de la vie privée concerne la récente réponse législative canadienne à la loi américaine intitulée *Patriot Act*. Un nombre croissant de provinces adopte des dispositions relatives à la protection de la vie privée dans le but d'arrêter le flux de renseignements personnels vers les États-Unis, parce que ces transferts peuvent mener à une divulgation subséquente aux autorités américaines à l'insu ou sans le consentement du principal intéressé. Ce sujet doit être considéré avec attention, en particulier dans le contexte d'une impartition outre-frontière.

Défis à surmonter dans le cadre d'une fusion et acquisition transfrontalière

Comme les acquisitions transfrontalières impliquent nécessairement de composer avec deux régimes juridiques, ce qui peut paraître un problème relativement facile à régler de l'un ou l'autre côté de la frontière devient rapidement compliqué, cher et long à régler s'il n'est pas correctement traité. Une technique utile

pour gérer la croissance exponentielle des transactions est de s'assurer que l'équipe responsable de mener à bien l'opération comprend bien les raisons qui motivent la transaction. Est-ce la technologie, les revenus, les hauts dirigeants ou l'équipe de R&D, et combien de temps doivent-ils être retenus? Cela permet à l'entreprise et aux équipes juridiques de mettre de côté les questions de moindre importance pour se concentrer sur les négociations relatives aux principaux risques associés aux actifs les plus précieux.

Obligation d'utiliser le français

Enfin, les entreprises américaines qui songent à faire affaire au Québec, en particulier celles qui établissent une présence physique dans la province, doivent connaître les exigences liées à l'utilisation de la langue française énoncées dans la *Charte de la langue française*, qui fait du français la langue de communication officielle dans les communications avec les employés, les emballages, la publicité (y compris Internet), la passation de marchés et la facturation et, dans certains cas, l'utilisation des technologies de l'information.

Questions commerciales touchant les entreprises américaines qui achètent, vendent ou accordent des licences de technologie au Canada

Pour une entreprise de technologie américaine qui souhaite pénétrer le marché

canadien ou continuer d'y faire affaire, la bonne nouvelle est que les lois canadiennes et les pratiques du secteur qui touchent les contrats commerciaux sont assez semblables à celles en vigueur aux États-Unis. Il y a cependant un certain nombre de différences subtiles et moins subtiles qui, si elles sont négligées dans le contrat, peuvent ajouter à l'opération un degré de risque imprévu. Les paragraphes qui suivent résumement quelques-unes de ces différences.

Loi applicable

Avant de conclure un contrat commercial avec une contrepartie canadienne, il importe de s'entendre sur la loi applicable au contrat. Trop souvent, le choix de la loi applicable est fait après coup dans le cadre de négociations ou considéré comme une simple clause « passe-partout ». Pourtant (comme nous l'expliquons plus longuement ci-dessous), le choix de la loi applicable des parties peut avoir une incidence considérable sur leurs droits et recours. Les parties, y compris le concédant américain de licence de technologie, auront généralement avantage à choisir un territoire qui dispose d'une jurisprudence très développée dans le domaine des affaires, comme l'Ontario.

Si un litige en vertu du contrat est entendu au Canada (ce qui serait la meilleure stratégie dans le cas d'un titulaire de licence canadien qui utiliserait la technologie du concédant de licence américain d'une manière non autorisée), le choix de la loi ontarienne (ou d'une

autre province canadienne) peut accélérer la décision des tribunaux. De plus, les parties à un litige peuvent, au Canada, utiliser des procédures et des recours qui ne sont pas prévus dans le système judiciaire américain et qui peuvent leur être avantageux dans le contexte d'un litige portant sur un contrat de technologie. Par exemple, les tribunaux canadiens peuvent accorder des ordonnances de type *Anton Piller*, qui sont en gros des mandats de perquisition permettant au demandeur de fouiller l'établissement du défendeur afin de recueillir des preuves essentielles qui risqueraient autrement d'être détruites. Les tribunaux canadiens octroient régulièrement des dépenses en faveur de la partie qui l'emporte.

Garanties et conditions implicites

Il est de pratique courante aux États-Unis de se dégager de toute responsabilité relativement aux garanties implicites, y compris les garanties de qualité marchande et d'adaptation pour un usage particulier. En effet, le *Uniform Commercial Code* (UCC), qui s'applique aux contrats relatifs à la vente de marchandises et qui a été adopté dans la plupart des États américains, exige que les exclusions ou les modifications à ces garanties implicites soient expressément et clairement énoncées.

Les provinces canadiennes ont également adopté des lois sur la vente d'objets qui s'appliquent aux ventes entre sociétés,

comme la *Loi sur la vente d'objets* de l'Ontario. Mais tandis que le UCC contient des garanties implicites, les lois canadiennes sur la vente d'objets renferment des garanties *et des conditions* implicites. Et tandis que le UCC comporte une garantie implicite de « commerciabilité », les lois canadiennes sur la vente d'objets comportent une garantie implicite de « qualité marchande », et la Colombie-Britannique prévoit aussi une garantie implicite supplémentaire de « durabilité ». Ces différences doivent se refléter dans les clauses d'exonération de responsabilité de tout contrat commercial relatif à la vente de marchandises (y compris l'approvisionnement de logiciels) au Canada que des fournisseurs américains de technologie concluent avec des clients situés au Canada.

Limitations de responsabilité

Comme les exonérations de garanties et les conditions, les dispositions de limitations de la responsabilité peuvent occasionner des faux pas en vertu des lois canadiennes, si elles contiennent des modalités qui seraient standard et exécutoires aux États-Unis. Alors qu'aux États-Unis, les stipulations de non-responsabilité peuvent être formulées en termes généraux de façon à décliner « toute responsabilité », au Canada, il est nécessaire de stipuler une limitation de responsabilité en cas de négligence. Au Québec, le *Code civil* interdit les exclusions ou les limitations de

responsabilité dans le cas de dommages matériels causés à autrui à la suite d'une faute intentionnelle ou lourde ou de dommage corporel ou moral. De plus, le concept de négligence grave, même s'il est largement utilisé dans les contrats canadiens, a fait l'objet d'une jurisprudence plus importante dans les systèmes judiciaires américains les plus occupés, comme celui de New York.

Délais de prescription

Contrairement aux États-Unis, où les parties contractantes ont une grande discrétion pour varier les délais de prescription dans le contrat, certaines juridictions canadiennes limitent ou interdisent carrément ces variations. Un exemple extrême est la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario, qui impose un délai de prescription « de base » de deux ans et un délai de prescription « final » de 15 ans sur toutes les actions, sous réserve de certaines exceptions. Les délais de prescription établis en vertu de la loi intitulée *Limitations Act* s'appliquent malgré tout accord intervenu pour les modifier ou les annuler. En Ontario, cette règle est à l'étude.

Taxes

La vente de technologie — en particulier de logiciels — au Canada est assujettie à divers traitements fiscaux selon le type de technologie et la province concernée. En général, les taxes de vente provinciales s'appliquent aux logiciels prêts à utiliser,

mais pas aux logiciels personnalisés. Lorsque le logiciel provient de l'extérieur du Canada, la taxe sur les produits et services fédérale fait la distinction entre les logiciels prêts à utiliser et les logiciels personnalisés afin de déterminer si le logiciel a été importé par l'utilisateur, dans le premier cas, ou fourni à l'établissement de l'utilisateur, dans le dernier cas. Il va sans dire que les entreprises américaines devraient demander des conseils fiscaux spécialisés sur les nuances des lois fiscales canadiennes avant d'entrer sur le marché canadien.

Faillite d'un concédant de licence

Lorsqu'une entreprise américaine fait affaire avec un fournisseur canadien de technologie, le risque de faillite de ce fournisseur doit faire l'objet d'un examen rigoureux. Aux États-Unis, en vertu de l'alinéa 365(1)(n) du *Bankruptcy Code*, si un syndic de faillite rejette un contrat à exécution différée d'un concédant failli de licence de propriété intellectuelle, le titulaire de licence peut quand même revendiquer son droit d'utiliser la propriété intellectuelle. C'est ce qu'on appelle l'exception *Lubrizol*.

À l'opposé, la même situation en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* du Canada est incertaine. En effet, la loi ne dit pas clairement si un syndic de faillite peut rejeter un contrat à exécution différée, et encore moins si le titulaire de licence peut faire valoir ses droits de licence dans ces circonstances.

Par conséquent, les titulaires de licence de logiciel au Canada exigent souvent la signature d'une entente sur le code source ou un autre type d'accord pour s'assurer qu'ils pourront continuer d'utiliser le logiciel en cas d'insolvabilité du concédant de licence, la situation idéale étant que le droit d'auteur soit cédé partiellement à la contrepartie.

Lois sur le commerce électronique

Les provinces canadiennes ont adopté des lois sur le commerce électronique qui répondent à une variété de questions soulevées par ce type de commerce, notamment s'il est acceptable d'utiliser des documents électroniques pour satisfaire aux exigences de l'écrit dans le cas de documents juridiques. En vertu de la *Loi de 2000 sur le commerce électronique* de l'Ontario, par exemple, un document électronique – comme un courriel – peut satisfaire à l'exigence légale de la forme écrite des documents s'il est accessible et utilisable en vue d'une consultation ultérieure. Au Québec, la valeur juridique d'un document, en particulier sa capacité d'avoir des incidences juridiques et son admissibilité comme preuve, n'est ni augmentée ni diminuée par le choix du moyen de transmission.

Néanmoins, en vertu du régime québécois, il est essentiel de pouvoir établir que l'« intégrité » d'un document technologique a été protégée pendant tout son cycle de vie. À cet égard, certaines présomptions juridiques s'appliquent.

En général, les lois qui régissent le commerce électronique au Canada sont fondées sur le même modèle que leurs équivalents américains; toutefois, avant de faire affaire au Canada, une entreprise américaine devrait demander conseil au sujet de l'interprétation des nuances entre les nombreux régimes provinciaux, locaux et fédéraux.

Comme vous avez pu le constater en lisant cet article, il est essentiel de comprendre les principales différences entre le droit des entreprises américain et canadien afin d'atténuer les risques juridiques qui accompagnent l'entrée sur le marché canadien. Votre conseiller juridique canadien devrait pouvoir vous guider et vous éviter les écueils courants.

Communiquez avec [Cheryl Slusarchuk](#) à Vancouver à l'adresse suivante : cslusarchuk@mccarthy.ca

Communiquez avec [Charles Morgan](#) à Montréal à l'adresse suivante : cmorgan@mccarthy.ca

Communiquez avec [Joel Ramsey](#) à Toronto à l'adresse suivante : jramsey@mccarthy.ca

États-Unis : IBM acquiert Internet Security Systems

Devant la vague d'atteintes à la sécurité dont nous vous avons parlé à plusieurs reprises dans les numéros précédents du *Trimestriel du droit de la technologie*, on ne s'étonnera pas de voir IBM, comme bien d'autres entreprises, chercher à mettre la main sur des services de sécurité. Poursuivant sa stratégie d'acquisitions, IBM a annoncé l'achat d'Internet Security Systems (ISS). Il s'agit de la cinquième transaction en importance dans l'histoire d'IBM et de la quatrième acquisition en importance réalisée au cours du dernier mois. ISS est un acteur de premier plan dans le marché de la sécurité et cette acquisition est avant tout motivée par l'idée qu'IBM vendra ses services basés sur les produits de sécurité d'ISS. ISS possède un actif important, le service de renseignements de sécurité X-Force, qui protège les réseaux de manière proactive en faisant une analyse des vulnérabilités et des menaces en ligne. Les analystes avaient prévu cette transaction alors que de plus en plus d'entreprises de technologie transforment leur portefeuille de sécurité en remplaçant leur système de pare-feu réactif par un système de sécurité proactif.

États-Unis : Cisco annonce l'achat de Meetinghouse

Cisco a annoncé l'achat de Meetinghouse Data Communications, un fabricant de logiciels de sécurité d'accès aux technologies sans fil. Meetinghouse Data est connue pour avoir créé AEGIS SecureConnect, un logiciel de sécurité qui permet aux clients commerciaux de déterminer qui accède aux ordinateurs et aux appareils hôtes. L'entreprise propose également le Network Admission Control, qui vérifie que les PC, les ordinateurs portatifs, les serveurs et les assistants numériques personnels accédant aux ressources de réseau de l'entreprise sont exempts de virus, de pirates informatiques et d'autres menaces à la sécurité. Cette acquisition est considérée comme une autre étape importante pour Cisco, qui lui permettra d'offrir aux entreprises une solution client unifiée, avec ou sans fil. Cisco a effectué plusieurs acquisitions au cours des derniers mois, notamment celle du spécialiste de la virtualisation de serveurs Topspin, du fabricant de décodeurs Scientific-Atlanta, des entreprises de développement d'applications en démarrage Metreos et Audium et du fournisseur de surveillance vidéo SyPixx Networks.

États-Unis : EMC achète RSA

Poursuivant ses efforts pour raffermir sa position sur le marché, EMC Corp. a annoncé l'achat de RSA Security. RSA aura pour principal objectif de constituer la division de la sécurité de l'information d'EMC, notamment parce que ses technologies de cryptage et de gestion essentielle devraient jouer un rôle important dans la stratégie de protection des données d'EMC. Beaucoup de participants du secteur croient que cette transaction permettra à EMC d'évoluer de fournisseur de matériel de stockage à un magasin multiservices de stockage, de gestion et d'accès aux données. En fait, grâce à cette transaction et aux acquisitions déjà réalisées du fournisseur de logiciels de virtualisation VMware Inc. et du fabricant de logiciels de gestion des systèmes de réseau SMARTS, la société de stockage se présente avant tout comme un fournisseur de systèmes.

États-Unis : AOL achète GameDaily

AOL a annoncé l'achat de GameDaily, l'une des plus importantes publications indépendantes sur l'univers des jeux vidéo en ligne. L'ancien propriétaire de GameDaily, Gigex, Inc., a servi les amateurs de jeux grand public en faisant de GameDaily l'une des trois destinations de jeux vidéo les plus visitées sur Internet. En plus d'acquérir le site Web de GameDaily destiné aux consommateurs, AOL met la main sur le bulletin *GameDaily Biz*, l'une des publications les plus lues sur les jeux vidéo. AOL est reconnue pour son accès à des contenus de jeux uniques et exclusifs avec plus de 150 jeux en ligne et téléchargeables. Les sites de jeux vidéo sont également devenus un lieu privilégié pour les annonceurs désireux de rejoindre un public de jeunes hommes, et cette fusion améliorera ce partenariat avec les annonceurs.

FINANCE ET ENTREPRISES

Canada : **L'Ontario investit dans la technologie**

Le premier ministre de l'Ontario et le ministre de la Recherche et de l'Innovation ont annoncé de nouveaux investissements afin d'aider les chercheurs et les sociétés à développer de nouvelles technologies dans le but de stimuler l'économie et de créer plus d'emplois dans le secteur de la haute technologie. L'objectif est de poursuivre la croissance en ligne ainsi que le recours à des formes avancées de technologie afin d'améliorer le commerce électronique et la technologie en général.

Dans le cadre de cette stratégie, le gouvernement a lancé un programme de quatre ans intitulé « Soyez prêts à commercialiser » doté de 46 millions de dollars, afin de mettre à la disposition des chefs d'entreprise ontariens de l'aide financière, de la formation ainsi que de l'expertise en gestion. Parmi certains autres programmes de financement offerts s'en trouve un dans lequel les sociétés, les universités et les institutions de recherche travailleront ensemble au développement et à la conception de technologies de pointe. Ce projet recevra l'appui du Programme ontarien de commercialisation de la recherche.

INVESTISSEMENTS RÉCENTS EN TECHNOLOGIE

INDUSTRIE	SOCIÉTÉ	INVESTISSEUR	MONTANT	FINANCE- MENT	DATE
Logiciel de services financiers	Covarity Inc.	GrowthWorks Canadian Fund Ltd., Tech Capital Partners Inc., VentureLink Diversified Balanced Fund	3,2 M\$	Nouveau cycle de financement	29 mai 2006
Technologies de soins de santé	HealthUnity Corp.	J.L. Albright IV Venture Fund	1,4 M\$	Nouveau cycle de financement	30 mai 2006
Sciences de la vie	Viron Therapeutics Inc.	GrowthWorks Canadian Fund	5 M\$	s.o.	30 mai 2006
Média numérique	MusicIP Corporation	J. L. Albright III Ventures Partners	2 M\$ US	Capitaux propres	1 ^{er} juin 2006
Technologies environnementales	Westport Innovations Inc.	Perseus, LLC	22,1 M\$	s.o.	12 juin 2006
Solutions logicielles	NStein Technologies Inc.	J.L. Albright IV Venture Fund L.P.	10 M\$	Placement privé	13 juin 2006

INDUSTRIE	SOCIÉTÉ	INVESTISSEUR	MONTANT	FINANCE- MENT	DATE
Biotechnologie	AgeChem	La Caisse de dépôt et placement du Québec, Le Fonds de solidarité FTQ	65 M\$	s.o.	15 juin 2006
Logiciel géomatique	Optimal Geomatics Inc.	PenderFund Capital Management Ltd.	800 020 \$	Actions ordinaires	19 juin 2006
Réseaux sans fil	AirIQ Inc.	Wellington Financial LP	8 M\$	Débenture garantie	21 juin 2006
Logiciel de gestion de patrimoine	Xeye Inc.	MMV Financial inc.	3,5 M\$ US	s.o.	27 juin 2006
Biopharmaceutique	Iaculor Injection Inc.	MSBi Capital	s.o.	Capitaux de démarrage	28 juin 2006
Technologie relative à l'industrie pétrolière et gazière	Welaptega Marine Ltd.	InNOVAcorp. et Capital de risque BDC	1,5 M\$	s.o.	28 juin 2006
Pharmacie	Sampling Technologies Inc.	GrowthWorks AtlanticVenture Fund Ltd., GrowthWorks Canadian Fund	2 M\$	s.o.	30 juin 2006
Technologies de transmission de contenus	NeuroLanguage Corporation	GrowthWorks Canadian Fund, etc.	2,7 M\$	s.o.	6 juillet 2006

INDUSTRIE	SOCIÉTÉ	INVESTISSEUR	MONTANT	FINANCE- MENT	DATE
Biotechnologie	Protiva Biotherapeutics	Working Opportunity Fund, Capital de risque BDC, Les Fonds de Découvertes Médicales Canadiennes, etc.	5,6 M\$	Dettes convertibles	13 juillet 2006
Télécommuni- cations	Zeugma Systems Inc.	Capital de risque BDC	2,25 M\$ US	2 ^e cycle de finance- ment de capitaux	18 juillet 2006
Solutions logicielles	Maximum Throughput Inc.	MMV Financial inc.	s.o.	Dettes	2 août 2006
Pharmaceutique	Sirius Genomics	Lions Capital Corp.	7,5 M\$	Actions de catégorie A : 6,3 M\$, Actions ordinaires : 1,25 M\$	8 août 2006
Secteur bioenvironne- mental	Biox Corporation	Birch Hill Equity Partners Inc.	48 M\$	Capitaux propres	14 août 2006
Technologie d'effets visuels	Frantic Films Corporation	MMV Financial inc.	2 M\$ US	Dettes	17 août 2006
Technologies de gestion de revenus	Digital Payment Technologies Corp.	MMV Financial inc., RBC, ENSIS Growth Fund	4,4 M\$	Dettes	21 août 2006

INDUSTRIE	SOCIÉTÉ	INVESTISSEUR	MONTANT	FINANCE- MENT	DATE
Technologies médicales	Medusa Medical Technologies	InNOVAcorp, Canadian International Capital Inc.	4 M\$	s.o.	28 août 2006
Semi-conducteur	SiGe Semiconductor	TD Capital, Prism Venture Partners, VenGrowth Equity Partners, 3i Technology Partners	19,5 M\$ US	Nouveau cycle de financement	30 août 2006
Télécommunications	Bluestreak Network, Inc.	Le Fonds de solidarité FTQ, Capital de risque BDC, First Capital Group	8 M\$	Financement par actions de Série C	31 août 2006
Biopharmaceutique	Lorus Therapeutics Inc.	High Tech Beteiligungen GmbH & Co. KG	10,4 M\$	Actions ordinaires	31 août 2006
Conseils et formation en entreprise	Nexient Learning Inc.	Vengrowth Traditional Industries Fund Inc.	3,5 M\$	Dettes, capitaux propres et placements privés	1 ^{er} septembre 2006
Renseignements aux consommateurs	Generation 5 Mathematical Technologies Inc.	MMV Financial inc.	2 M\$ US	Dettes	6 septembre 2006
Logiciel à caractère éducatif	Brighter Minds Media Inc.	Laurus Master Fund, Ltd. et Hargan-Global Ventures Inc.	4 M\$ US	Dettes (billets à terme)	6 septembre 2006

Contrats dans le secteur de la technologie

ACCORDS DE TECHNOLOGIE

Canada : **Administrer les licences de propriété intellectuelle afin d'accroître les profits**

McCarthy Tétrault a, avec l'appui de PWC, tenu une série de séminaires dans quatre villes canadiennes (Toronto, Ottawa, Montréal et Vancouver) au sujet de l'administration des licences. Le message clé transmis pendant le séminaire était que les sociétés canadiennes laissent s'échapper des sommes considérables parce qu'elles ne s'efforcent pas suffisamment d'assurer la conformité de leurs ententes de licence. Le texte suivant résume l'avis de McCarthy Tétrault à cet égard.

Remarques de McCarthy Tétrault :

Chaque année, des entreprises de technologie – de même que des entreprises non spécialisées dans ce secteur qui produisent de la propriété intellectuelle pouvant faire l'objet de licences – gagnent d'importantes sommes d'argent de la concession de licences et de la distribution de leurs actifs en matière de propriété intellectuelle, comme les logiciels. Malheureusement, de nombreuses ventes leur échappent également, en raison du nombre considérable de fuites pécuniaires

subies du seul fait que leurs ventes sont, pour la plupart, faites à des sociétés qui sont des contreparties à déclaration volontaire (*self-reporting counterparties*) (CDV). De façon étonnante, les sociétés qui réalisent des vérifications de redevances au nom des concédants de licence constatent que 90 % de ces examens révèlent des redevances inexactes.

Le présent article ne vise pas à encourager les entreprises de technologies ainsi que les autres entreprises à rompre leurs liens avec les CDV. Bien au contraire, plus ces liens sont nombreux, meilleurs en sont les résultats. Toutefois, les concédants de licences de propriété intellectuelle auraient besoin de mieux structurer ces liens et, par la suite, d'administrer avec plus d'efficacité les procédures d'exécution et de conformité à la licence.

Origines des fuites pécuniaires

Pour mettre un frein aux pertes pécuniaires actuellement inhérentes à leurs programmes de concession de licence et de distribution, les entreprises de technologie et autres concédants de licences doivent d'abord comprendre les origines de leurs pertes de revenus. De multiples raisons expliquent ce phénomène. Toutes, invariablement, sont liées à un fait décisif :

McCarthy
Tétrault

les titulaires de licence et les distributeurs sont des CDV. Les entreprises de technologie ont ainsi tendance à se fier à la bonne volonté et à l'honnêteté des titulaires de licence et des distributeurs relativement à la déclaration et au paiement de toutes les sommes qu'ils doivent véritablement aux entreprises de technologie.

Fait intéressant, des sondages démontrent que la fraude pure et simple ne représente pas la principale raison à l'origine de la déclaration insuffisante de revenus de licence véritablement dus à l'entreprise de technologie. Un nombre important de fuites résultent de l'ignorance. Souvent, le personnel comptable du titulaire de licence ne comprend tout simplement pas les diverses conditions du contrat de licence en question. Ou encore, il adopte, à l'égard d'une clause possiblement ambiguë du contrat de concession de licence, une interprétation particulière et préjudiciable au propriétaire de la propriété intellectuelle pertinente qui fait l'objet d'une licence.

Exemples de fuites pécuniaires

Une situation courante de fuites pécuniaires résulte du fait que beaucoup de licences de logiciels d'entreprise (où l'ensemble de l'entreprise est autorisé à utiliser le logiciel en contrepartie d'une redevance unique) établissent que toutes les « entités affiliées » au titulaire de licence peuvent également utiliser le logiciel sans frais supplémentaires.

Le contrat de licence de logiciel comporte une définition du terme « entité affiliée », à savoir toutes les entités « contrôlées » par le titulaire de licence.

Le problème résulte du fait que même si le titulaire de licence compte de nombreuses entités affiliées, dont plus de 50 % des actions appartiennent au titulaire de licence, ce dernier détient aussi des actions de coentreprises à 50-50. À proprement parler, ces coentreprises ne peuvent être considérées comme des « entités affiliées », aux termes du contrat de licence. Toutefois, le commis du titulaire de licence chargé de l'administration de l'entente ignore totalement cette subtile nuance. Conséquemment, il leur donne également accès au logiciel. Ainsi, des quantités importantes de redevances de licence de logiciel sont usurpées de l'entreprise de technologie.

Une autre erreur commise régulièrement par les titulaires de licence découle de leur méconnaissance de la différence entre les termes « désigné » et « concurrent » contenus dans la clause de concession de licence de diverses licences de logiciel à tarification « par siège ». À titre d'exemple, le contrat de licence établit clairement que seulement 50 utilisateurs désignés peuvent accéder au logiciel. En revanche, le titulaire de licence croit que cela signifie que tous les utilisateurs présents sur les lieux du titulaire de licence peuvent se servir du logiciel dès lors que

pas plus de 50 le font simultanément, ce qui est la définition traditionnelle d'une licence d'« utilisateur concurrent ». Une fois de plus, le titulaire de licence réussit à accroître son usage du logiciel au-delà de ce qui avait été envisagé et tarifé initialement par l'entreprise de technologie.

Fuites de toute part

Les deux exemples précédents illustrent des cas de fuites pécuniaires résultant d'une situation de licence de logiciel d'un utilisateur final. Et il s'agit là en effet d'un contexte où les entreprises de technologie subissent fréquemment des fuites de revenus. Toutefois, il ne s'agit nullement du seul scénario plausible. Plusieurs autres régimes de licences de propriété intellectuelle sont également problématiques.

Toujours dans le domaine des logiciels, il existe une autre relation de CDV très courante : la distribution de logiciels, en particulier, le cas de l'entreprise de technologie canadienne ayant un distributeur en Europe ou en Asie à l'égard duquel les visites de vérification sont peu nombreuses et espacées. Là encore, dans ce genre de relation, c'est généralement au distributeur qu'il incombe de déclarer volontairement le nombre de ventes réalisées relativement aux produits de l'entreprise de technologie canadienne et de lui verser, correctement, les redevances appropriées.

D'autres ententes donnent lieu à des CDV semblables fondées sur la confiance, notamment les ententes de coentreprises, les ententes de marquage, les licences de brevet et les accords de distribution de données. La distribution de données est particulièrement propice aux fuites pécuniaires en raison de la nature évasive des données et de l'énorme difficulté à les localiser. De manière générale, le distributeur étranger amalgame les données canadiennes avec ses autres données, rendant ainsi très compliquée la surveillance de l'endroit où sont téléchargées les données canadiennes initiales et de la personne à qui elles sont téléchargées, ou de la façon d'accéder aux données en ligne. Le distributeur peut aussi concevoir des analyses au-dessus des données canadiennes et conclure que les redevances se rapportant aux données sous-jacentes ne s'appliquent pas au plus haut niveau d'analyse.

On doit aussi remarquer que ce genre d'énigmes liées aux fuites n'est pas réservé aux entreprises de technologie concédantes de licences. Des questions semblables tourmentent les concédants de licences dans des industries aussi variées que les suivantes : pharmaceutique, biotechnologie, énergie, éducation postsecondaire, services financiers, médias et radiodiffusion de même que les produits de luxe. Les participants qui, dans toutes ces industries, permettent à des CDV tiers d'accéder à leurs données et autre propriété intellectuelle en vue

de les distribuer, devraient réfléchir soigneusement sur les manières de prévenir les fuites pécuniaires.

Manière d'éviter les fuites pécuniaires

La première étape consiste à prendre des mesures appropriées afin de comprendre et de protéger votre propriété intellectuelle. Vous devez apprendre les différences entre les brevets, les droits d'auteur, les secrets commerciaux et les marques de commerce ainsi que les moyens de conserver et d'obtenir chacun d'eux — entre autres par les demandes de brevets et de marques de commerce déposées et par l'enregistrement des droits d'auteur et en amenant les auteurs à renoncer à leurs droits moraux.

Vous devez par la suite confirmer par écrit le droit de propriété de votre entreprise sur la propriété intellectuelle pertinente. Tout le personnel en contact avec l'œuvre ou l'invention doit signer une entente de droits de propriété intellectuelle. Le risque est particulièrement prononcé lorsque vous faites affaire avec des entrepreneurs indépendants (dont le personnel n'est pas inscrit dans votre registre de paie). En l'absence d'une entente écrite de l'entrepreneur indépendant vous conférant la propriété à l'égard de la propriété intellectuelle, cette personne finira vraisemblablement par se l'approprier. Faites en sorte que cela ne vous arrive pas; il s'agit de situations fréquentes que l'on peut facilement éviter.

Précision des conditions de la licence

Une fois les mesures prises afin de protéger votre propriété intellectuelle, vous devez recourir à une terminologie précise et étanche dans vos ententes de licence conclues avec des CDV. Vous devez définir avec soin la concession de licence et ensuite la circonscrire. Reprenant l'exemple relatif aux « entités affiliées » mentionné ci-dessus, si votre intention est de limiter l'utilisation de la licence aux seules entités affiliées liées par « contrôle », indiquez-le de manière à ce que les coentreprises en participation égale en soient exclues.

En ce qui concerne les licences de brevet ainsi que plusieurs régimes de licence basés sur des redevances, vous devrez être très précis dans vos formulations sur les redevances. Que voulez-vous précisément inclure dans les « revenus bruts » et qu'est-ce qui est exclu dans les « revenus nets »? Un nombre important de fuites pécuniaires se produit en raison de ces deux expressions. L'imprécision ou la rédaction boîteuse de définitions relatives à ces termes peut vous jouer de vilains tours.

Déclaration et contrôle

Dans le cadre de tout arrangement contractuel avec une CDV, vous devez également vous concentrer sur deux mécanismes clés. D'abord, le titulaire de licence devrait être tenu, aux termes du contrat, de vous déclarer ses activités au

moyen de faits et de chiffres détaillés, tout spécialement des chiffres. Et non pas sur une simple base annuelle, mais au minimum, sur une base trimestrielle, voire mensuelle, si l'importance des flux le justifie.

En second lieu, il est absolument essentiel d'insérer dans votre contrat de licence une clause musclée de vérification. Elle vous permettra d'examiner périodiquement les livres et les registres du titulaire de licence afin de vous assurer que ce qui vous est dû vous est payé (c'est-à-dire vérifier qu'il n'y a aucune fuite pécuniaire en cours). Cette clause devrait vous permettre de fureter dans l'établissement du titulaire de licence au moins une fois par année, sinon plus souvent. En général, il s'agit d'une fois par année, à moins qu'un paiement insuffisant soit constaté lors d'une vérification; dans ce cas, le concédant peut effectuer des vérifications multiples, à sa guise, pendant l'année ou les deux années suivantes.

Une formule utile dans la clause de vérification consiste à prévoir l'éventualité où le vérificateur constate un paiement insuffisant : dans ce cas, le titulaire de licence est tenu de payer le coût de la vérification du concédant (généralement, les honoraires du cabinet de vérification engagé pour ce travail). Bien entendu, les intérêts devraient courir relativement à tout paiement en retard constaté par la vérification.

Au-delà de la licence : la conformité

Les concédants de licence, pour la plupart, ne font rien de plus après avoir entre les mains le contrat de licence signé. Ils le conservent simplement dans un tiroir de bureau et espèrent probablement que la CDV – le titulaire de licence – leur versera ce qui leur est dû aux termes du contrat. Bien que cela semble une manière de faire typiquement canadienne – faire simplement confiance à l'autre partie –, cela ne constitue pas une façon de faire très astucieuse lorsqu'on fait affaire avec des CDV.

La signature du contrat devrait être suivie par un programme efficace de conformité à la licence. Ce programme devrait comporter plusieurs facettes. D'abord, avant même de nouer des liens avec les titulaires de licence, déterminez quelles sortes de flux de recettes vous devriez recevoir de différentes catégories (cinq par exemple) de titulaires de licence. Par la suite, classifiez tous les titulaires de licence dans la bonne catégorie et formulez une stratégie de communication convenable pour chacune d'elles.

Récolter l'argent sur le terrain

Votre analyse interne vous a révélé que plusieurs titulaires de licence ne semblent pas verser les redevances auxquelles vous vous attendez. Vous devez donc maintenant faire du « travail de terrain » avec eux – vous ou le cabinet de vérificateur dont vous avez retenu les

services dans ce but précis devez vous introduire dans les locaux des titulaires de licence et parcourir leurs dossiers et leurs systèmes. Vous entreprendrez des examens détaillés des redevances. Vous amorcerez vraisemblablement de nouvelles « négociations » afin de résoudre les diverses questions qui, en définitive, ont amené le titulaire de licence à ne pas vous déclarer tous ses revenus.

Dans quelques cas, ce type de programme de conformité à la licence peut déboucher vers un recours en justice, en particulier dans le cas où le titulaire de licence traite à la légère la propriété intellectuelle du concédant ou les sommes qui lui sont dues. Même si la négociation peut habituellement mener à un nouveau compromis, il semble, dans certains cas, que le recours à la justice apparaît inévitable. Dans un tel cas, la possibilité de déposer une demande d'injonction doit être prise en compte. Les coûts très élevés de cette procédure peuvent être rentabilisés si elle réussit à faire disparaître le mauvais comportement avant qu'il ne cause un préjudice financier grave. Dans quelques cas impérieux, vous pourriez même envisager de demander une ordonnance de type *Anton Piller*, qui équivaut à un mandat de perquisition civil. Cette procédure est particulièrement utile si vous croyez que la CDV tentera de détruire des éléments de preuve après avoir été notifiée de la poursuite judiciaire.

En résumé, plusieurs mécanismes contractuels et légaux peuvent être utilisés par les concédants de licence de propriété intellectuelle pour leur permettre d'accroître les profits qu'ils tirent de leurs activités commerciales. Tout ce que vous devez faire est de penser à ces mécanismes de manière stratégique et, par la suite, de les appliquer de manière efficace.

Les avocats de McCarthy Tétrault ayant présenté des exposés à l'occasion du séminaire et avec lesquels vous pouvez prendre contact pour de plus amples renseignements sont les suivants :

Communiquez avec [George S. Takach](#) à Toronto à l'adresse suivante :
gtakach@mccarthy.ca

Communiquez avec [Virginia Schweitzer](#) à Ottawa à l'adresse suivante :
vschweitzer@mccarthy.ca

Communiquez avec [Charles Morgan](#) à Montréal à l'adresse suivante :
cmorgan@mccarthy.ca

Communiquez avec [Matthew Peters](#) à Vancouver à l'adresse suivante :
mpeters@mccarthy.ca

L'ensemble des exposés, y compris les observations judiciaires de PWC au sujet du processus réel se rattachant à un programme de conformité à la licence, peut être obtenu sur notre site ([cliquez ici](#)). (Version anglaise seulement.)

États-Unis : Le logiciel à code libre mène à la création de logiciels malveillants

Dans le cadre de son Global Threat Report for 2006, McAfee indique que des pirates informatiques partagent et utilisent un code source plus que jamais et qu'une telle situation est inquiétante. Le rapport laisse entendre que les concepteurs de virus sont en train de former des communautés au sein desquelles des membres du crime organisé observent et partagent des renseignements relatifs au code source dans ce qu'il est couramment désigné comme le Réseau de dialogue sur Internet. À l'instar de tout instrument puissant, le logiciel à code libre peut être utilisé pour créer des logiciels malveillants, en raison du fait, en particulier, que les stratagèmes pirates, y compris les explications et les commentaires consignés relativement au fonctionnement du code source, sont facilement accessibles. Le rapport explique également que très peu de concepteurs de virus créent des codes malveillants à partir de zéro, en recourant au code source disponible gratuitement, ces concepteurs consacrent leur temps à élaborer des attaques de qualité supérieure.

États-Unis : Un nouveau projet de LGP est proposé à l'endroit du MCD

Ainsi qu'en a fait état une édition précédente du *Trimestriel du droit de la technologie* ([cliquez ici](#)) (en version anglaise seulement), des intervenants tentent actuellement de créer une version révisée de la Licence grand public (LGP). La Free Software Foundation a modifié les dispositions concernant la question souvent controversée de la gestion des droits numériques. En gros, le second projet de LGP version 3 restreint uniquement le Modèle conceptuel de données (MCD) dans le cas particulier où il est utilisé pour empêcher des utilisateurs de partager ou de modifier le logiciel visé par la LGP version 3. En d'autres termes, la nouvelle version n'empêche pas l'application des caractéristiques du MCD, mais elle en empêche l'imposition sans suppression possible aux utilisateurs. Le nouveau projet démontre clairement que les dispositions du MCD s'appliquent au logiciel lui-même et non à ce qu'il fait ou à la manière dont il est utilisé. Malgré la prédilection de plusieurs en faveur d'une approche plus pragmatique à l'égard de la licence, cette nouvelle version conserve les principes idéalistes de la fondation.

Propriété intellectuelle

DROIT D'AUTEUR

Scène internationale : **Les préoccupations relatives à la propriété des programmes d'ordinateur**

La détention de la propriété intellectuelle comme les programmes d'ordinateur est assortie de droits importants. Malgré tout, il demeure étonnant de constater à quel point un nombre important d'ententes liées au développement de la propriété intellectuelle n'aborde pas suffisamment les questions relatives au titre de propriété. Ainsi, plusieurs différends se rattachant au titre de propriété se sont présentés au Canada et dans le monde. La jurisprudence qui suit met en relief l'utilité, pour les parties visées par un programme d'ordinateur ou un développement connexe, d'établir clairement dans leur contrat, avant de commencer les travaux de développement, qui est le titulaire du droit d'auteur et des droits d'exploitation de l'œuvre développée, à chaque étape de son développement. En l'absence d'ententes établissant expressément le titre de propriété afférent au droit d'auteur sur les œuvres, les principes suivants s'appliqueront.

Remarques de McCarthy Tétrault :

L'auteur d'une œuvre, telle qu'un programme d'ordinateur, est généralement le premier titulaire du droit d'auteur.

Toutefois, lorsque l'auteur de l'œuvre est à l'emploi d'une autre personne conformément à un contrat de service ou d'apprentissage et que l'œuvre est réalisée dans le cadre de son emploi, à moins d'en avoir convenu autrement, le premier titulaire du droit d'auteur est l'employeur et non l'employé. Une entente de transfert ou une cession, écrite ou orale, n'est donc pas nécessaire. En pareilles circonstances, le droit d'auteur appartient à l'employeur par effet de la loi. L'entente au contraire peut être expresse ou implicite et n'a pas non plus besoin d'être consignée par écrit. L'auteur de l'œuvre peut cependant avoir certains droits limités d'utilisation équitable de l'œuvre ainsi que des droits moraux relativement à l'intégrité de l'œuvre, y compris lorsque cela apparaît raisonnable, le droit d'être nommé associé à l'œuvre à titre d'auteur.

Des questions difficiles surgissent fréquemment quant à savoir si la personne est régie par un contrat de service ou d'entreprise ou un contrat de travail. Cette question peut être particulièrement compliquée lorsque la personne est très compétente, comme dans le cas où elle fait preuve d'un degré élevé d'aptitude professionnelle et d'expertise dans l'exécution de ses fonctions. Les programmeurs d'ordinateurs entrent souvent dans cette catégorie. Les tests destinés à établir si un travailleur est un

salarié ou un entrepreneur indépendant ont été résumés par la Cour suprême du Canada dans *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*

Dans la cause *Missing Link Software c. Magee*, la question de savoir qui détenait le droit d'auteur à l'égard d'un programme d'ordinateur écrit par un salarié hors de ses heures de travail, mais alors que son travail l'amenait à écrire ce même genre de programme, a été discutée à la lumière de l'article 4(4) de l'*English Copyright Act 1956*. Concepteurs de logiciels, les demandeurs poursuivaient leur ancien employé, en soutenant notamment qu'en violation de ses obligations comme employé, il consacrait ses temps libres à écrire un programme destiné à leur faire concurrence après son départ de leur entreprise. Les demandeurs prétendaient que le programme leur appartenait, même s'il avait été conçu hors des heures de travail de l'employé, à partir de son propre équipement : d'une part, parce que l'employé était un directeur du développement des logiciels ayant sous sa gouverne une petite équipe de programmeurs; et, d'autre part, parce qu'il était embauché pour écrire des programmes de cette nature. Le juge Hoffman a émis l'hypothèse que l'employé détenait le programme en fiducie constructive pour l'employeur ou ne pouvait, en raison de sa conduite, nier que le programme avait été écrit pendant son emploi conformément à la loi.

Les principes relatifs au titre de propriété afférent au droit d'auteur sur un programme d'ordinateur sont également illustrés par la situation factuelle dans la cause *La Société d'Informatique R.D.G. Inc. c. Dynabec Ltée*. Le demandeur R.D.G. avait conclu des contrats avec certaines municipalités dans la province de Québec en vue de concevoir une série de programmes d'ordinateur concernant divers aspects des services municipaux. Les défendeurs individuels étaient d'anciens employés du demandeur qui avait conçu les programmes à l'égard desquels une licence avait par la suite été concédée aux municipalités. Les défendeurs se sont joints au défendeur Dynabec afin de modifier ou d'améliorer le logiciel dans le but de le revendre à une autre municipalité. Les défendeurs soutenaient qu'ils avaient été autorisés à modifier ou améliorer les programmes par l'une des municipalités ayant obtenu une licence du demandeur. Puisque le logiciel avait été conçu par les employés dans le cadre de leur emploi, au sens de l'article 12(3) (aujourd'hui l'article 13(3) de la loi), le droit d'auteur sur les programmes appartenait au demandeur. Le demandeur avait conçu les programmes pour les municipalités à titre d'entrepreneur indépendant et, bien qu'il ait concédé aux municipalités une licence d'utilisation des programmes, il ne les leur avait pas cédés. Par conséquent, le demandeur était le titulaire du droit d'auteur sur les programmes et la municipalité n'avait pas le droit d'autoriser les défendeurs à entreprendre des

modifications sur le logiciel. Dans le même ordre d'idées, dans la cause *Hannis c. Teevan*, une revendication par un professeur universitaire du droit d'auteur sur des programmes d'ordinateurs écrits par des consultants sous sa supervision fut rejetée en dépit du fait que ses consultants lui avaient cédé leur droit d'auteur. Les consultants ont en effet été considérés comme des employés de l'université. Par conséquent, cette dernière était la titulaire du droit d'auteur sur les œuvres. Les cessions effectuées par les consultants ne cédaient rien étant donné que les droits d'auteurs sur les œuvres qu'ils avaient conçues étaient, au départ, dévolus à l'université en raison de leur statut comme employés de cette dernière.

Aux États-Unis, le droit d'auteur sur une œuvre est initialement attribué à l'auteur ou aux auteurs de l'œuvre. Dans le cas d'une œuvre faite sur commande, l'employeur ou toute autre personne ayant commandé l'œuvre est considéré comme l'auteur et détient les droits afférents au droit d'auteur à moins qu'il n'en soit convenu autrement par écrit.

Le droit d'auteur est un droit incorporel. Le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre, comme un programme d'ordinateur, peut céder, par licence, le droit ainsi que tout intérêt s'y rattachant. Toutefois, aucune cession ou concession n'est valide à moins d'avoir été consignée par écrit et signée par le titulaire du droit ou par son agent dûment autorisé. La loi canadienne ne

prévoit pas une cession du droit d'auteur pouvant prendre effet à une date ultérieure. Il existe également des précédents selon lesquels une cession *nunc pro tunc* peut seulement avoir l'effet énoncé si elle consigne un événement survenu ou qui aurait dû survenir.

Une simple licence (c'est-à-dire une licence qui ne concède aucun intérêt dans le droit d'auteur) n'a pas besoin d'être consignée par écrit. L'exigence de l'écrit ne s'applique pas non plus à une entente de cession d'un droit d'auteur qui peut être orale et expresse ou s'inférer du comportement. Une entente de cession d'un droit d'auteur contraignante et opposable est valide à titre de cession en equity qui peut être exécutée par l'entremise d'une ordonnance d'exécution en nature ou d'une ordonnance tenant lieu de cession qui transfère le titre légal à un propriétaire en equity. À cet égard, il y a une différence entre la cession en equity d'un intérêt légal dans un droit d'auteur, qui n'a pas à être par écrit, et la cession légale d'un intérêt en equity dans un droit d'auteur, qui doit l'être.

L'exigence de l'écrit à l'égard des cessions légales est une exigence de fond et non une règle de preuve. Par conséquent, la cession elle-même n'a pas nécessairement besoin d'être déposée au procès si la preuve a démontré son existence et sa conformité aux exigences de la loi.

Lorsque l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur

cette œuvre, aucune cession du droit d'auteur ni aucune concession d'un intérêt dans ce droit, faite par une personne, autrement que par testament, après le 4 juin 1921, n'a l'effet de conférer au cessionnaire ou au concessionnaire un droit quelconque à l'égard du droit d'auteur sur l'œuvre pendant plus de 25 ans à compter du décès de l'auteur. La réversibilité du droit d'auteur, en expectative à la fin de cette période, est dévolue, au décès de l'auteur, à ses ayants cause comme faisant partie de sa succession, malgré tout arrangement contraire et toute entente conclue par l'auteur concernant la disposition d'un tel droit de réversibilité est nulle.

En général, lorsqu'un entrepreneur indépendant est chargé de développer une œuvre, comme un programme d'ordinateur, c'est lui — et non la personne ayant commandé l'œuvre — qui, habituellement, sera le titulaire du droit d'auteur à moins qu'il en soit convenu autrement par écrit. Par exemple, dans la cause *Amusements Wiltron Inc. c. Mainville*, le demandeur avait payé un programmeur informatique indépendant en contrepartie de ses services pour concevoir un programme informatique de jeu de poker électronique. Le demandeur avait l'intention de le reproduire et de le louer à des tierces parties. Aucune cession écrite du droit d'auteur au demandeur n'avait été consignée par écrit. Le défendeur soutenait être le titulaire du droit d'auteur sur le jeu et, à titre de titulaire, détenait le droit

exclusif de le produire et de le reproduire. La Cour supérieure du Québec a jugé que le défendeur n'avait pas cédé, par écrit, son droit d'auteur sur le jeu et, en conséquence, en était le titulaire.

Le demandeur avait acquis un titre sur le support physique (la carte de circuits imprimés) d'une copie du jeu et, bien qu'il n'ait pas le droit d'effectuer une copie du jeu, il ne pouvait être empêché par le défendeur de louer sa copie du jeu au public. Ainsi, si on veut que la personne qui paie pour la réalisation d'une œuvre soit le titulaire du droit d'auteur afférent, une entente écrite devrait être obtenue. Sinon, cette personne pourrait se retrouver dans la même position que celle à laquelle ont fait face les demandeurs dans *BPI Systems Inc. c. Leith* et dans *Amusements Wiltron Inc. c. Mainville*. Dans les deux cas, après avoir payé pour la conception d'un logiciel avec la perspective de devenir les titulaires du droit d'auteur, les demandeurs se sont retrouvés à faire concurrence aux entrepreneurs indépendants qui avaient commercialisé des programmes presque identiques. Il n'existait aucun recours puisque les entrepreneurs indépendants, et non les demandeurs, étaient les titulaires du droit d'auteur sur les programmes.

Il est clairement établi que l'auteur d'une œuvre ne cède pas nécessairement le droit incorporel du droit d'auteur parce qu'il a transféré la propriété de l'œuvre. Cependant, il a également été reconnu que dans le cas d'une œuvre réalisée par un entrepreneur indépendant, le droit

d'auteur peut passer à la personne ayant commandé l'œuvre lorsqu'elle est livrée à cette personne dans une intention, expresse ou implicite, de transférer le droit incorporel sur l'œuvre à la tierce partie. Par exemple, dans *École de Conduite Tecnic Aube Inc. c. 1509 8858 Québec inc.*, une vente de disquettes contenant des documents électroniques destinés à la production d'un cours vidéo de conduite a été réputée représenter, non pas une simple vente de « plastique » sous forme de disquettes, mais, également, le droit d'auteur sur le matériel électronique afférent.

Il existe également des circonstances où l'auteur doit être considéré comme le détenteur du droit d'auteur en fiducie pour la personne auprès de laquelle il s'est engagé. Cette forme d'intérêt en equity n'exige pas une cession écrite pour être exécutoire. Sur la base des conclusions du juge Ferris de la Haute Cour anglaise dans *John Richardson Computers Ltd. c. Flanders*, un entrepreneur indépendant embauché pour réécrire et améliorer un programme d'ordinateur de même qu'un entrepreneur indépendant ayant été rémunéré pour écrire plusieurs programmes d'ordinateur ont été réputés détenir le droit d'auteur sur ces programmes en fiducie pour les personnes ayant retenu leurs services.

Les facteurs pouvant avoir une influence sur l'intention des parties relativement à la propriété du droit incorporel sur le

programme pourraient inclure les considérations suivantes. Le code source du programme est-il conservé par le programmeur? Le client l'a-t-il déjà demandé? Quelle est la nature des frais chargés au client? Quel est le rapport entre ces frais et le coût de développement du programme? L'ensemble des documents relatifs au programme ont-ils été fournis à la personne ayant commandé sa conception?

Dans la cause *Robin Ray c. Classic FM*, le juge Lightman a résumé les principes généraux régissant les droits respectifs de l'entrepreneur et du client relativement au droit d'auteur sur l'œuvre commandée par le client.

Dans *Cyprotex Discovery Limited c. The University of Sheffield*, le tribunal a interprété un contrat de recherche et de développement relatif à un logiciel comme incluant une condition implicite selon laquelle le droit d'auteur serait détenu par la partie destinée à l'exploiter sur une base commerciale.

Compte tenu de la difficulté liée aux œuvres commandées, aux termes de la loi sur le droit d'auteur, certaines autorités ont tenté de recourir à une solution législative. Par exemple, en Nouvelle-Zélande, l'article 21 de la loi intitulée *Copyright Act (1994)* prévoit maintenant que lorsqu'une personne commande et paie ou s'engage à payer pour la prise d'une photographie ou la réalisation d'un programme d'ordinateur, d'une peinture,

d'un dessin, d'un diagramme, d'une carte, d'un graphique, d'un plan, d'une gravure, d'un modèle, d'une sculpture, d'un film ou d'un enregistrement sonore et que l'œuvre est réalisée conformément à cette commande, cette personne est réputée être le premier titulaire de tout droit d'auteur sur l'œuvre. Cette disposition a été examinée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans la cause *Pacific Software Technology Ltd. c. Perry Group Ltd.* relativement à un logiciel commandé par le Groupe Perry. Après la réalisation du programme, le Groupe Perry a demandé la transmission du code source. Pacific a refusé, alléguant que près de 85 % du logiciel contenu dans le programme se trouvait dans des bibliothèques de données préexistantes. Selon le Groupe Perry, le logiciel avait été commandé, il était le titulaire du droit d'auteur sur le programme dans son ensemble et il avait le droit d'obtenir le code source sur ce programme qui lui avait été livré. Pacific soutenait que les bibliothèques étaient préexistantes et qu'il en conservait la propriété. La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a statué que le code de bibliothèque sous-jacent n'avait pas été transféré conformément à l'article 21 de la *Copyright Act* pas plus qu'il ne l'avait été en vertu de tout autre écrit signé au nom de Pacific Software. Toutefois, afin de donner à la transaction une efficacité commerciale, le tribunal a présumé l'existence d'une licence irrévocable en faveur du Groupe Perry pour utiliser le code de bibliothèque intégré dans le code

source du programme commandé. Le tribunal a en outre supposé l'existence d'une condition selon laquelle cette licence profitait également au successeur ou au cédant du Groupe Perry. En arrivant à cette conclusion, le tribunal a observé que les concepteurs de logiciels créent souvent des bibliothèques qu'ils réutilisent dans de nouveaux programmes.

Communiquez avec [Barry Sookman](#) à Toronto à : bsookman@mccarthy.ca

CONFÉRENCE RÉCENTE

Barry Sookman a récemment présenté un exposé au groupe d'avocats en droit de l'informatique de Toronto intitulé [The Year in Review 2005-2006](#).

M^e Sookman a traité de plusieurs sujets, dont les suivants :

- Contrats d'achat en ligne
- Contrats de licence sur l'emballage
- Efficacité des courriels comme signature
- Licences de logiciel implicites
- Tendances en propriété intellectuelle
- Questions spécifiques relatives aux marques de commerce
- Fenêtres conceptuelles commanditées
- Questions relatives au droit d'auteur numérique
- Liens, montage et cache
- Partage de fichiers
- Recours en contrefaçon
- Protection de la vie privée
- Compétence en ligne relativement à la contrefaçon de brevet

Canada :
Publication de la décision de la Commission du droit d'auteur sur les sonneries musicales téléphoniques

Un peu plus d'un an après la tenue de l'audience, la Commission du droit d'auteur du Canada a approuvé le Tarif 24 de la Société canadienne des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) couvrant la communication au public de sonneries musicales de téléphone. La proposition de tarif avait d'abord été déposée par la SOCAN en 2003 et le résultat obtenu est que le taux est de 6 % du prix payé par l'abonné pour chaque sonnerie à l'égard de laquelle la SOCAN détient une licence. Ce tarif s'applique rétroactivement pour les années 2003 à 2005 inclusivement. Le recouvrement de ces droits permettra à la SOCAN de verser des redevances à ses membres. On évalue à 3,5 milliards de dollars américains la vente, en 2003, de sonneries téléphoniques à l'échelle mondiale, soit environ 10 % de l'ensemble du marché de la musique. Il est important de souligner que la définition des sonneries, dans cette décision, inclut tant les sonneries monophoniques et polyphoniques synthétisées que les sonneries « authentiques » qui permettent aux abonnés de télécharger et d'écouter des extraits d'enregistrements sonores originaux.

France :
Adoption d'une nouvelle loi sur le droit d'auteur

Au mois d'août dernier, après son adoption controversée par le Parlement français, le projet de loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (« loi DADVSI ») est entrée en vigueur à la suite de sa signature par le Président Chirac. La loi apporte des changements significatifs à la réglementation française sur le droit d'auteur afin de mettre en œuvre et de prévaloir sur la Directive européenne sur le droit d'auteur (EUCD), souvent perçue comme une version transatlantique de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) américaine.

La loi DADVSI, à laquelle des modifications considérables ont été apportées, a réussi à soulever la colère des titulaires de droits et des tenants du domaine public en raison de l'adoption des changements suivants :

- Elle met en place un vaste programme de criminalisation à l'égard de la publication non autorisée d'œuvres protégées par un droit d'auteur, dont une peine maximale de trois ans de prison et une amende de 3000 000 €. Le gouvernement français voulait créer une exception prévoyant l'imposition d'une amende nettement inférieure, afin d'éviter de rendre passibles de crimes des millions de téléchargeurs de matériel poste à poste et de télépartageurs agissant sans but commercial. Toutefois, les tribunaux français ont invalidé l'exception en raison de son caractère discriminatoire (voir plus bas).

- Elle criminalise les actes posés par les auteurs et les éditeurs de logiciels destinés à contourner les mesures de protection technologiques (MPT).
- Elle crée un mécanisme de concession de licence obligatoire, communément appelé la « loi iTunes », qui permettrait aux autorités de réglementation gouvernementales d'obliger des producteurs comme Apple à partager leurs données techniques avec tout concurrent, en raison de leur caractère « essentiel à l'interopérabilité ». Ce mécanisme, dont la forme précédente avait été qualifiée par la société Apple de *piratage informatique soutenu par l'État* (« state-sponsored piracy ») comporterait désormais des mesures d'indemnisation pour les entreprises tenues de révéler semblables données. Cependant, cette indemnisation serait fixée par une autorité de gestion des droits numériques (GDN) nouvellement créée plutôt que par la voie de négociations privées entre les entreprises sur la base de règles du jeu équitables.

Ce *statu quo* fut toutefois ébranlé à la suite de la décision du 27 juillet du Conseil constitutionnel français qui, tout en maintenant le mécanisme de concession de licence obligatoire, a invalidé quatre dispositions fondamentales de la loi au motif qu'elles étaient imprécises et discriminatoires. Ces dispositions :

- protégeaient les concepteurs de logiciels travaillant sur des logiciels de groupe ou sur des recherches à l'égard des poursuites fondées sur le contournement du système

GDN ou intentées par un titulaire de droit d'auteur;

- autorisaient une exception au principe de l'interopérabilité afin de protéger les concurrents et les concepteurs de logiciels gratuits tentant d'interagir avec le contenu protégé du système GDN;
- créaient une catégorie visant à sévir contre les téléchargeurs poste à poste en leur imposant des amendes de 38 € ou de 75 € plutôt que les sanctions par défaut de la loi DADVSI, c'est-à-dire une peine maximale de trois ans de prison et/ou une amende de 3000 000 €;
- créaient une exception d'utilisation équitable conforme à la réglementation française antérieure relative au droit d'auteur.

Malgré les conséquences possibles et inattendues pouvant résulter de l'interaction entre la loi adoptée et la décision du Conseil constitutionnel, y compris la criminalisation des appareils anticontournement qui n'empiètent pas sur le droit d'auteur, le gouvernement français a publié le nouveau texte de loi atténué dans son *Journal officiel*, le 3 août dernier, assurant ainsi son entrée en vigueur.

Remarques de McCarthy Tétrault :

Des observateurs au Canada sont convaincus que ce débat va avoir lieu au Parlement au cours de la session automnale puisque les Conservateurs réfléchissent à la possibilité de faire renaître un projet de

modifications à la *Loi sur le droit d'auteur*, semblable au projet de loi 60, mort pendant la campagne de la dernière élection ou, encore, d'adopter une loi plus sévère, inspirée de la DMCA, afin d'affermir les protections légales à la disposition des fabricants de GDN. Des modifications sont probables étant donné que le Canada n'a pas réussi à modifier la *Loi sur le droit d'auteur* pour traiter de questions de technologie numérique et à la rendre conforme aux engagements pris au moment de signer, en 1997, le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)* et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*. Le projet de loi 60 proposait des modifications adaptées au piratage et aux communications poste à poste, thèmes qui seront traités dans tout projet de loi déposé par le gouvernement conservateur. Compte tenu de l'indignation de l'industrie à l'égard du programme de concession de licence obligatoire mis de l'avant par la loi DADVSI, il semble plutôt improbable que le Canada intègre des mesures analogues à la « loi iTunes » dans le nouveau projet de loi sur le droit d'auteur, même si des propositions semblables ont fait leur apparition en Angleterre, en Suède, au Danemark, en Norvège et en Finlande.

Un débat particulièrement intense devrait avoir lieu au sujet de l'inclusion de dispositions anticcontournement, que les spécialistes décrivent comme une couche supplémentaire de protection légale qui dépasse le droit d'auteur traditionnel et le

droit des contrats afin de rendre passibles de crime ceux qui « piratent » ces GDN restreignant l'accès aux documents numériques ou leur utilisation. La DMCA américaine interdit les stratégies de contournement en les assimilant à une violation visant à contourner une mesure de protection technologique même si l'utilisation envisagée de l'œuvre sous-jacente ne constituerait pas une violation du droit d'auteur traditionnel. Selon les critiques, une telle interdiction équivaut à recourir au droit d'auteur comme instrument de contrôle du marché, ce qui pourrait freiner les actes concurrentiels traditionnels comme l'ingénierie inverse, la recherche et l'étude privée, et pourrait éventuellement empêcher les utilisateurs de logiciels de faire disparaître de leurs ordinateurs des menaces à la sécurité comme des trousseaux-racine (*rootkits*). La DMCA étend l'application de ces restrictions non seulement aux contrefacteurs directs, mais également aux utilisateurs établissant des liens avec des sites Internet où de tels outils sont disponibles. Certes, le projet de loi 60 s'efforçait d'éviter cet effet en limitant expressément l'application de ces mesures anticcontournement à l'« action qui vise la violation du droit d'auteur ». Toutefois, la question de savoir si le nouveau gouvernement adoptera une approche semblable ou une protection légale plus étendue pour les entreprises utilisant les MPT demeure sans réponse.

On observe également l'émergence de préoccupations entourant l'interaction entre une nouvelle législation sur le droit d'auteur relative aux MPT et le droit des contrats, qui pourrait permettre aux titulaires de droits non seulement de « clôturer » ou de « tatouer » leur produit numérique, mais, aussi, de surveiller les utilisateurs par l'entremise du système GDN qui, continuellement, recueille et échange des renseignements d'utilisateurs. Si la réglementation sur le droit d'auteur venait à empêcher l'utilisateur final de contourner l'aspect surveillance de la technologie, cela donnerait ouverture à des préoccupations au sujet de la protection de la vie privée.

Enfin, l'interaction entre la mesure parlementaire française et la décision du mois de juillet du Conseil constitutionnel représente un signe avant-coureur de ce qui peut devenir une épreuve de force au Canada entre l'interprétation large de la Cour suprême de la notion d'utilisation équitable de l'œuvre et les éventuelles restrictions de la nouvelle approche relative au concept de gestion des droits numériques contenues dans une nouvelle loi.

Bien que la Cour suprême ait reconnu l'importance d'un équilibre du droit d'auteur entre les droits du créateur et ceux de l'utilisateur, cette reconnaissance sera mise à l'épreuve par une loi qui tend vers les modèles contenus dans les lois française et américaine.

Communiquez avec [Daniel Glover](mailto:dglover@mccarthy.ca) à Toronto à l'adresse suivante : dglover@mccarthy.ca

BREVETS

États-Unis : Un projet de loi pourrait contribuer à mettre un terme aux litiges relatifs à la revendication de brevet

L'industrie du brevet est le théâtre, depuis les dernières années, d'un nombre important de poursuites judiciaires, qualifiées par plusieurs membres de l'industrie de litiges « à la pêche au brevet » (*patent-trolling*) ou de revendication de brevet. L'expression « aller à la pêche » (*trolling*) peut sembler ambiguë. Toutefois, elle réfère à la situation où une entreprise ou une personne physique possède un brevet trop général qu'elle n'a pas l'intention de commercialiser. Elle attend plutôt qu'une société en exploitation contrefasse ce brevet pour pouvoir ensuite réclamer des dommages-intérêts et, plus important encore, une ordonnance d'injonction. Dans ce genre de procédure, un tribunal a l'habitude, après avoir constaté la contrefaçon, d'accorder l'injonction.

Dans l'industrie du système vocal sur l'Internet (VoIP), les vendeurs de télécommunications se sont efforcés d'obtenir le contrôle comme chefs de file dans leur domaine respectif. En conséquence, à titre d'exemple, la société Sprint Nextel Corp. a récemment déposé une poursuite en contrefaçon de brevet contre deux petites entreprises de VoIP prospères, dont la société Vonage. En gros, la demanderesse allègue une violation à l'égard de sept brevets relatifs au traitement et à la livraison de la communication téléphonique et de la transmission de données. L'impact de cette

décision sur l'innovation, qu'il s'agisse du VoIP ou d'une autre technologie, ne peut être ignoré. Les entreprises de technologie ont fait pression en faveur d'une nouvelle législation prévoyant un scénario où des dédommagements importants résulteraient de profits perdus relativement à un produit dans son ensemble pouvant contenir des milliers de composantes brevetées mais où seulement une ou deux seraient réellement transgressées.

La Commission judiciaire IP du Sénat américain a déposé un projet de loi de 45 pages proposant une révision du système de brevet en vigueur aux États-Unis. Intitulé *Patent Reform Act of 2006*, et examiné dans deux éditions précédentes du *Trimestriel du droit de la technologie* (volume 1, [numéro 1](#) et [numéro 4](#)) (en version anglaise seulement), le projet viserait à tendre vers un système du premier déposant appliqué par la plupart des pays étrangers. Les changements proposés incluraient également un système d'opposition postérieur à la concession permettant aux autres de contester la validité d'un brevet devant une commission de juges administratifs au Bureau des brevets plutôt que dans le cadre du système judiciaire. En outre, le projet de loi imposerait des restrictions sur la sélection des tribunaux où pourraient être déposées les plaintes en matière de brevet, de manière à mettre un terme au « magasinage de forum » destiné à repérer les districts reconnus pour leur partialité en faveur d'une partie.

Bien que le projet de loi doive faire face à une bataille ardue avant de pouvoir être adopté, un nombre important d'observateurs sont d'avis

que le projet encourage à juste titre l'innovation, dissuade les procédures judiciaires abusives en matière de brevet et harmonise le système américain avec les autres systèmes nationaux. Toutefois, certains pensent que le projet de loi restreint la protection accordée aux inventeurs et réduit leur capacité d'obtenir une juste indemnité dans l'éventualité où ils seraient contraints de poursuivre des entreprises déloyales.

États-Unis : Nouvelles relatives aux brevets de Rambus

Au mois d'août dernier, le concepteur de puce-mémoire, Rambus Inc., a subi un autre échec dans le cadre des différents actuels relatifs à ses brevets américains concernant le dispositif de stockage *Ram dynamique en bus* (DRAM). Les DRAM sont largement utilisés comme mémoires dans les appareils électroniques grand public.

Remarques de McCarthy Tétrault :

Les commissaires de la Federal Trade Commission (FTC) ont décidé que, dans les années 90, alors qu'il siégeait à un comité de normalisation sur les dispositifs de stockage du Joint Electron Device Engineering Council (JEDEC), Rambus s'est livré à des comportements trompeurs et n'a pas déclaré ses activités de brevet pertinentes. En agissant de la sorte, Rambus a faussé de manière inappropriée la procédure de normalisation et a commis

un « holdup » anticoncurrentiel à l'égard de l'industrie de la mémoire informatique. De façon générale, JEDEC avait tenté d'éviter l'intégration des technologies brevetées dans ses normes. La FTC a conclu que Rambus avait siégé aux comités de normalisation sur le DRAM de JEDEC sans déclarer à JEDEC avoir développé et être en train de développer des technologies protégées par un brevet couvrant les technologies ultimement adoptées dans les normes. Les commissaires ont conclu qu'un tel comportement constituait une mesure d'exclusion interdite en vertu de l'article 2 du *Sherman Act* et une tromperie au sens de l'article 5 de la *FTC Act*. Cette décision en renverse une autre, rendue par le tribunal administratif de première instance de la FTC en février 2004. Il avait alors été décidé que Rambus ne contrevenait pas aux législations antitrust fédérales et ne s'était pas livré intentionnellement à des actes anticoncurrentiels dans le but de tromper l'organisme de normalisation pour l'ensemble de l'industrie. Les sanctions à l'encontre de Rambus n'ont pas encore été fixées. Rambus a fait état de son intention d'en appeler de cette décision.

Communiquez avec [Robert \(Bob\) Nakano](mailto:bnakano@mccarthy.ca) à Toronto à l'adresse suivante :
bnakano@mccarthy.ca

Protection de la vie privée

CAUSES/DÉVELOPPEMENTS JURIDIQUES

Canada : Gérer les risques relatifs aux données mobiles

Perte de données mobiles

Une étude publiée par le Ponemon Institute, LLC a révélé que 81 % des organismes sondés s'étaient fait voler un appareil de mémoire électronique comme un ordinateur portable, une clé USB ou un assistant numérique personnel (PDA) au cours des douze derniers mois. Pis encore, 53, 49 et 30 %, respectivement, des entreprises interrogées soulignaient leur impuissance à établir le contenu des clés USB, des PDA ou des ordinateurs portables perdus ou volés.

L'utilisation croissante d'appareils mobiles par des employés a augmenté les risques que des renseignements personnels, y compris des données sur des employés ou des consommateurs, tombent entre les mains de destinataires non désirés. Les entreprises devraient donc prendre des mesures afin d'éviter la publicité négative et les dommages à la réputation qui peuvent découler de la perte ou du vol d'appareils mobiles contenant de l'information de nature délicate. Cependant, lorsqu'une telle perte survient, il est essentiel qu'une entreprise prenne non seulement toutes les mesures légales requises

pour faire face à la situation, mais, également, qu'elle le fasse de manière à minimiser, le plus possible, les dommages à sa réputation et à sa clientèle.

Remarques de McCarthy Tétrault :

Obligations subséquentes à une perte ou à un vol de renseignements personnels

À la suite de la perte ou du vol d'un appareil de mémoire électronique, une entreprise devra initialement examiner toutes les obligations légales liées à la neutralisation de la violation. La réglementation canadienne en matière de protection de la vie privée exige des entreprises qu'elles protègent les renseignements personnels en leur possession contre l'accès ou la divulgation non autorisée, y compris la perte ou le vol, en prenant des mesures de sécurité appropriées. Les renseignements personnels de nature plus délicate, comme les renseignements financiers ou médicaux, doivent faire l'objet d'une protection plus élevée. Hormis la *Loi sur la protection des renseignements personnels sur la santé* de l'Ontario, qui traite spécifiquement du contrôle par les professionnels de la santé de données liées à la santé, les législations canadiennes sur la protection de la vie privée ne prévoient actuellement aucune obligation légale expresse d'aviser une personne concernée de la perte ou du vol

de ses renseignements personnels. Pourtant, une telle exigence existe dans plus de la moitié des états américains et fait actuellement l'objet d'un examen dans le cadre de la législation fédérale canadienne sur la protection de la vie privée.

Les lois provinciales sur la protection des renseignements personnels de la Colombie-Britannique et de l'Alberta sont semblables à la législation fédérale et, à l'instar de cette dernière, ne comportent pas d'exigences de notification expresse. Dans ces deux provinces, les commissaires à la protection de la vie privée ont examiné la question de la notification en évaluant les risques de dommages selon la nature des données perdues ou volées. Ils ont indiqué que la notification peut être appropriée dans certains cas. Dans le contexte d'une décision relative à la vente de vieilles bandes informatiques gouvernementales dont le contenu a révélé la présence d'une quantité importante de renseignements personnels de nature très délicate, le Commissaire à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique a laissé entendre que la notification pouvait être envisagée comme un prolongement de l'exigence relative à la protection des données personnelles. Toutefois, il a refusé d'adopter une position ferme sur ce point. Il a néanmoins observé que la question de savoir si la notification est requise afin de limiter les dommages à la personne touchée par la perte ou le vol de ses

renseignements constituait une considération principale.

Cette démarche adoptée par le Commissaire à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique suggère que, même dans le cas où il n'existe aucune obligation légale expresse de notification, celle-ci peut être considérée comme la meilleure pratique à adopter dans certaines circonstances.

Considérations relatives à l'entreprise et la réputation

Au-delà même de la question de l'existence d'une exigence légale de notification à l'égard des personnes lésées par une violation, les entreprises doivent mettre au point un plan de gestion des dommages à la réputation pouvant découler d'un tel événement. Ce plan doit répondre aux questions suivantes : i) devrait-on notifier les personnes visées par la violation directement ou effectuer une annonce publique (dans le cas où l'identité de ces personnes n'est pas connue)?; ou ii) serait-il préférable d'attendre, dans l'espoir que la violation s'estompe sans dommages à l'endroit des personnes visées par la violation, et, dans le cas où l'existence de la violation devenait publique, de faire alors face à la publicité négative qui en résulterait?

En décidant d'aviser ou non les personnes visées, une entreprise devrait évaluer sa capacité d'identifier les personnes visées par la perte ou le vol de renseignements et

d'entrer en contact avec elles, la sensibilité des renseignements, le risque d'utilisation abusive de ces renseignements et la capacité des personnes touchées de limiter ou d'éviter le risque d'utilisation abusive si elles sont avisées. Si une plainte est finalement déposée auprès du commissaire à la protection de la vie privée, un préjudice à la réputation de l'entreprise peut en outre découler de la publicité entourant l'enquête et la décision du commissaire. Effectuer elle-même la notification donne à l'entreprise plus de contrôle sur la forme, le contenu et le moment de cette notification que dans le cas où elle serait effectuée par le commissaire à la protection de la vie privée ou les médias.

La décision de notifier ou de ne pas le faire dépendra également des faits. Par exemple, si un ordinateur portable contenant des renseignements de cartes de crédit au sujet d'un petit nombre de personnes identifiables est volé, notifier ces personnes serait possible et leur permettrait de prendre des mesures afin d'aviser leur société de carte de crédit de la situation, de manière à atténuer ou à éviter tout risque lié à la violation. Dans de telles circonstances, en l'absence d'autres facteurs, la notification semblerait appropriée. En revanche, si une liste de personnes et de leurs salaires était perdue, notifier ces dernières serait probablement possible. Toutefois, on peut douter que ces personnes puissent faire quoique ce soit pour arrêter l'utilisation de ces

renseignements. De plus, il est peu probable que la personne en possession de ces renseignements soit en mesure de les utiliser à des fins illicites. Dans ce cas, l'argument en faveur de la notification a moins de poids. Toutefois, si on apprenait que les noms des personnes de même que les renseignements sur leurs salaires avaient été utilisés à des fins frauduleuses, comme le vol d'identité, l'équilibre pourrait alors pencher en faveur de la notification, quels que soient les autres facteurs examinés ci-dessus. Dans chaque cas, une décision doit être prise par l'entreprise qui doit évaluer tous les risques, tant ceux de nature juridique que ceux relatifs à la réputation.

La meilleure défense est une bonne stratégie

Une conclusion de l'étude du Ponemon Institute était que ni les entreprises ni les organisations gouvernementales ne prennent les mesures appropriées afin de protéger les renseignements de nature délicate ou confidentielle, comme la propriété intellectuelle, les documents commerciaux de nature confidentielle, les données de clients et les dossiers d'employés. Des mesures physiques, organisationnelles et technologiques devraient être instaurées et une formation devrait être donnée dans l'ensemble de l'entreprise au sujet des politiques et procédures connexes. De simples mesures comme l'interdiction de laisser sans surveillance des appareils de mémoire

électronique, tels que des ordinateurs portables, dans les voitures et les places publiques, peuvent contribuer à endiguer, dès le départ, le vol de l'appareil.

L'utilisation de mesures technologiques, telles que des mots de passe et le cryptage de données, peut réduire davantage le risque d'accès par une tierce partie si l'appareil est effectivement perdu ou volé. Bien qu'il n'existe aucune garantie que les appareils et des données ne seront perdus, volés ou contrefaits, l'adoption de mesures pour éviter la perte ou le vol de renseignements personnels et limiter le risque, au moment de la survenance de ces événements, peut aider une organisation à préserver sa réputation dans l'éventualité où une telle perte ou un tel vol survient.

Communiquez avec [Wendy Gross](mailto:wgross@mccarthy.ca) à Toronto à l'adresse suivante : wgross@mccarthy.ca

Communiquez avec [Michelle Kisluk](mailto:mkisluk@mccarthy.ca) à Toronto à l'adresse suivante : mkisluk@mccarthy.ca

Alberta : Le Commissaire à la protection de la vie privée rend une décision sur les données d'un employé

L'*Office of the Information and Privacy Commissioner* a rendu publics les motifs d'une ordonnance du 11 août dernier qui clarifient ce qu'on entend par une utilisation et une divulgation adéquates relativement à d'anciens employés d'une entreprise. Les plaignants étaient d'anciens employés d'une entreprise

qui utilisait leurs noms, leurs adresses résidentielles et électroniques ainsi que leurs numéros de téléphone personnels afin d'encourager ses employés actuels à entamer des poursuites judiciaires contre eux.

L'utilisation et la divulgation de ces renseignements ont eu comme résultat des communications personnelles non voulues et des tentatives de ternir la note de crédit des anciens employés.

Quoique l'entreprise ait considérablement résisté à la procédure judiciaire, limitant sa participation à des observations, contenues dans une seule page, relatives à la compétence, le Commissaire à la protection de la vie privée en est arrivé aux conclusions en droit suivantes :

- Contrairement à la prétention de l'entreprise, les renseignements n'étaient pas des coordonnées d'entreprise au sens de l'article 4(3) de la *Personal Information Protection Act* (PIPA) puisqu'ils n'avaient pas été utilisés dans le but d'entrer en contact avec les personnes en qualité d'employés ou de membres du personnel de l'entreprise. En conséquence, l'autorisation normale d'utiliser et de divulguer les coordonnées d'entreprise ne s'appliquait pas.
- La cueillette et l'utilisation de renseignements personnels au sujet d'un employé se limitent aux employés actuels et éventuels. Néanmoins, l'article 21 de la PIPA autorise la divulgation relativement à d'anciens employés dans le seul cas où la divulgation après le fait est nécessaire,

en particulier en matière de régimes de retraite, d'autres avantages postérieurs à l'emploi ou de demandes de renseignements fiscaux.

- L'exception relative à la divulgation postérieure à l'emploi est très restrictive. Le but et la portée de la divulgation doivent être raisonnables, et l'ancien employé doit recevoir une notification raisonnable de la divulgation et de ses fins. Plus important encore, elle doit se rapporter uniquement au lien d'emploi afin de pouvoir être considérée comme une divulgation de renseignements personnels au sujet d'un employé.
- L'entreprise a facilement échoué au test de la nécessité et ainsi contrevenu à la PIPA en utilisant et en divulguant les renseignements personnels d'anciens employés sans leur consentement.

Remarques de McCarthy Tétrault :

L'application, dans cette décision, d'un test relatif à la nécessité des renseignements portant sur des employés est conforme à l'approche adoptée par le Commissaire fédéral à la protection de la vie privée dans de récentes décisions. On y a ainsi décidé que les entreprises devront non seulement décrire leurs objectifs en termes larges dans des formulaires de consentement initial, mais, également, elles devront être en mesure de justifier leurs *pratiques* en matière de renseignements. Cette justification

requiert la démonstration de l'existence d'un objectif approprié, d'un lien rationnel entre la pratique et l'objectif, d'une atteinte minimale du droit relatif à la protection des renseignements personnels et d'une proportionnalité entre la gravité de la pratique et l'importance de l'objectif. Il s'agit d'un autre cas où une commission a eu recours à l'interprétation afin de combler le silence de la loi habilitante. Cette façon de faire laisse entendre aux employeurs et aux utilisateurs commerciaux de renseignements que la réglementation canadienne sur la protection de la vie privée peut avoir une plus grande portée que ce qui avait été envisagé au départ.

En outre, la décision fournit des lignes directrices aux sociétés qui, au Canada, s'efforcent d'adopter des pratiques cohérentes à l'échelle de l'entreprise relativement aux renseignements sur des employés, dans le but de se conformer à la législation provinciale de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et du Québec régissant la cueillette, l'utilisation et la divulgation de renseignements sur des employés. De plus, la décision semble mettre en application la protection des employés de sociétés liées à des ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité fédéraux prévue aux termes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE). Plutôt que d'appliquer des politiques séparées et distinctes à chaque territoire, il serait plus économique et adapté à la

protection des renseignements personnels d'adopter une approche fondée sur des pratiques exemplaires quant aux questions relatives à la protection de la vie privée, en particulier si d'autres provinces comblent le vide laissé par la LPRPDE à l'égard des données d'employés non fédéraux. Un élément clef consistera à établir, dès le départ, les objectifs de la cueillette de renseignements au sujet d'employés et de s'assurer que leur portée est raisonnable et leur pratique, rationnelle. L'application d'une approche fondée sur les meilleures pratiques relativement à la protection de la vie privée semblerait sensée, étant donné qu'il est prévu que la LPRPDE, tout comme la PIPA, fasse l'objet d'une révision législative l'année prochaine, à l'occasion de laquelle un texte explicite pourrait être ajouté afin de confirmer cette récente interprétation jurisprudentielle.

Communiquez avec [Daniel Glover](#) à Toronto à l'adresse suivante : dglover@mccarthy.ca

Communications

CAUSES/DÉVELOPPEMENTS JURIDIQUES

Canada :

Le gouvernement du Canada adoptera vraisemblablement une loi relative à l'« accès licite » aux renseignements personnels sur les abonnés à Internet

Les experts en matière de télécommunications et de protection de la vie privée croient de plus en plus que le projet de loi C-74, la *Loi sur la modernisation des techniques d'enquête* (LMTE), relatif à l'« accès licite » aux renseignements personnels sur les abonnés à Internet sera déposé de nouveau par le gouvernement fédéral dans un proche avenir.

Le projet de loi C-74 avait initialement été déposé en première lecture par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada en novembre 2005. Le projet de loi était mort au feuillet au moment de la dissolution du Parlement en vue d'une élection fédérale en janvier 2006.

Remarques de McCarthy Tétrault :

Aux termes de la LMTE, les fournisseurs de services de télécommunications, y compris les fournisseurs d'accès Internet (FAI), devront se doter de réseaux ayant la « capacité d'interception ». Ceci inclut la capacité d'intercepter toute information d'une personne visée par une interception, de séparer ses communications des autres

communications et d'intercepter simultanément des communications de plusieurs utilisateurs. L'amélioration des réseaux et l'introduction de nouvelles technologies font en sorte que les fournisseurs de services de télécommunications devront s'assurer que ces technologies conservent leur capacité d'interception.

Tous les FAI ne seraient pas immédiatement visés. Ceux dont le nombre d'abonnés est inférieur à 100 000 seraient exemptés des exigences technologiques durant une période initiale de trois ans. Les FAI assujettis à la loi dès son entrée en vigueur disposeraient d'une année pour se conformer.

La LMTE obligera les fournisseurs de services de télécommunications à satisfaire à d'autres exigences, telles que la transmission de communications interceptées aux organismes d'application de la loi, ainsi que l'adoption de mesures spécifiques relativement à la sécurité et la confidentialité afférentes à l'interception des communications.

Les organismes d'application de la loi seront capables de contraindre les fournisseurs de services de télécommunications à divulguer des renseignements sur un abonné, y compris son nom, son adresse, son adresse IP et son numéro de téléphone (fixe et cellulaire).

Les « demandes » de divulgation n'exigeraient pas de mandat. Toutefois, le pouvoir de divulgation serait soumis à un certain niveau de surveillance, y compris la création d'un registre de requêtes de renseignements, des vérifications internes et externes (limitées) ainsi que la possibilité d'intervention des tribunaux en réponse à l'utilisation abusive du pouvoir.

Le ministère de la Justice a demandé à 19 fournisseurs de services de télécommunications principaux d'énoncer leurs préoccupations à l'égard du projet de loi. Parmi les préoccupations soulevées, ont été mentionnés les coûts relatifs à l'instauration et le maintien de la capacité d'interception ainsi qu'une forte opposition « à l'obligation de recueillir, stocker ou garantir l'exactitude des renseignements sur les abonnés au-delà de ce qui est nécessaire pour leurs propres besoins d'affaires ». Les fournisseurs de services de télécommunications ont également affirmé que les lois canadiennes sur la protection de la vie privée interdisent « la collecte de renseignements personnels inutiles et leur conservation pour des périodes dépassant les besoins normaux de l'entreprise », et ne devraient pas être contournées par le projet de loi qui transformerait les fournisseurs de services de télécommunications en des « organismes d'application de la loi ».

Bien qu'il n'y ait pas eu d'avis officiel au sujet d'un nouveau dépôt du projet de loi, le ministre a discuté avec les dirigeants de

l'industrie des télécommunications ainsi que des conseillers juridiques de la possibilité de le déposer de nouveau dès l'automne 2006.

Communiquez avec [Stephen Rawson](#) à Toronto à l'adresse suivante :
srawson@mccarthy.ca

Canada : **Le CRTC se prononce sur les services de téléphonie Internet**

Le CRTC a statué que les entreprises de téléphone continueront, au Canada, à affronter la concurrence dans le secteur des services de téléphonie Internet. Cette décision en confirme une autre, rendue précédemment, à l'égard de laquelle le ministre de l'Industrie du gouvernement conservateur Maxime Bernier avait interjeté appel. Le gouvernement a également émis une directive générale au CRTC, dans le cadre de laquelle il l'invite à laisser les forces du marché contrôler l'industrie, au sein de laquelle la réglementation ne devrait exister qu'en leur absence. La décision du CRTC contredit la position du gouvernement qui prône la déréglementation des services de télécommunications. Les grandes entreprises téléphoniques souhaitaient que la position gouvernementale soit intégrée dans la décision du CRTC. Au contraire, la décision va à l'encontre de la soi-disant philosophie du libre marché. Néanmoins, le CRTC a également décidé qu'il examinerait la question plus sérieuse de la réglementation restrictive à laquelle sont soumis d'anciens monopoles

comme Bell et Telus. Puisque la concurrence pour la fourniture de services téléphoniques locaux a cru rapidement au cours des dernières années, en raison principalement de l'élan des gros câblodistributeurs, le CRTC réglemente les entreprises de téléphonie traditionnelles afin de garantir à de nouveaux concurrents un accès dans le marché. C'est la raison pour laquelle le CRTC a décidé, en mai dernier, que la communication vocale sur protocole Internet (VoIP) devrait être traitée comme un service téléphonique régulier pour les entreprises titulaires. La décision n'est pas finale puisque le cabinet peut toujours l'annuler ou la renvoyer au CRTC pour réexamen dans les 90 jours suivant sa publication.

a conclu que les consommateurs devaient comprendre leurs droits, notamment dans les secteurs où le marché n'est pas réglementé. La déclaration a également pour but d'éliminer la confusion entre des choses comme : le droit à la confidentialité, le droit de déposer une plainte et le droit de choisir une entreprise de téléphonie. La déclaration n'aborde cependant pas la question de la force exécutoire. Le CRTC soutient que les mesures existantes sont suffisantes pour traiter la procédure de plainte et qu'un nouveau mécanisme d'exécution n'est pas nécessaire.

Canada : Le CRTC rend publique une Déclaration des droits des consommateurs

L'affrontement entre les consommateurs et les entreprises téléphoniques a commencé en 2003 par suite de la recommandation formulée dans la décision relative au plafonnement des prix. La recommandation, dont l'origine remonte à plusieurs plaintes de consommateurs, y compris à l'égard de modalités de service déraisonnables et incompréhensibles, mena à une initiative réclamant la tenue d'une enquête sur le sujet. En réponse à ces plaintes, le CRTC a publié une Déclaration de droits, dans le cadre de laquelle les droits clés du consommateur concernant le service téléphonique local de résidence ont été reformulés de façon claire et concise. Le CRTC

Biotechnologie/ Sciences de la vie

CAUSES/DÉVELOPPEMENTS JURIDIQUES

Canada : **Le financement des entreprises biotechnologiques : un « coup de pub » pour les SVSRA**

Obtenir du financement représente, aujourd'hui, l'un des plus grands défis auquel fait face un nombre considérable d'entreprises de biotechnologie au Canada. Ernst & Young a récemment mentionné que 56 % des entreprises canadiennes de biotechnologie disposaient de moins de deux années de liquidités. La capacité de trouver et de mettre en œuvre des solutions audacieuses aux problèmes de financement permettra à certaines entreprises de biotechnologie de se distinguer et, peut-être, de garantir leur survie.

Auparavant, le placement en actions et le financement de capital de risque représentaient les principales sources de financement de la biotechnologie au Canada, le financement par emprunt n'ayant guère un rôle significatif. Les avantages et les faiblesses de ces sources de financement ont été examinés de façon approfondie dans diverses publications. Plutôt que de poursuivre l'examen de ces formes de financement bien connues, le présent article se concentre sur différentes structures de financement qui, dans des circonstances appropriées, peuvent être utilisées par les entreprises de technologie

pour financer le développement de projets sous-capitalisés, en cours d'élaboration.

Pendant des années, les structures d'accueil ont été un outil financier légitime utilisé par diverses industries. Les structures d'opérations recourant aux structures d'accueil ont été utilisées aux États-Unis, dans le domaine du financement biotechnologique, avec un certain succès. Toutefois, elles ont été, dans une large mesure, ignorées au Canada. Malheureusement, au lendemain du scandale Enron, la seule mention du terme évoque des notions de pratiques comptables indésirables de même que des délits d'entreprise.

Utilisées correctement et de manière transparente, les structures d'accueil peuvent grandement contribuer à la réalisation d'un but commercial légitime. Elles permettent en effet d'isoler des éléments d'actifs intéressants, à des conditions acceptables pour les investisseurs, de sorte que le financement devient désormais possible. Pour les investisseurs, l'aspect positif réside dans la capacité d'être partie prenante à un investissement intéressant, à haut risque et à haut rendement, qui est dissocié des autres risques et du passif se rattachant au promoteur (c'est-à-dire l'entreprise ayant créé la structure d'accueil). Le présent article expose un certain nombre d'utilisations et d'avantages liés aux structures d'accueil et se penche sur les possibilités, pour les entreprises de technologie canadiennes, de recourir à ce type

de structure financière dans des circonstances appropriées.

Remarques de McCarthy Tétrault :

L'histoire des structures d'accueil dans l'industrie de la biotechnologie

Au début des années 80, l'industrie de la biotechnologie nord-américaine en était à ses balbutiements. Le financement interne traditionnel, à partir des revenus, n'était pas (et n'est toujours pas) une option viable pour la plupart des entreprises de biotechnologie. De plus, obtenir des sources de financement externes s'avérait problématique. En outre, pendant cette période, les occasions d'affaires pour les alliances commerciales étaient rares et des restrictions importantes freinaient le recours au financement par actions. En réponse aux contraintes de financement avec lesquelles l'ensemble de l'industrie de la biotechnologie était aux prises, les entreprises de biotechnologie furent forcées de trouver des solutions innovatrices aux problèmes de liquidités considérables qui les accablaient.

En 1982, Genentech Inc. créa la première structure d'accueil publiquement connue dans le secteur de la biotechnologie. Genentech Clinical Partners était une société en commandite de recherche et développement (R&D) créée aux fins de financer le développement de l'hormone de croissance recombinante humaine. Cette structure d'accueil a amassé un

financement de 55,6 millions de dollars américains et a préparé le terrain pour les autres entreprises de technologie ayant recours au financement par structure d'accueil. Entre 1982 et 1997, environ 39 structures d'accueil connues publiquement ont été créées dans l'industrie de la biotechnologie américaine pour un financement total recueilli de plus de 1,4 milliard de dollars américains.

Le recours aux structures d'accueil dans l'industrie de la biotechnologie américaine semble avoir atteint son apogée en 1992. On trouve peu d'information attestant de leur utilisation comme structure de financement public entre 1997 jusqu'à une période récente. Le désintérêt des investisseurs à l'égard des structures d'accueil est difficile à expliquer. Pour certains, il résulterait en grande partie de l'élargissement significatif du marché américain pour les placements secondaires et les placements privés de titres dans le marché boursier à compter de 1995, cet élargissement ayant permis aux entreprises de biotechnologie d'accéder plus facilement à des quantités importantes de capital relativement peu coûteux.

En quoi consistent les structures d'accueil et comment fonctionnent-elles?

Au cours des deux dernières décennies, deux formes générales de structure d'accueil ont été utilisées dans l'industrie de la biotechnologie : les sociétés en commandite de R&D et les sociétés à vocation spéciale (SVS). Les SVS se divisent

aussi en deux catégories : les SVS de recherche accélérée (SVSRA) et les entités de R&D financées par des bons de souscription d'action et des arrangements hors bilan (RDBSHB). Bien que possédant des caractéristiques qui leur sont propres, toutes ces formes de SVS ont en commun certains attributs.

Une structure d'accueil est une structure d'entreprise distincte, prenant souvent la forme d'une entité juridique distincte, telle une société nouvellement formée ou, parfois, d'une structure de transfert, telle une société de personnes. Généralement, une structure d'accueil est créée par l'entreprise de biotechnologie commanditaire et la structure d'accueil détient les actifs désignés et assume les risques connexes au financement.

L'objectif fondamental de la structure d'accueil de biotechnologie est d'isoler des actifs spécifiques et des obligations éventuelles pour les investisseurs. Il est habituellement plus facile d'utiliser des projets en cours d'élaboration qui ne sont pas capitalisés puisqu'un nouveau projet lancé par la structure d'accueil comportera moins de questions juridiques, commerciales et fiscales. Les actions et les autres titres sont généralement émis par la structure d'accueil et garantis par le projet sous-jacent et ses actifs.

N'étant normalement pas dotée d'un effectif complet de personnel de recherche et d'installations, la structure d'accueil conclut habituellement un contrat de

services de R&D avec le promoteur.

L'argent recueilli par la structure d'accueil dans le cadre de l'émission de ses titres est versé au promoteur sous forme de frais, par l'entremise de paiements contractuels. Habituellement, le promoteur fournit également à la structure d'accueil des services de gestion en contrepartie de frais de gestion. La structure d'accueil utilise les produits de la vente de ses titres pour payer ces frais.

En dernier ressort, la relation entre la structure d'accueil, le promoteur et les investisseurs est régie par un ensemble complexe d'ententes légales qui, soigneusement, définissent la nature et la portée du projet de même que les droits et les obligations du promoteur, de la structure d'accueil et des investisseurs.

Selon les circonstances et les objectifs des parties, le promoteur peut souhaiter négocier le droit de racheter les actifs de la structure d'accueil à un moment donné à l'avenir. Ce rachat pourrait survenir à un moment où le projet est censé être parvenu à un niveau de maturité suffisant pour réduire les risques connexes au projet. À l'inverse, si le projet s'avère un échec ou n'est pas parvenu à une certaine maturité, le promoteur peut autoriser l'annulation de ses droits de rachat et se retirer complètement de la structure d'accueil, dès lors que les conditions de l'entente entre lui et les investisseurs le permettent.

Pourquoi envisager ce genre de structure de financement?

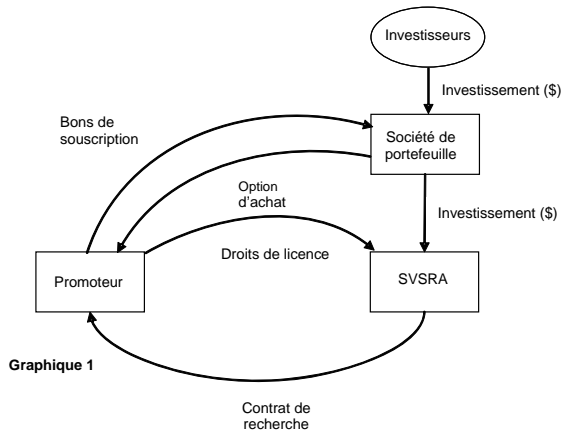
La capacité d'une entreprise de biotechnologie de financer le développement de ses projets en cours dépend de sa capacité de lever du capital. Si le capital n'est pas disponible à des conditions raisonnables, l'entreprise de biotechnologie concentrera vraisemblablement ses ressources sur ses principaux nouveaux produits et renoncera au développement de ses produits secondaires. Cette situation peut être une occasion intéressante, pour les investisseurs, de cibler et de financer des projets intéressants, mais sous-capitalisés, tels que le développement clinique de nouveaux médicaments. Les structures d'accueil interviennent à titre d'intermédiaires entre le promoteur et les investisseurs. Elles isolent le projet du passif existant du promoteur et déterminent clairement les droits et les obligations des parties. Les investisseurs peuvent parfois obtenir une protection supplémentaire en imposant des restrictions convenables sur l'entreprise et sur les obligations de la structure d'accueil. La situation qui en découle consiste en un « isolement des actifs » (*insolvency remoteness*). Cet isolement assure un investissement direct dans le projet ainsi que l'assurance que les droits des investisseurs dans les actifs détenus dans la structure d'accueil ne peuvent être touchés dans le cas où le promoteur se heurte à des difficultés. Recourir à une

structure d'accueil présente l'avantage de permettre un financement qui, autrement, serait impossible, en particulier si le projet comporte moins de risques s'il est détenu par la structure d'accueil plutôt que par le promoteur.

Un modèle récent

Le nombre de variantes dans la configuration des structures d'accueil est pratiquement illimité. Il est impossible de trouver deux structures d'accueil identiques. En effet, la configuration d'une structure d'accueil est influencée par les négociations commerciales, les principes comptables, des considérations fiscales de même qu'une variété de questions juridiques. Ces structures doivent être conçues pour satisfaire aux besoins tant du promoteur que des investisseurs, dans le cadre dicté par les exigences spécifiques du projet de R&D envisagé. C'est en conservant à l'esprit ces particularités que sont examinés plus bas les fondements sous-jacents au financement d'une structure d'accueil dans un contexte canadien.

Le graphique 1 présente un diagramme simplifié de l'organisation opérationnelle d'une SVSRA d'accueil.



Cette structure a récemment été utilisée par une entreprise de biotechnologie aux États-Unis pour financer le développement clinique de trois de ses candidats-médicaments. Dans ce cas, le promoteur a concédé les droits de propriété intellectuelle dans le projet à la SVSRA et les investisseurs se sont engagés à investir jusqu'à 80 millions de dollars américains. Dans le cas d'un nouveau projet, la propriété intellectuelle pourrait être créée à la longue et serait détenue par la SVSRA. Dans le cas d'un projet existant, les droits de propriété intellectuelle pourraient être accordés en licence à la SVSRA ou vendus à celle-ci. Dans le cas d'une aliénation, la faisabilité de la structure pourrait dépendre en partie de la question de savoir si le promoteur a des pertes compensatoires pour atténuer l'effet de l'aliénation. Le promoteur

obtiendra des revenus de la licence de droits de propriété intellectuelle et du contrat de recherche. Dans la mesure où la SVSRA subit des pertes ou engendre des crédits d'impôt à partir de ses activités, une opération de transfert aux actionnaires pourrait s'avérer nécessaire. Dans ce cas, l'établissement de la SVSRA comme mécanisme de transfert devrait être envisagé.

Pour les investisseurs, la stratégie de retrait peut prendre diverses formes. Par exemple, dans la mesure où tous les actifs, le passif et les obligations connexes au projet sont concentrés dans la SVSRA, le projet peut être vendu au moyen d'une vente des actions et des autres titres en circulation de la SVSRA. Bien que certains transferts en franchise d'impôt ou certains traitements de non-reconnaissance des bénéfices ou des gains soient disponibles dans certaines circonstances, un nombre important de stratégies de retrait se traduira par une aliénation de la part des investisseurs. Les modalités commerciales devront donc prendre en compte les répercussions fiscales d'une telle aliénation.

Inversement, dans un bon nombre de cas, le promoteur souhaitera négocier des droits lui permettant de racheter le projet. Dans certaines situations, cela pourrait inclure un droit d'acheter certains ou tous les droits de propriété intellectuelle détenus par la SVSRA ou celui d'acheter les actions ou les autres titres de la SVSRA, ainsi que

l'illustre le graphique 1. Une fois de plus, ces opérations peuvent donner lieu à des aliénations, et les répercussions fiscales en découlant doivent être examinées.

Au moment de préparer une structure appropriée et de négocier les ententes commerciales connexes, les répercussions comptables seront importantes. Règle générale, la transparence est souhaitable d'un point de vue comptable et sera déterminante pour maintenir la confiance de l'investisseur dans le promoteur.

Si le projet échoue, le promoteur peut autoriser l'annulation de son droit de rachat. Dans ce cas, à moins que les investisseurs aient une stratégie de retrait viable, ils seront laissés pour compte avec, entre les mains, la SVSRA et les droits de propriété intellectuelle dans le projet manqué. Cette possibilité donnera généralement lieu à des négociations importantes. En conséquence, les liens entre le promoteur, les investisseurs et la SVSRA, de même que les droits revenant à chaque partie, seront habituellement régis par un ensemble complexe d'ententes contractuelles. L'objectif global de ces ententes contractuelles sera d'établir des limites clairement définies autour du projet ainsi que les droits afférents, de même que toute nouvelle propriété intellectuelle développée pendant l'élaboration du travail de R&D.

Conclusion

Un des leviers sous-tendant le recours accru aux structures d'accueil dans l'industrie de la biotechnologie américaine était la possibilité qu'elles offraient d'obtenir un financement moins coûteux que celui autrement accessible. Il est permis de penser que les structures d'accueil ont vu leur popularité s'éroder aux États-Unis lorsque d'autres formes de financement plus abordables ont fait leur apparition. Au Canada, dans certaines circonstances, le recours aux structures d'accueil permet à des promoteurs de recueillir des fonds qui ne pourraient autrement être levés. Tout simplement, les structures d'accueil permettent à des investisseurs externes de financer des projets intéressants, tout en évitant d'autres risques ou obligations rattachés au promoteur, ouvrant ainsi la porte à un élargissement de l'éventail d'investisseurs éventuels.

Communiquez avec [Joseph Garcia](#) à Vancouver à l'adresse suivante :
jgarcia@mccarthy.ca

VANCOUVER

P.O. Box 10424, Pacific Centre
Suite 1300, 777 Dunsmuir Street
Vancouver BC V7Y 1K2
Tel: 604.643.7100 Fax: 604.643.7900

CALGARY

Suite 3300, 421 - 7th Avenue SW
Calgary AB T2P 4K9
Tel: 403.260.3500 Fax: 403.260.3501

LONDON

Suite 2000, One London Place
255 Queens Avenue
London ON N6A 5R8
Tel: 519.660.3587 Fax: 519.660.3599

TORONTO

Box 48, Suite 4700
Toronto Dominion Bank Tower
Toronto ON M5K 1E6
Tel: 416.362.1812 Fax: 416.868.0673

OTTAWA

The Chambers
Suite 1400, 40 Elgin Street
Ottawa ON K1P 5K6
Tel: 613.238.2000 Fax: 613.563.9386

MONTRÉAL

Bureau 2500
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal (Québec) H3B 0A2
Tél: 514.397.4100 Fax: 514.875.6246

QUÉBEC

Le Complexe St-Amable
1150, rue de Claire-Fontaine, 7e étage
Québec (Québec) G1R 5G4
Tél: 418.521.3000 Fax: 418.521.3099

UNITED KINGDOM & EUROPE

5 Old Bailey, 2nd Floor
London, England EC4M 7BA
Tel: +44 (0)20 7489 5700 Fax: +44 (0)20 7489 5777

L'expertise. Les résultats.^{ms}

McCarthy
Tétrault

VANCOUVER • CALGARY • LONDON • TORONTO • OTTAWA • MONTRÉAL • QUÉBEC • LONDRES

MCCARTHY.CA

Tous les efforts ont été déployés pour s'assurer de l'exactitude et de l'a-propos de la présente publication, mais les observations contenues aux présentes sont nécessairement de portée générale. Les clients sont priés de demander des conseils précis sur les questions qui les concernent et de ne pas se fier uniquement au texte de la présente.