

*Vol. 33, n° 1*

***Access Copyright : prise 2***

**ou**

**Retour au XIX<sup>e</sup> siècle pour le droit  
d'auteur canadien ?**

**Ysolde Gendreau\***

RÉSUMÉ / ABSTRACT .....	259
INTRODUCTION .....	261
1. LES ASSISES CONCURRENTIELLES DE LA COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR : LE <i>RAPPORT PARKER</i> .....	263
2. LA GESTION COLLECTIVE À LA CANADIENNE .....	269
CONCLUSION .....	273

---

© Ysolde Gendreau, 2021.

\* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]



## **RÉSUMÉ**

En 2020, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée sur deux questions importantes de droit d'auteur que soulèvent les tarifs déposés par la société de gestion Access Copyright et homologués par la Commission du droit d'auteur. L'une de ces questions a mené à la conclusion que les utilisateurs ne sont pas liés par ces tarifs, ce qui remet ainsi en cause non seulement le rôle de la Commission du droit d'auteur, mais aussi les fondements mêmes de la gestion collective. Cet article porte sur ce dernier point qui intéresse toutes les sociétés de gestion au Canada. Il offre ainsi l'occasion de se pencher sur le *Rapport Parker*, qui a donné naissance à un tribunal administratif du droit d'auteur, et sur les valeurs qui ont animé son auteur.

## **ABSTRACT**

In 2020, the Federal Court of Appeal had the opportunity to discuss two important issues that flow from the approval by the Copyright Board of tariffs filed by Access Copyright. One of these issues was answered with the conclusion that users are not bound to abide by approved tariffs and thus challenged not only the role of the Copyright Board, but also the very foundations of collective management. This text deals with this issue – which is relevant to all collective societies in Canada – and provides an opportunity to examine the *Parker Report*, which led to the creation of a copyright administrative tribunal, and the values that actuated its author.



## INTRODUCTION

La décision de la Cour suprême de 2012 concernant la société de gestion collective connue sous le nom d'Access Copyright<sup>1</sup> est l'une des plus célèbres de la fameuse pentalogie de cette année. On se rappellera que l'affaire concernait des photocopies, faites par des enseignants d'écoles primaires et secondaires, qui constituaient du matériel supplémentaire à la documentation de base et que ces mêmes enseignants distribuaient par la suite en classe aux élèves. La question devenait celle de savoir si des redevances devaient être payées pour ces reproductions ou si celles-ci bénéficiaient d'une exception prévue par la loi. Connue pour son interprétation de l'utilisation équitable à des fins d'étude privée, car elle portait sur le droit d'avant les modifications de 2012<sup>2</sup>, la décision a donné lieu à un amalgame aujourd'hui délicat entre l'étude privée et l'éducation :

Ils étudient ce qu'on leur dit d'étudier, et la fin que poursuit l'enseignant lorsqu'il fait des copies est celle de procurer à ses élèves le matériel nécessaire à leur apprentissage. L'enseignant/auteur des copies et l'élève/utilisateur qui s'adonne à la recherche ou à l'étude privée poursuivent en symbiose une même fin. Dans le contexte scolaire, enseignement et recherche ou étude privée sont tautologiques.<sup>3</sup>

En effet, l'ajout de la fin d'éducation à l'utilisation équitable en 2012 devrait obliger les tribunaux à donner un sens à cette forme d'utilisation équitable qui diffère de ce que la Cour suprême envisageait dans la tautologie qu'elle avait identifiée. Le Parlement n'est pas supposé parler pour ne rien dire, même si, dans ce cas, on ne peut envisager que les processus ayant mené à la décision, d'une

- 
1. *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37.
  2. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20.
  3. *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, préc., note 1, par. 23.

part, et aux modifications législatives, d'autre part, étaient concertés : le Parlement n'était pas en train de répondre à la Cour suprême. La coïncidence des attitudes de ces deux institutions envers le droit d'auteur est plutôt le reflet de l'atmosphère ambiante.

N'empêche, c'est parce que le contexte législatif avait changé que la société de gestion Access Copyright a voulu se prévaloir de la nouvelle donne pour tenter à nouveau de faire reconnaître par les tribunaux que certaines copies faites dans les universités ne relevaient pas de l'exception d'utilisation équitable à des fins d'éducation. Une action déclaratoire a donc été entamée à l'encontre de l'Université York, à Toronto, pour mettre le nouveau texte à l'épreuve d'une analyse judiciaire. La Cour d'appel fédérale<sup>4</sup> a maintenu ce que la Cour fédérale<sup>5</sup> avait déclaré à ce sujet : les *Lignes directrices sur l'utilisation équitable* de l'Université York ne répondaient pas aux exigences posées par la Cour suprême du Canada dans son arrêt de principe en la matière, *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*<sup>6</sup>.

Ce n'est toutefois pas sur cette question que le présent texte portera, mais plutôt sur les *a priori* concernant l'autre objet de la décision dont la portée atteint, cette fois, toutes les sociétés de gestion collective au Canada, à savoir le caractère obligatoire des tarifs homologués par la Commission du droit d'auteur. En effet, en se référant à une autre décision de la Cour suprême<sup>7</sup>, la Cour d'appel fédérale a déclaré que les utilisateurs d'œuvres n'étaient pas tenus de respecter ces tarifs, ce qui oblige alors les sociétés de gestion à poursuivre en violation de droits d'auteur individuellement chaque utilisateur qui serait visé par un tel tarif, mais qui choisit de ne pas en tenir compte. Cette interprétation judiciaire fournit ici l'occasion de rappeler la fonction « concurrentielle » de la Commission du droit d'auteur du Canada (1) qui répond aux préoccupations associées au fonctionnement même de la gestion collective (2). L'objectif n'est pas d'analyser tous les arguments figurant dans la décision, mais plutôt d'évoquer les grands principes qui sous-tendent le fonctionnement des sociétés de gestion au Canada et qui devraient être pris en considération chaque fois qu'une décision de la Commission est révisée par les tribunaux judiciaires.

4. *Université York c. Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2020 CAF 77.

5. *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) Canadian Copyright Licensing Agency c. Université York*, 2017 CF 669.

6. 2004 CSC 13.

7. *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 inc.*, 2015 CSC 57.

## 1. LES ASSISES CONCURRENTIELLES DE LA COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR : LE RAPPORT PARKER

Le rapport entre le droit de la concurrence et le droit d'auteur, voire l'ensemble de la propriété intellectuelle, n'est pas un sujet très exploré au Canada<sup>8</sup>. D'ailleurs, les textes législatifs à ce propos ne sont pas légion. Dans la *Loi sur la concurrence*, la disposition principale cherche à encadrer certains comportements fondés sur l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle qui pourraient nuire à la concurrence<sup>9</sup>. Il est aussi possible d'invoquer un droit de propriété intellectuelle à titre exceptionnel lorsqu'il est question d'agissements anticoncurrentiels dans un contexte d'abus de position dominante<sup>10</sup>.

On sait moins que la *Loi sur le droit d'auteur* renvoie explicitement à la *Loi sur la concurrence*. Une société de gestion qui conclut un accord avec un utilisateur, comme le prévoit l'article 67(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*, peut déposer une copie de cet accord auprès de la Commission<sup>11</sup>. Un tel geste permet aux parties d'éviter l'application de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* à leur transaction<sup>12</sup>, c'est-à-dire l'article concernant les complots anticoncurrentiels, mais pourrait faire en sorte que le Commissaire de la concurrence demande à la Commission du droit d'auteur d'examiner l'accord s'il « estime

- 
8. Voir cependant André DORION, « Le déclin de l'emprise américaine ? Première partie ou : Les divergences du droit de la concurrence avec celui de la propriété intellectuelle dans un domaine qui incarne cette dichotomie : le cinéma », (1997) 9 *C.P.I.* 233 ; William T. STANBURY, « On the Relationship Between Competition Policy and the Copyright Act in Canada », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Institutions administratives du droit d'auteur / Copyright Administrative Institutions*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 329 ; John T. CROSS et Peter K. YU, « Competition Law and Copyright Misuse », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Un cocktail de droit d'auteur / A Copyright Cocktail*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 55 ; Jacques ROBERT, « An Evaluation of Collective Copyright Management in Canada », dans Marcel BOYER, Michael TREBILCOCK et David VAVER (dir.), *Competition Policy and Intellectual Property*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 403.
  9. *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 32. Voir *Volkswagen Canada Inc. c. Access International Automotive Ltd.*, 2001 CAF 79, [2001] 3 C.F. 311.
  10. *Loi sur la concurrence*, préc., note 9, art. 79(5). Voir *Toronto Real Estate Board c. Commissaire de la concurrence*, 2017 CAF 236. De plus, l'article 75 de la *Loi sur la concurrence*, qui encadre le refus de vendre (*refusal to deal*), ne saurait s'appliquer à un accord de licence parce qu'une licence n'est pas un « produit » dont on peut quantifier la disponibilité au sens de la loi : *Canada (Director of Investigation and Research) v. Warner Music Canada Ltd.*, (1997) 78 C.P.R. (3d) 321 (Bureau de la concurrence).
  11. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 76(2).
  12. *Ibid.*, art. 76(3).

qu'une telle entente est contraire à l'intérêt public »<sup>13</sup>. La Commission peut alors « modifier les redevances et les modalités afférentes ou fixer de nouvelles modalités afférentes »<sup>14</sup>. Elle est donc appelée, à la demande du Commissaire de la concurrence, à jouer le même rôle que lorsqu'une société de gestion dépose un tarif auprès d'elle. Puisque le dépôt des accords n'est pas obligatoire, ce ne sont pas toutes les sociétés de gestion qui se prévalent de ce régime. Cependant, même si certains accords ont effectivement été déposés<sup>15</sup>, aucun examen n'a été demandé par le Commissaire à ce jour. On ne peut donc pas savoir jusqu'à quel point une décision découlant d'une telle procédure ressemblerait à celles que rend la Commission lors de l'homologation de tarifs.

On sait toutefois que la demande d'examen d'un accord reposerait sur l'estimation du Commissaire de la concurrence que l'accord serait « contraire à l'intérêt public »<sup>16</sup>. Et c'est précisément une préoccupation quant à l'intérêt public du fonctionnement de la Canadian Performing Right Society, l'ancêtre de la SOCAN d'aujourd'hui, qui est à l'origine du rapport qui a donné naissance à la Commission d'appel du droit d'auteur, l'ancêtre de la Commission du droit d'auteur d'aujourd'hui. En effet, créée en 1989, la Commission du droit d'auteur du Canada descend directement de la Commission d'appel du droit d'auteur, qui avait été créée en 1936, faisant de celle-ci le premier tribunal administratif en matière de droit d'auteur au monde<sup>17</sup>. La Commission d'appel du droit d'auteur résultait elle-même d'une étude menée par le juge James Parker en 1935<sup>18</sup>.

13. *Ibid.*, art. 76(5).

14. *Ibid.*, art. 76.1(1).

15. Voir la partie du site Web de la Commission à ce sujet : <<https://cb-cda.gc.ca/fr/ententes>>.

16. *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 11, art. 76(5).

17. Sur l'histoire de la Commission, voir Michel HÉTU, « La Commission du droit d'auteur : fonctions et pratiques », (1993) 5 *C.P.I.* 407 ; Daniel J. GERVAIS, « A Uniquely Canadian Institution: the Copyright Board of Canada », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *An Emerging Intellectual Property Paradigm – Perspectives from Canada*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, p. 197 ; ALAI Canada (dir.), *La Commission du droit d'auteur du Canada : vingt ans entre le droit et l'économie / The Copyright Board of Canada: Bridging Law and Economics for Twenty Years*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011.

18. James PARKER, *Rapport de l'honorable Juge Parker, commissaire constitué sous l'empire de la loi des enquêtes et de la loi modificatrice du droit d'auteur de 1931, en vertu du décret du conseil n° 738, en date du 22 mars 1935*, Ottawa, J.O. Patenaude, Imprimeur de Sa Très Excellente Majesté le Roi, 1935 (ci-après « *Rapport Parker* »).



Cette étude, communément connue sous le nom de *Rapport Parker*, a véritablement été l'élément déclencheur du régime de révision par un organe administratif des tarifs que la Canadian Performing Right Society réclamait auprès des utilisateurs qui souhaitaient obtenir une licence pour la représentation publique d'œuvres musicales. Lui-même peut d'ailleurs être considéré comme la première décision de révision de tarifs au Canada. Les propos du juge Parker sont très instructifs quant à la perception qu'avaient les parlementaires et le public du phénomène que représentaient les sociétés de gestion à l'époque.

On trouve dans ce rapport les mêmes préoccupations qu'aujourd'hui au sujet de la situation monopolistique des sociétés de gestion :

Personne ne nie à l'auteur, au compositeur et à l'éditeur le droit de mettre leurs droits en commun et d'en confier la perception à une agence centralisée, afin d'obtenir de leurs œuvres une rétribution juste et raisonnable et d'empêcher la contrefaçon. C'est un monopole inévitable, utile à l'auteur comme à l'utilisateur. Mais ce monopole ne doit pas être exercé arbitrairement et sans frein.<sup>19</sup>

Comme il a déjà été remarqué<sup>20</sup>, cette nécessité de contrôler les abus potentiels de sociétés de gestion a trouvé écho auprès de la Cour suprême du Canada dans une affaire reposant sur des faits datant à peine de cinq ans après la création de la Commission d'appel du droit d'auteur. *Vigneux v. Canadian Performing Right Society*<sup>21</sup> représente en effet un maillon important dans la transmission jusqu'à nos jours de l'encadrement législatif qu'a donné le *Rapport Parker* aux sociétés de gestion, car la Cour d'appel fédérale s'y réfère à plusieurs reprises dans sa décision *Access Copyright*<sup>22</sup>, tout comme la Cour suprême du Canada en 2015 reprendra les propos de ses prédécesseurs dans l'affaire *SODRAC*<sup>23</sup>, décision également citée par la Cour d'appel fédérale. Dans *Vigneux*, la Cour suprême du Canada exprime sans ambages sa crainte du monopole des sociétés de gestion en faisant siens les propos d'une décision britannique :

19. *Ibid.*, p. 19.

20. Ariel KATZ, « Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff – Part I », (2015) 27 *I.P.J.* 151, 180.

21. (1942), [1943] R.C.S. 348 (ci-après « *Vigneux* »).

22. *Université York c. Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, préc., note 4, par. 48, 54, 57, 63, 69, 72, 85, 123 et 191.

23. *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 inc.*, préc., note 7, par. 112.

The protection of authors, whether of inventions, works of art, or of literary compositions, is the object to be attained by all patent and copyright laws. The Acts are to be construed with reference to this purpose. On the other hand, care must always be taken not to allow them to be made *instruments of oppression and extortion*.<sup>24</sup>

L'impératif d'éviter des abus de la part des sociétés de gestion a donc toujours été au cœur de la mission de la Commission du droit d'auteur et de son ancêtre institutionnel. C'est ce que l'on retient du *Rapport Parker*, de la création de la Commission d'appel du droit d'auteur et de sa consécration dès la première occasion par la Cour suprême du Canada.

On retient moins, cependant, des éléments qui contextualisent tous ces propos. Ils apportent pourtant un éclairage dont les enseignements demeurent pertinents.

Prenons le *Rapport Parker*. Réalisé au milieu des années 1930, donc pendant la Grande Dépression, il témoigne de l'attention de son auteur envers la capacité de payer des utilisateurs. Cette préoccupation est particulièrement évidente dans l'analyse du tarif qui vise les théâtres :

Il faut se rappeler qu'en établissant le tarif des hôtels, la Canadian Performing Right Society, après bien des pourparlers, a consenti à faire des concessions fondées sur le nombre des occupants. Il n'est donc que juste et raisonnable, ce semble, que la Canadian Performing Right Society Limited accorde ces concessions à tous les théâtres, surtout à ceux de l'Ouest où la sécheresse fait des ravages, et à d'autres établissements de l'Est situés dans des villes où l'unique industrie qui en assurait la prospérité a maintenant fermé ses portes. Les théâtres ont été construits il y a quelques années de manière à contenir un certain nombre de personnes à un moment où la situation était prospère. Ainsi, vous trouvez dans les Provinces maritimes des régions qui ne doivent leur subsistance qu'à l'industrie houillère et d'autres qui ne comptent que sur l'exploitation forestière. Ces deux industries, d'après les témoignages établis, sont actuellement dans un état de stagnation. Ajoutons que,

---

24. *Vigneux*, préc., note 21, p. 354, citant *Hanfstaengl v. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109, à la p. 128. Les mots en italiques sont les seuls que la Cour suprême cite.

dans certaines régions, le nombre des personnes qui reçoivent des secours est très considérable.<sup>25</sup>

Un facteur qui semble avoir beaucoup préoccupé le juge Parker concerne la constitution de la Canadian Performing Right Society. À cette époque, l'ancêtre de la SOCAN était en réalité une entreprise détenue en part égales par la American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP) et la Performing Right Society Limited du Royaume-Uni, cette dernière représentant en même temps ses sociétés sœurs de plusieurs autres pays. Il n'est pas anodin de citer en entier la réaction du juge Parker à la conséquence majeure de cette réalité juridique :

Remarquons – fait d'une importance indéniable – que les auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada n'ont pas l'avantage d'appartenir à la Canadian Performing Right Society ; ils en seront empêchés tant que la constitution de la Société n'aura pas subi de modification. Ils ne possèdent pas les moyens pratiques de percevoir une rétribution convenable ou équitable pour la représentation de leurs œuvres. Cet état de choses entrave le progrès de la musique d'origine canadienne, et force de plus en plus les exécutants et le public à se pourvoir chez les compositeurs étrangers. Il nuit aussi à la vente des œuvres canadiennes. Le président et les administrateurs de la Canadian Performing Right Society se rendent compte de cette regrettable situation; mais, jusqu'ici, ils ne sont pas allés au delà d'un geste platonique pour y mettre fin. On a fourni la preuve, et on convient en général, que nous possédons au Canada des compositeurs de grand talent, dont aucun ne retire le moindre avantage de la représentation de ses œuvres. Ils ne sont pas en mesure de créer et de maintenir une société qui rivaliserait avec l'autre dont le répertoire est si étendu.<sup>26</sup>

Par conséquent, seuls quatre ou cinq compositeurs canadiens touchaient un peu de redevances en provenance de la Canadian Performing Right Society, mais uniquement parce qu'ils étaient inscrits auprès de l'ASCAP<sup>27</sup>.

---

25. *Rapport Parker*, p. 39.

26. *Ibid.*, p. 19. Voir aussi p. 31.

27. *Ibid.*, p. 32.

Un autre point que le juge souligne relève du déroulement de son enquête :

Étant donnée la nature même du droit intangible que possède la Société, il est très difficile, sinon impossible, de déterminer ce qui constitue une redevance équitable. Il est regrettable qu'aucun des auteurs ou compositeurs, membres de quelque une des sociétés, ne soit venu témoigner devant la Commission pour exposer le besoin qu'ont ces gens d'une plus forte rémunération pour le produit de leur esprit. Il est également regrettable qu'aucun des éditeurs ne soit venu exposer leur besoin d'un plus grand rendement sur leurs placements.<sup>28</sup>

Il ressort donc de ce rapport que la crainte d'abus de la part de la société de gestion est non seulement fondée sur sa situation monopolistique, mais est aussi teintée du fait que ce monopole est exercé pendant une crise économique sans précédent à l'époque et, de plus, par des intérêts entièrement étrangers. Malgré cela, la Canadian Performing Right Society a pu continuer à percevoir des redevances avec les ajustements que le juge Parker a trouvés nécessaires.

Il en va de même avec la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Vigneux*. Certes, la Cour suprême ne semble pas tendre envers la Canadian Performing Right Society, qu'elle appelle un « dealer in performing rights » – ce qui, si sa constitution n'avait pas changé depuis le *Rapport Parker*, n'est pas totalement injustifié – et dont elle scrute les démarches avec attention ; mais on oublie que, malgré cette piètre opinion, elle lui a donné raison dans ce litige qui l'opposait à des commerçants de juke-box et un restaurant dans lequel se trouvait un de ces appareils. La société de gestion a par la suite perdu sa cause devant le Conseil privé, qui lui donna tort sans reprendre cette expression à connotation péjorative pour décrire ses activités<sup>29</sup>.

Il se dégage de la lecture de la décision de la Cour d'appel fédérale d'aujourd'hui dans *Access Copyright* l'impression que celle-ci perpétue la vision négative de l'exercice du droit d'auteur par l'entremise des sociétés de gestion qui était véhiculée par certains propos de la Commission Parker et de la Cour suprême dans *Vigneux*. D'ailleurs, elle n'hésite pas à déclarer que, du point de vue du consommateur, « il n'y a pas de différence entre l'emprise sur le marché que possèdent les [TRADUCTION] “négociants en droits d'exécution” et celui que possèdent

28. *Ibid.*, p. 46.

29. *Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.*, (1945) 4 C.P.R. 65 (C.P.).

les sociétés de gestion »<sup>30</sup>. Tout le raisonnement de la Cour, bien sûr, ne repose pas sur de tels amalgames. On dirait cependant que son désir de contenir le pouvoir de marché de la société Access Copyright lui a fait oublier que le contrôle qu'exerce la Commission du droit d'auteur lorsqu'elle homologue un tarif joue déjà ce rôle de gardien de l'intérêt public et que les dispositions de la loi qui encadrent tout ce processus en sont la traduction législative.

## 2. LA GESTION COLLECTIVE À LA CANADIENNE

Depuis l'époque du *Rapport Parker*, la gestion collective au Canada a beaucoup évolué. D'un univers où la seule société de gestion était en réalité la succursale d'intérêts étrangers, le paysage compte désormais une trentaine de sociétés dont la très forte majorité représente activement les créateurs canadiens tout en respectant des accords de réciprocité avec des sociétés sœurs étrangères<sup>31</sup>. De ce point de vue, les sociétés de gestion canadiennes connaissent une réalité semblable à celle qui a cours dans d'autres pays. Ce qui les en distingue, cependant, c'est l'incidence de la Commission du droit d'auteur sur leur fonctionnement.

La conséquence directe du *Rapport Parker* a été l'obligation, pour les sociétés de gestion du droit d'exécution publique et de communication d'œuvres musicales (et de leurs prestations et enregistrements sonores), de déposer des propositions de tarifs auprès du tribunal administratif pour faire approuver les redevances qu'elles souhaitaient obtenir en échange de l'octroi de licences à des utilisateurs<sup>32</sup>. Cette obligation a duré jusqu'au 31 mars 2019, c'est-à-dire jusqu'à l'entrée en vigueur des modifications de 2018 qui permettent dorénavant à la SOCAN de choisir, à l'instar de la plupart des autres sociétés de gestion, entre le dépôt d'un projet de tarif<sup>33</sup> ou la négociation d'accords avec des utilisateurs<sup>34</sup>. Le recours à la Commission du droit d'auteur existe aussi lorsqu'une négociation avec un utilisateur n'aboutit pas<sup>35</sup>.

---

30. *Université York c. Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, préc., note 4, par. 162. Il est à noter que, dans la version anglaise du jugement, la Cour utilise l'expression plus péjorative de « dealers in performing rights ».

31. Voir la liste des sociétés de gestion canadiennes sur le site de la Commission du droit d'auteur : <<https://cb-cda.gc.ca/fr/information-sur-le-droit-dauteur/societes-de-gestion-collective>>.

32. Voir le libellé de l'article 67 de la *Loi sur le droit d'auteur* avant cette date.

33. *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 11, art. 67(1).

34. *Ibid.*, art. 67(3).

35. *Ibid.*, art. 71.

L'abandon du régime spécial qui visait la SOCAN en faveur du régime dit « général » simplifie l'économie générale des sociétés de gestion. Il clarifie aussi la nature des licences qui sont accordées en vertu des tarifs homologués, parce qu'il était pratiquement impossible de les distinguer des licences obligatoires comme celles qui existent encore dans le contexte de la retransmission d'œuvres par câble<sup>36</sup> et de reproductions d'émissions à des fins pédagogiques<sup>37</sup>, ou encore dans le régime de copie pour usage privé de la partie VIII de la loi, sans oublier non plus le droit à rémunération accordé aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores<sup>38</sup>.

En effet, il est d'usage de distinguer les licences contractuelles négociées librement entre titulaires de droit et exploitants de celles qui découlent de régimes imposés par la loi, que l'on appelle alors « licences obligatoires », « licences légales », voire « licences “statutaires” ». Parce qu'elles ne résultent pas de négociations entre les parties, on considère que le montant des redevances établies est de valeur moindre. On associe donc ces licences obligatoires à une forme de pénalité imposée aux titulaires de droit<sup>39</sup> : les titulaires de droit ont troqué leur monopole de négociation contre l'assurance d'une rémunération. Le vocabulaire est ici très codé :

L'octroi d'une licence obligatoire est toujours subordonné au versement d'une *rémunération équitable* à l'auteur ou à tout autre titulaire du droit d'auteur ; le montant de cette rémunération est parfois fixé par la loi.<sup>40</sup>

La notion de rémunération équitable figure dans la loi canadienne à quelques endroits, suffisamment pour faire ressortir toute l'ambiguïté de la situation. Les réformes de 1997, qui avaient accordé plus d'importance à la gestion collective, ont introduit l'obligation, pour la Commission du droit d'auteur, de fixer des « redevances justes et équitables » lorsqu'elle établit des tarifs et redevances. Ce mandat apparaissait dans deux dispositions dans lesquelles il était prévu que des règlements soient adoptés pour établir des critères

36. *Ibid.*, art. 31(2)d).

37. *Ibid.*, art. 29.7(2) et (3).

38. *Ibid.*, art. 19-20.

39. La technique est particulièrement connue en droit des brevets pour les brevets portant sur les produits pharmaceutiques.

40. OMPI, *Glossaire du droit d'auteur et des droits voisins*, Genève, 1980, p. 50. (L'emphase est de nous).

qui permettraient de guider le travail de la Commission<sup>41</sup>. Même si aucun règlement à cet effet n'a été adopté, il est légitime de croire que la Commission a toujours été soucieuse de se conformer à un tel impératif<sup>42</sup>. D'ailleurs, la réforme de la Commission en 2018 a fourni l'occasion de mieux expliciter cet aspect de son rôle. Dans la partie VII de la loi, où se situent les dispositions d'intérêt général quant au fonctionnement de la Commission, on trouve maintenant des éléments pour l'aider à déterminer des redevances justes et équitables chaque fois qu'elle est appelée à intervenir dans un dossier :

La Commission fixe des redevances et des modalités afférentes en vertu de la présente loi qui sont justes et équitables, compte tenu :

- a) de ce qui serait convenu entre un acheteur et un vendeur consentants dans un marché concurrentiel avec tous les renseignements pertinents, sans lien de dépendance ni contrainte externe ;
- b) de l'intérêt public ;
- c) de tout règlement pris en vertu du paragraphe 66.91(1) ;
- d) de tout autre critère qu'elle estime approprié.<sup>43</sup>

L'obligation d'équité de la Commission existe donc dans toutes les circonstances, qu'il s'agisse de licence obligatoire, de droit à rémunération ou de licence à établir dans un contexte qui est censé relever de l'exercice d'un droit exclusif. On pourrait penser qu'il s'agit d'une prescription valable pour tout tribunal administratif indépendamment de sa spécificité de droit d'auteur. Prétendre que la fixation de redevances « non équitables » est autorisée hors du contexte des licences obligatoires ou du droit à rémunération serait un non-sens de politique publique. Ce serait toutefois méconnaître les rouages traditionnels du droit d'auteur – et de la propriété intellectuelle en

41. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 66.91(1) et 83(9) (version antérieure au 1<sup>er</sup> avril 2019).

42. Voir par exemple une récente décision de la Commission où, dès le paragraphe 3, il est dit « que les projets de tarif répondent à l'exigence selon laquelle ils doivent être justes et équitables » : *Tarifs 10. A et 10.B de la SOCAN (2018-2022)*, 2020 CDA 013, en ligne : <<https://decisia.lexum.com/cb-cda/decisions/fr/item/484787/index.do>>.

43. *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 11, art. 66.501.

général – que de ne pas tenir compte de la forte connotation historique des redevances « équitables » dans ce domaine. Malgré tout, la question se pose : existe-t-il une différence réelle dans l'établissement de redevances entre des dossiers relevant des licences obligatoires et ceux qui procèdent de la mise en œuvre de droits exclusifs ? Est-ce possible que le régime des tarifs pour l'exécution publique et la communication ayant eu cours jusqu'en mars 2019 ait été celui d'une licence obligatoire déguisée ? Et pareillement pour tous les autres tarifs que l'on peut obtenir de la Commission depuis 1997 ?

Le questionnement peut sembler théorique. Au lieu de s'intéresser aux étiquettes que l'on peut accoler à ces situations, cependant, il pourrait s'avérer plus éclairant de chercher à comprendre les objectifs d'un tel régime. À quoi correspond l'homologation des tarifs par la Commission ? Une homologation est le fait « de rendre exécutoires des actes après examen par l'autorité compétente »<sup>44</sup>, l'autorité étant ici la Commission du droit d'auteur. Cet examen a un objectif, celui qui a toujours été la raison d'être de la Commission, c'est-à-dire s'assurer que la société de gestion en cause n'abuse pas du monopole qu'elle pourrait exercer dans les circonstances. On est donc ici en présence d'un système qui exerce un contrôle constant sur le pouvoir des sociétés de gestion. Au lieu d'avoir de tels examens un peu au hasard des événements en fonction d'une loi sur la concurrence, la gestion collective canadienne s'est distinguée au fil du temps par une surveillance étroite de ses principaux acteurs par un tribunal administratif qui n'avait comme principale fonction que la mise en œuvre de principes relevant du contrôle de l'abus éventuel de position dominante des sociétés de gestion.

Les modifications de 2018 représentent ici une étape importante vers un alignement sur la distinction classique entre licences négociées et licences obligatoires. En faisant disparaître la nécessité de déposer un projet de tarif pour le droit de représentation publique et le droit de communication d'œuvres musicales afin de les soumettre au régime « général » qui s'applique aux autres œuvres et droits, le législateur donne à toutes les sociétés de gestion – sauf celles qui gèrent le droit de retransmission par câble, certaines exceptions en milieu éducatif et la copie privée dans le domaine musical – l'option de privilégier la conclusion d'accords librement négociés à l'obtention de tarifs homologués par la Commission<sup>45</sup>. Certes, les parties à une

44. DICTIONNAIRE CORDIAL, 2020, « homologation », en ligne : <<https://www.cordial.fr/dictionnaire/definition/homologation.php>>.

45. *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 11, art. 67(3).



négociation peuvent aussi choisir de demander à la Commission de fixer les redevances, probablement parce que l'une d'entre elles considère que son intervention déblocuera la situation<sup>46</sup>. Il faut voir dans cette option, tout comme dans le maintien de la possibilité d'obtenir des tarifs, la reconnaissance de l'expérience de la Commission en la matière, une expérience où le souci d'établir une rémunération « juste et équitable », afin d'éviter de potentiels débordements monopolistiques, demeure le mot d'ordre de son intervention.

## CONCLUSION

Compte tenu de l'historique de la Commission du droit d'auteur et du rôle constant qu'elle a joué dans la gestion collective au Canada, l'idée selon laquelle des utilisateurs éventuels d'œuvres et autres objets protégés par le droit d'auteur et gérés par des sociétés de gestion peuvent choisir d'ignorer les tarifs qui sont homologués par la Commission semble procéder d'une méconnaissance surprenante de la spécificité du droit d'auteur canadien. Au lieu d'inviter les utilisateurs à rejeter des tarifs « obligatoires », il serait préférable de considérer que ces tarifs « s'imposent » aux parties. C'est dans cette optique que l'on devrait lire les dispositions de la loi qui déclarent que les sociétés de gestion peuvent percevoir les redevances qui ont été établies dans des tarifs approuvés par la Commission<sup>47</sup>. Les modifications apportées à la loi en 2018 à ce sujet reprennent cette portée de l'homologation et de la fixation de redevances<sup>48</sup>.

Il importe de voir dans cette imposition des décisions de la Commission aux utilisateurs qu'il s'agit aussi d'une imposition qui est faite aux sociétés de gestion qui ont obtenu les tarifs. D'une part, les sociétés de gestion sont privées des recours en violation de droit d'auteur et doivent se limiter à ce qui a été établi par la Commission<sup>49</sup>. D'autre part, les utilisateurs sont assurés par le processus de la tarification que les sociétés de gestion n'abusent pas de leur position dominante en réclamant les redevances fixées par la Commission. Toute l'économie législative de ce régime repose sur l'acceptation, par les sociétés de gestion, d'être supervisées par la Commission. En retour, elles sont assurées de pouvoir réclamer des redevances auprès de classes d'utilisateurs dont les intérêts ont été également soupesés

46. *Ibid.*, art. 71.

47. Comme ce qui était établi dans les articles 68.2 et 70.4 de la *Loi sur le droit d'auteur* avant le 1<sup>er</sup> avril 2019.

48. *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 11, art. 73 et s.

49. *Ibid.*, art. 73.3-74.

par la Commission. Ces utilisateurs ne sont pas en reste. Les tarifs homologués par la Commission représentent des taux de redevances qu'un tribunal administratif spécialisé indépendant a validés et qui sont considérés « justes et équitables » parce que les vellétés d'abus de position dominante ont été bridées par le processus.

Un autre élément doit être pris en compte. La Commission détermine ces redevances à l'occasion de l'exercice de « petits droits » :

Les petits droits concernent principalement les intérêts matériels des auteurs. Ils se prêtent plus aisément à la gestion collective. Ils portent généralement sur les modalités de la circulation d'une œuvre dont la diffusion primaire a déjà été autorisée. C'est le modèle des sociétés de gestion et de perception des « petits droits », tels les droits d'exécution, de reproduction, d'exposition et de retransmission, et pour lesquels une négociation individuelle entre détenteurs de droits et utilisateurs, bien que possible, est souvent perçue comme difficilement praticable.

Les premières sociétés de gestion collective ont été celles qui se consacraient aux droits d'exécution. Elles furent longtemps les seules. Le développement de techniques de diffusion et de reproduction a entraîné la nécessité de mettre en place des mécanismes par lesquels les ayants droit se donnent les moyens pratiques de percevoir les rémunérations résultant de l'utilisation de leurs œuvres. Cela explique le développement de nouvelles sociétés de gestion et de perception telles les sociétés de gestion de droit de reproduction et de retransmission.<sup>50</sup>

Il ne faut pas oublier que, dans ce contexte, l'utilisation de l'œuvre n'est pas contestée. Elle peut certes échapper au monopole de l'auteur à cause d'une exception à son droit ; cela est une autre question. Si toutefois une exception n'est pas en jeu, on peut avancer que l'utilisateur qui prétend qu'il n'a pas à verser les redevances qui ont été établies par la Commission en vertu d'un projet de tarif portant sur de tels « petits droits » envoie un message troublant. D'abord, il est en train de nier la réalité économique de sa propre utilisation et de l'utilisation de masse des œuvres. Mais surtout, en invitant la société de gestion à le poursuivre pour violation du droit d'auteur au

50. Pierre TRUDEL et Sylvie LATOUR, « Le cadre juridique de la gestion collective des droits d'auteur au Canada », (1994) 6 *C.P.I.* 343, 351-352.

lieu de poursuivre le recouvrement des redevances établies en vertu d'un tarif, il cherche à invalider la raison d'être même de la gestion collective dans une loi sur le droit d'auteur.

Il semble encore nécessaire de rappeler, dans le contexte canadien, le célèbre incident qui a provoqué la naissance de la SACEM, la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, l'une des sociétés sœurs de la SOCAN. En 1847, un compositeur attablé au café-brasserie des Ambassadeurs, sur les Champs-Élysées, entend l'orchestre de la place jouer de sa musique sans avoir obtenu son autorisation et refuse alors de payer son café. Il intente un procès contre le café et obtient des dommages-intérêts et une injonction interdisant au café de jouer sa musique. De tels procès se multiplient et sont tous gagnés. Les coups d'épée dans l'eau que représentent ces victoires conduisent les ayants droit impliqués dans cette campagne judiciaire à fonder la société de gestion en 1851 pour que la méthode d'exercice de leurs droits donne un véritable sens aux droits que la loi leur reconnaît<sup>51</sup>. Il n'est pas économiquement efficient, tant globalement que pour chacune des parties en cause, de faire reposer leurs droits sur une multiplication d'exercices individuels de leur part. Veut-on vraiment, près de 175 ans plus tard, retourner à une situation qui prévalait pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle alors que, de surcroît, les dangers monopolistiques sont mis en échec par la Commission du droit d'auteur ? Poser la question, c'est y répondre.

---

51. Sur l'histoire de la SACEM, voir : <<https://societe.sacem.fr/histoire>>.