

L'examen parlementaire du droit d'auteur de 2017 : ce qui aurait pu être au programme et qui ne le sera pas

Mario Bouchard*

INTRODUCTION	499
1. LA RÉFORME DU DROIT D'AUTEUR CANADIEN, EN BREF	500
2. LE PROCESSUS D'EXAMEN QUINQUENNAL	503
3. LE RAPPORT DU SÉNAT SUR LE FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION	505
3.1 Le mandat de la Commission en matière de gestion collective	505
3.2 La controverse entourant les délais devant la Commission	507
3.3 Le Rapport du Sénat	508
3.4 La consultation gouvernementale sur la Commission ..	511
3.4.1 L'imposition des critères	511

© Mario Bouchard, 2017.

* Avocat à la retraite. L'auteur a été avocat général auprès de la Commission du droit d'auteur du Canada. De novembre 2012 à avril 2015, il a coordonné le Comité de travail sur les opérations, les procédures et les processus de la Commission du droit d'auteur et, à la fin 2016, il a conseillé la Commission dans le cadre des travaux du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce sur le fonctionnement et les pratiques de la Commission.

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

3.4.2	Échéanciers	513
3.4.3	Questions à aborder prudemment	514
4.	LES DÉCISIONS DE JUSTICE EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR.	515
4.1	Les décisions de justice et le fonctionnement de la Commission	516
4.2	Les décisions de la Cour suprême en matière de droit d'auteur : le fond	518
4.2.1	L'arrêt <i>CCH</i>	518
4.2.2	L'arrêt <i>SRC c SODRAC</i>	518
4.2.3	L'arrêt <i>ESA</i>	521
5.	LA LÉGITIMITÉ DES DÉCISIONS DE JUSTICE EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR	525
	CONCLUSION	526

INTRODUCTION¹

Le 7 novembre 2017, un comité parlementaire devrait entreprendre le deuxième examen quinquennal de la *Loi sur le droit d'auteur*². Au moment où j'écris ces lignes, on ne sait pas ce sur quoi l'examen portera ou comment il se déroulera.

Dans le présent article, j'esquisse l'historique de la réforme du droit d'auteur canadien depuis l'entrée en vigueur de la Loi en 1924. Je décris l'examen à venir en le comparant au processus antérieur. J'aborde ensuite deux questions qui auraient pu retenir l'attention du comité mais qui risquent fort d'être passées sous silence.

En décembre 2016, un Rapport du Sénat recommandait que l'examen quinquennal se penche sur la Commission du droit d'auteur [Commission]. Or, le 9 août 2017, le gouvernement et la Commission lançaient conjointement une consultation [consultation gouvernementale] sur des changements possibles à son cadre législatif et réglementaire³. Je m'attarderai quand même au Rapport, pour en dénoncer les faiblesses et pour illustrer comment l'examen quinquennal *ne devrait pas* procéder. Au passage, je décris brièvement le rôle de la Commission en matière de gestion collective et certaines des raisons invoquées pour revoir son fonctionnement, puis je mentionne les études dont elle a fait l'objet. Parmi les questions que la consultation gouvernementale devrait aborder, j'en précise certaines dont on peut traiter sans porter atteinte à l'autonomie de la Commission et d'autres à l'égard desquelles on voudra faire preuve de circonspection.

Malheureusement, je ne m'attends pas non plus à ce que l'examen quinquennal se penche sur le fond ou sur la légitimité de

-
1. Le présent article s'inspire d'une communication offerte lors de la troisième conférence annuelle *Asper INTLaw*, Winnipeg, 25-26 avril 2017. Mon point de vue n'est pas nécessairement celui de la Commission ou du gouvernement du Canada.
 2. LRC 1985, c C-42, [Loi] art 92. J'explique plus loin comment j'arrive à cette date. Le premier examen remonte à 2002.
 3. Consultation sur des options de réforme de la Commission du droit d'auteur du Canada.

certaines décisions de la Cour suprême du Canada en matière de droit d'auteur qui semblent compliquer inutilement le travail de la Commission, comporter des erreurs ou être discutables du point de vue de la politique publique. J'envisage aussi la possibilité qu'en rendant certains arrêts, la Cour ait pris des décisions qui relèvent avant tout du législateur.

1. LA RÉFORME DU DROIT D'AUTEUR CANADIEN, EN BREF

Avant que la Loi entre en vigueur en 1924, le droit d'auteur canadien était un intéressant amalgame de droit local et impérial⁴. Durant les années 1930, une loi modificatrice était adoptée pour assurer la mise en application du texte de Rome de la Convention de Berne et trois autres pour établir le régime de réglementation des sociétés de gestion du droit d'exécution publique et la Commission d'appel du droit d'auteur⁵. On connut ensuite une certaine accalmie législative jusqu'en 1988⁶.

Pendant ce temps, plusieurs rapports et études se penchaient sur l'état du droit d'auteur. La commission Parker recommandait la création de la Commission d'appel du droit d'auteur en 1936⁷. Le Conseil économique du Canada examinait les aspects économiques du sujet⁸. La Commission Isley (1957) et le rapport Keyes-Brunet (1977) offraient une analyse en profondeur et recommandaient des changements importants, entre autres pour prendre en compte la technologie émergente de l'époque⁹. Au début des années 1980, le

-
4. Voir *Durand et Cie c La Patrie Publishing Co* [1960] RCS 649 aux pp 656-657. Le Canada a cessé d'être à la remorque des lois impériales en 1911 : *Copyright Act 1911*, c 46 art 26 (R.-U.). Ces lois ont cessé de s'appliquer en 1924 : *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, 11-12 George V, c 24 art 47.
 5. *Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, 21-22 George V, c 8 ; *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, 1935, 25-26 George V, c 18 ; *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, 1936, I Edouard VIII, c 28 ; *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931 et la Loi du droit d'auteur, 1938*, 2 George VI, c 27.
 6. Durant cette période, on apporta des modifications mineures ou de concordance à une douzaine de reprises.
 7. *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*.
 8. Conseil économique du Canada, *Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle*, (Ottawa, Information Canada, 1971).
 9. Y compris la photocopieuse, la vidéocassette et l'ordinateur. Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels, *Rapport sur le droit d'auteur* (1957) ; Andrew A. Keyes et Claude Brunet, *Le droit d'auteur au Canada : proposition pour la révision de la loi*, (Hull, Consommation et Corporations Canada, 1977).

gouvernement commandait et publiait 14 études sur le sujet¹⁰. En 1982, le rapport Applebaum-Hébert¹¹ proposait lui aussi plusieurs changements.

En mai 1984, le gouvernement libéral déposait un livre blanc sur la réforme du droit d'auteur¹² ; en janvier 1985, le gouvernement conservateur le redéposait sous forme de document de discussion qu'on renvoya à un comité. En octobre 1985, le comité délivrait son rapport¹³. La réponse du gouvernement, en février 1987, fut en grande partie favorable¹⁴. Le projet de loi C-60¹⁵, présenté en mai 1987, fut sanctionné le 8 juin 1988 et entra en vigueur pour l'essentiel le 1^{er} février 1989. Il avait fallu moins de cinq ans pour boucler la phase I de la réforme du droit d'auteur.

On espérait que la phase II de la réforme se déroule tout aussi rondement ; elle fut complétée en 1997¹⁶. Peut-être afin d'éviter un

-
10. Stan J. Liebowitz, *Paiement de droits d'auteur pour la câblodiffusion : le pour et le contre* (1980) ; Mike Berthiaume et Jim Keon, *La reproduction mécanique des œuvres musicales au Canada* (1980) ; Jim Keon, *Une analyse du droit d'exécution sur les enregistrements sonores* (1981) ; Barry Torno, *Durée de la protection en matière de droit d'auteur au Canada : situation actuelle et propositions de réforme* (1981) ; Steven Globerman et Michael P. Rothman, *Analyse économique du droit d'artiste-interprète* (1981) ; Barry Torno, *Le droit d'auteur de la couronne au Canada : un héritage embrouillé* (1981) ; Ake G. Blomqvist et Chin Lim, *Droit d'auteur, concurrence et culture au Canada : la Loi sur le droit d'auteur et les importations dans le domaine de l'édition et de l'enregistrement sonore* (1981) ; Stan J. Liebowitz, *Le régime de droit d'auteur et la reprographie* (1981) ; Barry Torno, *La propriété du droit d'auteur au Canada* (1981) ; Barry Torno, *La révision de la Loi sur le droit d'auteur et la nécessité de clarifier la notion d'utilisation équitable* (1981) ; Jim Keon, *Les conséquences de l'enregistrement à domicile d'œuvres audio-visuelles sur le paiement de droits d'auteur* (1982) ; John Palmer et Raymond Resendes, *Le droit d'auteur et les ordinateurs* (1982) ; Dennis Magnusson et Victor Nabhan, *Les exceptions à la protection du droit d'auteur au Canada* (1982) ; D. Smith, *Sociétés de gestion collective des droits de l'auteur* (1983) (toutes ces études sur le droit d'auteur publiées par la Direction de la recherche et des affaires internationales, Bureau des corporations, Consommation et Corporations Canada (Hull).
 11. Canada, ministère des Communications, *Rapport du Comité de révision de la politique culturelle*, Approvisionnement et Services, 1982.
 12. Consommation et Corporations Canada, *De Gutenberg à Téléidon : livre blanc sur le droit d'auteur : propositions en vue de la révision de la Loi canadienne sur le droit d'auteur*, (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984).
 13. Chambre des communes, Comité permanent des communications et de la culture, *Une Charte des droits des créateurs et créatrices – Rapport du Sous-comité sur la révision du droit d'auteur* (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985).
 14. L'honorable Michel Côté et l'honorable Marcel Masse, *Réponse du gouvernement au rapport du Sous-comité sur le droit d'auteur* (Ottawa, Gouvernement du Canada, 1986).
 15. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, LC 1988, c 15.
 16. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, LC 1997, c 24. Entre les phases I et 2, la Loi a été amendée à huit reprises, pour permettre la mise en application de

autre délai de neuf ans avant la prochaine étape, la Loi prévoyait que le gouvernement présente un rapport sur son application dans les cinq ans et qu'un comité réagisse dans l'année suivante¹⁷. Quinze années s'écouleraient avant la prochaine réforme d'envergure.

En octobre 2002, le gouvernement identifiait quarante sujets pouvant faire l'objet de mesures législatives à court, à moyen et à long termes¹⁸ ; en novembre 2002, le rapport fut renvoyé à un comité dont les travaux ne débutèrent qu'en octobre 2003. En mars 2004, le gouvernement déposait un rapport d'étape auprès du Comité permanent du patrimoine canadien¹⁹. En mai, le comité publiait un rapport intérimaire²⁰ ; il n'y eut pas de rapport final. En mars 2005, le gouvernement répondait au rapport du comité²¹. En juin, il déposait le projet de loi C-60²², qui mourut au feuillet. Les projets de loi C-61 et C-32 connurent le même sort en 2008 et en 2010²³.

On déposa à nouveau le projet de loi C-32 en 2011²⁴. Le 29 juin 2012, la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*²⁵ reçut la sanction

traités [*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada – États-Unis*, LC 1988, c 65 ; *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, LC 1993, c 44 ; *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, LC 1994, c 47] ou pour apporter des modifications relativement mineures ou de concordance [*Loi sur les topographies de circuits intégrés*, LC 1990, c 37 ; *Loi corrective de 1991*, LC 1992, c 1 ; *Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle*, LC 1993, c 15 ; *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, LC 1993, c 23 ; *Loi sur le ministère de l'industrie*, LC 1995, c 1].

17. Loi, art 92.

18. Industrie Canada, *Stimuler la culture et l'innovation : rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*, octobre 2002 [Rapport d'examen, 2002].

19. Ministre du Patrimoine canadien et ministre de l'Industrie, *Rapport d'étape sur la réforme du droit d'auteur*, 24 mars 2004.

20. Chambre des communes, Comité permanent du Patrimoine canadien, *Rapport intérimaire sur la réforme du droit d'auteur*, mai 2004. (Sarmite D. Bulte, M.P. présidente).

21. Gouvernement du Canada, *Droit d'auteur équilibré*, « Déclaration gouvernementale sur les propositions pour la réforme du droit d'auteur », mars 2005.

22. Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 1^{ère} Session, 38^e Législature (texte de la première lecture, 20 juin 2005).

23. Projet de loi C-61, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 2^e Session, 39^e Législature (texte de la première lecture, 12 juin 2008) ; Projet de loi C-32, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 3^e Session, 40^e Législature (texte de la première lecture, 2 juin 2010). Les trois projets avaient été déposés par des gouvernements minoritaires.

24. Projet de loi C-11, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 1^{ère} session, 41^e Législature (texte de la première lecture, 29 septembre 2011).

25. LC 2012, c 20. La loi fut sanctionnée à peine trois semaines avant que la Cour suprême du Canada publie sa « pentalogie » d'arrêts en matière de droit d'auteur : *infra* note 87. La plupart de ses dispositions sont entrées en vigueur le 7 novembre 2012.

royale. Elle apportait de nombreuses modifications à la Loi, dont certaines traitaient de questions soulevées durant la revue de 2002.

2. LE PROCESSUS D'EXAMEN QUINQUENNAL

La meilleure façon de décrire le cadre juridique de l'examen à venir est de le comparer à celui qui l'a précédé.

En 1997, l'article 92 de la Loi²⁶ se lisait comme suit :

92. (1) Within five years after the coming into force of this section, the Minister shall cause to be laid before both Houses of Parliament a report on the provisions and operation of this Act, including any recommendations for amendments to this Act.

(2) The report stands referred to the committee of the House of Commons, or of both Houses of Parliament, that is designated or established for that purpose, which shall

(a) as soon as possible thereafter, review the report and undertake a comprehensive review of the provisions and operation of this Act ; and

(b) report to the House of Commons, or to both Houses of Parliament, within one year after the laying of the report of the Minister or any further time that the House of Commons, or of both Houses of Parliament, may authorize.

92. (1) Dans les cinq ans suivant la date de l'entrée en vigueur du présent article, le ministre présente au Sénat et à la Chambre des communes un rapport sur la présente loi et les conséquences de son application, dans lequel il fait état des modifications qu'il juge souhaitables.

(2) Les comités de la Chambre des communes ou mixtes désignés ou constitués à cette fin sont saisis d'office du rapport et procèdent dans les meilleurs délais à l'étude de celui-ci de même qu'à l'analyse exhaustive de la présente loi et des conséquences de son application. Ils présentent un rapport à la Chambre des communes ou aux deux chambres du Parlement, selon le cas, dans l'année suivant le dépôt du rapport visé au paragraphe (1) ou dans le délai supérieur accordé par celles-ci.

26. LC 1997, c 24 art 50.

Depuis 2012, la disposition prévoit que²⁷ :

92. Five years after the day on which this section comes into force and at the end of each subsequent period of five years, a committee of the Senate, of the House of Commons or of both Houses of Parliament is to be designated or established for the purpose of reviewing this Act.

92. Cinq ans après la date de l'entrée en vigueur du présent article et à intervalles de cinq ans par la suite, le comité du Sénat, de la Chambre des communes ou des deux chambres désigné ou constitué à cette fin entreprend l'examen de l'application de la présente loi.

Les dispositions sont différentes à plusieurs égards.

La version de 1997 prévoit un seul examen ; celle de 2012 en prévoit un à tous les cinq ans.

La version de 1997 exige que le ministre dépose « un rapport sur la présente loi et les conséquences de son application, dans lequel il fait état des modifications qu'il juge souhaitables » ; c'est ensuite qu'un comité parlementaire se livre à une « analyse exhaustive de la présente loi et des conséquences de son application ». Le texte de 2012 exige seulement qu'un comité « entrepren[ne] l'examen de l'application de la présente loi », sans préciser le caractère exhaustif ou non de la démarche. La distinction en est sans doute une de forme plus que de fond.

Le rapport de 2002 devait être présenté « [d]ans les cinq ans suivant la date de l'entrée en vigueur du présent article ». La loi de 2012 semble exiger que le premier examen débute précisément « [c]inq ans après la date de l'entrée en vigueur du présent article », soit le 7 novembre 2017. L'examen suivant débiterait cinq ans plus tard, le 7 novembre 2022, et ainsi de suite, sans égard au temps pris pour procéder à l'examen précédent ou au fait qu'il soit ou non terminé. Ici encore, je ne m'attends pas à une application stricte de la disposition.

Le texte de 1997 exigeait que le ministre responsable de l'application de la Loi²⁸ fasse préparer et présente au Sénat et à la Chambre un rapport ; cela donne à penser que le gouvernement effectuerait un déblayage assez important avant que le comité se penche sur la ques-

27. LC 2012, c 20 art 58.

28. En vertu de la Loi, il s'agit du ministre de l'Industrie, dont les fonctions ont été prises en charge par le ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique.

tion et que le rapport pourrait orienter les travaux du comité²⁹. Cette fois-ci, la désignation du comité est la première étape du processus. On ne sait pas qui orientera ses travaux, s'il réagira aux propositions du gouvernement, ou la mesure dans laquelle de telles propositions pourraient circonscrire la portée de l'examen.

Le texte de 1997 prévoyait que le comité saisi du rapport du ministre rende des comptes dans l'année suivant son dépôt³⁰. Désormais, il revient au Parlement d'établir ce délai.

Enfin, le premier examen parlementaire pouvait être confié à un comité de la Chambre des communes ou à un comité mixte. En 2012, l'examen peut aussi être confié à un comité du Sénat.

Dans les deux versions, la décision de tenir des audiences ou de commander des études semble relever du comité.

Les différences de forme entre le texte de 1997 et celui de 2012 sont assez importantes. Toutefois, la démarche reste la même pour l'essentiel, sauf en ce qui concerne l'orientation des travaux : la Loi ne prévoit plus expressément que le gouvernement joue un rôle dans le processus. Cela pourrait avoir peu d'importance en situation de gouvernement majoritaire.

3. LE RAPPORT DU SÉNAT SUR LE FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION

3.1 Le mandat de la Commission en matière de gestion collective

Les titulaires du monde entier confient à des sociétés de gestion le soin d'administrer leurs droits. Comme les sociétés sont souvent en situation de monopole, le montant des redevances qu'elles perçoivent pour l'utilisation de leur répertoire est souvent contrôlé ou établi par une autorité publique. Aux États-Unis, les redevances de deux sociétés de gestion du droit d'exécution de la musique sont établies par la Cour fédérale du deuxième district de la ville de New York [*Rate Court*], conformément aux dispositions d'un décret de consentement intervenu entre ces sociétés et le ministère de la Jus-

29. Il semble que ce fut le cas. Le paragraphe 92(2) de la Loi prévoyait clairement que le comité procède « à l'étude [du rapport] *de même qu'* à l'analyse exhaustive de la présente loi et des conséquences de son application ». (Mes italiques)

30. L'article 92 de la Loi permettait qu'on accorde un délai supérieur, ce qui semble avoir été fait.

tice en vertu des lois antitrust³¹ ; le *Copyright Royalty Board* [CRB] fixe les redevances applicables en vertu de cinq régimes de licence obligatoire³². En Australie, en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni et dans d'autres juridictions du Commonwealth, la tâche est confiée à un tribunal du droit d'auteur³³. En Europe, on s'adresse parfois à un tribunal administratif, parfois à un ministre³⁴. Au Canada, l'autorité compétente est la Commission³⁵.

La Commission régule les sociétés de gestion en vertu de quatre régimes. Le premier s'applique à celles qui ne sont pas assujetties à un régime particulier : la société peut délivrer une licence sans l'aval de la Commission, à moins que la société ou un utilisateur demande l'arbitrage³⁶ ou que la société dépose un projet de tarif qui, une fois homologué par la Commission, s'appliquera à tous les utilisateurs visés³⁷. Les trois autres régimes imposent une licence obligatoire *de jure* ou *de facto*. Le deuxième vise l'exécution de la musique et des enregistrements sonores d'œuvres musicales ; le troisième encadre la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision et certaines utilisations dans le milieu de l'éducation ; le quatrième prévoit l'établissement d'une redevance pour la copie privée d'enregistrements sonores d'œuvres musicales³⁸. Chacun de ces trois régimes circonscrit plus ou moins la façon dont les titulaires peuvent administrer leurs droits et les rapports entre utilisateurs et sociétés ; chacun exige que les modalités de licences soient établies par la Commission, dans des tarifs³⁹.

31. Voir par exemple *U.S. v The American Society of Composers, Authors and Publishers, Second Amended Final Judgment*, June 11, 2001, Civil Action No. 41-195. Les sociétés de gestion ASCAP et BMI sont assujetties à un décret alors que la SESAC ne l'est pas.

32. *U.S. Copyright Act*, 17 USC § 112 à 119 et 801 à 805 [USCA].

33. *Copyright Act 1968*, No. 63, Part VI, a. 136 à 175 (Australie) ; *Copyright Act 1994*, No. 143, Part 10, art 205 à 224 (Nouvelle-Zélande) ; *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, c 48, Chapter VII, art 145 à 152 (Royaume-Uni). Un ministre exerce parfois certains pouvoirs à l'égard d'autres aspects du fonctionnement des sociétés de gestion : art 135P à 135S (Australie), art 137 à 140 (Royaume-Uni).

34. En Allemagne, le Bureau des brevets et marques de commerce exerce un pouvoir général de surveillance et un conseil d'arbitrage établit les modalités de licences : J. Reinbothe, « Collective Management in Germany », dans Daniel Gervais (réd) *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 3^e éd (La Haye, Kluwer 2016) aux pp 214 (3.2.1) et 229 (3.2.3) [Gervais].

35. Loi, art 66 à 89.

36. On ne sait plus vraiment s'il s'agit d'un véritable arbitrage : *Société Radio-Canada c SODRAC 2003 Inc.*, [2015] 3 RCS 615 [SRC c SODRAC].

37. Loi, art 70.1 à 70.4. Ces sociétés peuvent se prémunir contre les poursuites en vertu de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* en déposant leurs ententes de licence auprès de la Commission : Loi, art 70.5, 70.6.

38. Loi, art 67 à 68.2, 71 à 76 et 79 à 88.

39. Pour une description plus étoffée, voir Mario Bouchard, « Collective Management in Canada », dans Gervais, *supra* note 34 aux pp 279 à 282 [Bouchard].

3.2 La controverse entourant les délais devant la Commission

Le rôle de la Commission, son fonctionnement et ses processus sont débattus depuis sa création en 1989. Ramenées à l'essentiel, les critiques visent surtout le temps qui s'écoule entre le dépôt d'un projet de tarif et le début des audiences, puis entre la fin des audiences et la prise de décision. Ces délais ne cessent de s'allonger : en matière de retransmission, ils sont passés de 15 mois en 1990 à six ans en 2013⁴⁰. Il s'écoule parfois plus de trois ans entre le dépôt d'un projet et le début des audiences, et plus de deux ans entre la fin des audiences et la publication d'une décision⁴¹.

Les motifs avancés pour expliquer ces délais varient. Certains soutiennent que la Commission est sous-financée et qu'elle fait de son mieux compte tenu des contraintes que lui imposent les tribunaux judiciaires, d'autres qu'elle utilise mal les moyens dont elle dispose et qu'on pourrait simplifier le processus⁴². La Commission a admis qu'elle devrait s'en tenir davantage aux échéanciers qu'elle fixe, tout en pointant du doigt les parties pour expliquer les délais⁴³.

La Commission fait depuis longtemps l'objet de recherches, de discussions et de recommandations. En 2002, le rapport du gouvernement déposé en vertu de l'article 92 de la Loi se demandait si la Loi

-
40. Les tarifs de retransmission pour 1990-1991 ont été homologués le 6 octobre 1990 ; les projets avaient été déposés le 30 juin 1989 : *Retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision pour les années 1990 et 1991* (Décision de la Commission du droit d'auteur, 2 octobre 1990). Les tarifs pour 2009-2013 ont été homologués le 30 novembre 2013 ; les projets avaient été déposés le 31 mars 2008 : *Retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision, au Canada, pour les années 2009 à 2013* (Décision de la Commission du droit d'auteur, 20 novembre 2013).
 41. Ces chiffres reflètent ce que je connais de la Commission. Il ne s'agit pas de moyennes. On trouve des données plus fermes dans J. de Beer, *Processus de fixation des tarifs de droit d'auteur au Canada: Un examen empirique*, 16 avril 2015 [Rapport de Beer].
 42. Délibérations du Comité sénatorial permanent des Banques et du commerce, Première session de la 42^e législature, 2015-2016, fascicule n^o 9 (26 octobre au 17 novembre 2016) [Audiences sénatoriales], aux pp 9:62, 9:66 et 9:87 [sous-financement] ; 9:129 et 9:136 [mauvaise utilisation de ressources]. M. Henderson, témoignant pour Music Canada (aux pp 9:85 et 9:94), a semblé dire une chose et son contraire. Sur les contraintes imposées par les tribunaux civils, voir à la p 9:134.
 43. *Ibid*, p 9:116. Le vice-président Majeau soutient que souvent, les parties ne sont pas en mesure de procéder alors que la Commission le serait : *ibid*, à la p 9:108. Le professeur de Beer abonde dans le même sens : « les sociétés de gestion et les opposants n'ont pas les moyens de prendre part à une audience chaque année, alors elles accumulent les propositions de tarif et les font traiter en lots. Cela influe sur le temps requis pour les traiter » : *ibid*, à la p 9:133.

devait être modifiée afin d'instaurer des procédures rationalisées et plus efficaces⁴⁴. En 2014, le Comité permanent du Patrimoine canadien recommandait que le gouvernement examine la question le plus tôt possible⁴⁵. La Commission a établi son propre comité sur la procédure et publié un document de travail pour consultation publique⁴⁶. Les ministères du Patrimoine et de l'Industrie ont commandé une analyse statistique des délais de prise de décision devant la Commission et une analyse comparative de son processus décisionnel⁴⁷. Des rapports antérieurs portant sur les sociétés de gestion et sur la gestion du droit d'auteur dans l'industrie de la musique s'étaient aussi penchés sur la question⁴⁸.

3.3. Le Rapport du Sénat

Le Sénat s'est préoccupé récemment du fonctionnement de la Commission. Son Rapport mérite qu'on s'y attarde non pas pour ce qu'il recommande, mais pour en souligner les faiblesses. Son raisonnement boiteux, ses constats non étayés et sa mauvaise compréhension du droit et des faits illustrent comment l'examen quinquennal *ne devrait pas* procéder.

La façon dont l'examen sénatorial a été déclenché et a procédé est intéressante. Le 1^{er} septembre 2016, un lobbyiste représentant Music Canada, l'association qui agit pour le compte des grandes maisons de disques, rencontrait le président du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, apparemment pour lui faire part des inquiétudes de l'association à l'égard de la Commission. Le 28 septembre, à la demande du président, le Sénat autorisait le comité « à étudier le fonctionnement et les pratiques de la Commission du

44. Rapport d'examen, 2002, *supra* note 18 à la p 35.

45. Examen de l'industrie canadienne de la musique, Rapport du Comité permanent du patrimoine canadien, juin 2014 (Gordon Brown, président) à la p 27 (Recommandation 1).

46. Comité de travail sur les opérations, les procédures et les processus de la Commission du droit d'auteur, document de travail sur deux questions de procédure : La détermination et la communication des questions à régler dans une instance tarifaire et le processus des demandes de renseignements, 4 février 2015. Il était prévu que le comité se penche sur plusieurs aspects du fonctionnement de la Commission, y compris ceux qui seront abordés durant la consultation gouvernementale : Document de travail à la p 30 (Annexe B, Mandat).

47. Rapport de Beer, *supra* note 41. Paul Daly, *Pratiques exemplaires en matière de prise de décisions administratives : Examen de la Commission du droit d'auteur du Canada sous un éclairage comparatif*, 2016.

48. C. Craig Parks, Rapport sur les sociétés de gestion du droit d'auteur exerçant des activités au Canada, Patrimoine canadien, octobre 2006. C. Craig Parks, La gestion des droits d'auteur dans l'industrie canadienne de la musique, Patrimoine canadien, janvier 2008.

droit d'auteur du Canada et à formuler des recommandations »⁴⁹. Deux mois plus tard, après quatre heures d'audience, le comité déposait son rapport et le Sénat l'adoptait dans la semaine qui suivait⁵⁰.

L'unique recommandation du Rapport est « [q]ue le prochain examen législatif quinquennal de la *Loi sur le droit d'auteur* inclue une étude détaillée et approfondie du mandat, des pratiques et des ressources de la Commission du droit d'auteur du Canada »⁵¹. En soi, la recommandation est anodine et même utile, mais elle repose sur presque rien.

Le Rapport conclut que la Commission est désuète et dysfonctionnelle et a grand besoin d'une réforme et que « [l]es préoccupations énoncées dans le présent rapport doivent faire l'objet d'une enquête plus poussée et nécessitent la prise de mesures opportunes »⁵², en se fondant uniquement sur les prétentions des quelques témoins entendus en quatre heures d'audience, sans les analyser ou les évaluer ; on tient même pour avéré ce qui est manifestement faux, comme on le verra plus loin. Difficile de parler d'argumentaire comme le prétend le titre du rapport.

La description du fonctionnement de la Commission et de ses vis-à-vis étrangers est incorrecte, sans doute parce que les déclarations des témoins, qu'on semble avoir acceptées sans les vérifier, étaient souvent incomplètes et parfois fausses. Par exemple, on sous-entend que les tribunaux canadiens et étrangers sont souvent assujettis à des délais pour rendre une décision⁵³. Tant le constat que sa pertinence sont discutables. D'abord, il n'est pas courant que la législation habilitante d'un tribunal lui impose un délai pour la prise de décisions⁵⁴ ; parmi les tribunaux de droit d'auteur que je connais dans les ressorts de common law, seul le *CRB* est assujetti à une telle exigence⁵⁵. Ensuite, le délai à partir de la mise en branle du processus

49. Débats du Sénat, 1^{ère} Session, 42^e Législature, Volume 150, Numéro 57, aux pp 1395-1396.

50. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Commission du droit d'auteur : argumentaire pour la tenue d'un examen de toute urgence*, 30 novembre 2016. [Rapport du Sénat]. Débats du Sénat, 1^{ère} Session, 42^e Législature, Volume 150, Numéro 82, aux pp 1953-1954.

51. Rapport du Sénat, *ibid*, à la p 9.

52. *Ibid*, à la p 8.

53. *Ibid*, à la p 6. Audiences sénatoriales, *supra* note 42 aux pp 9:90 et 9:96.

54. L'Office national de l'énergie est un des rares organismes fédéraux de réglementation assujetti à une telle exigence : *Loi sur l'Office national de l'énergie*, LRC (1985), c N-7 para 52(4).

55. *USCA* §803(c)(1). La *Rate Court* n'est pas assujettie à des délais, sauf à l'égard de certaines procédures de peu d'importance : *USCA* §513.

est de presque deux ans⁵⁶, pas de six à onze mois comme certains l'ont prétendu⁵⁷. De plus, il n'est pas aussi rigide qu'on l'a laissé entendre : la Cour d'appel états-unienne semble exiger que le *CRB* l'ignore s'il faut plus de temps pour motiver suffisamment une décision⁵⁸. Enfin, on peut douter de la pertinence de la comparaison, puisque le fardeau de travail du *CRB* n'est pas celui de la Commission⁵⁹. Règle générale, le *CRB* rend chaque année une décision valide pour cinq ans à l'égard d'un des cinq régimes qu'il administre et dont la loi décale les périodes d'effet⁶⁰. Chaque année, la Commission est appelée à rendre plusieurs décisions sur le fond.

Le Rapport laisse entendre que les délais dans l'homologation de tarifs pourraient en décourager certains de faire leur entrée sur le marché culturel canadien⁶¹. Pourtant, une société de gestion et un

56. Règle générale, les tarifs prennent fin le 31 décembre. Le processus débute au plus tard le 5 janvier de l'année précédant l'année d'expiration du tarif : *USCA* §803(b)(1)(A)(II). Le *CRB* doit rendre sa décision « [TRADUCTION] 11 mois après la fin de la période de 21 jours prévue pour la conférence de règlement à l'amiable visée à l'alinéa (b)(6)(C)(x) ou, s'il s'agit d'établir des redevances ou modalités pour remplacer celles qui prennent fin à une date précise, 15 jours avant cette date, selon la première de ces éventualités », autrement dit, avant le 15 décembre de l'année suivant l'année durant laquelle le processus a débuté : *USCA* § 803(c)(1). Il s'écoule plusieurs mois entre le début des procédures et la fin de la période prévue pour les règlements à l'amiable.

La décision est remise uniquement aux parties. Il peut s'écouler 15 autres jours avant qu'une décision « initiale » soit rendue publique. Les taux définitifs pourraient n'être publiés dans le *Federal Register* que tard au printemps.

57. Audiences sénatoriales, *supra* note 42 aux pp 9:75, 9:85, et 9:90.

58. *Settling Devotional Claimants v Copyright Royalty Board*, 797 F3d 1106, 1121 (DC Cir ; 2015). Dans cette affaire, la Cour d'appel a pris en compte la possibilité que le *CRB* ait rendu une décision qui n'était pas suffisamment motivée précisément à cause de contraintes de temps. La Cour a conclu que si ces contraintes pourraient parfois être prises en compte pour évaluer la qualité du raisonnement, l'obligation de rendre une décision suffisamment motivée subsiste.

59. Le professeur de Beer insiste sur l'importance de ce fait : « La commission des États-Unis, dont nous avons beaucoup entendu parler, n'instruit qu'une fraction des affaires que la Commission du droit d'auteur du Canada doit traiter. Par conséquent, j'avancerais que, faute d'une réforme législative fondamentale et d'une refonte majeure de l'administration collective du droit d'auteur au Canada, ces délais américains n'offrent pas un point de comparaison approprié. » Audiences sénatoriales, *supra* note 42 à la p 9:133.

60. Un tarif quinquennal s'applique à partir du 1^{er} janvier des années se terminant en 1 et en 6 pour les « eligible nonsubscription services » et les « new subscription services » [*USCA* §804(b)(3)(A)] ; des années se terminant en 3 et en 8 pour les « preexisting subscription services » et les services de radio par satellite [§804(b)(3)(B)] ; des années se terminant en 4 et en 9 pour certaines affaires visées à §112 [§804(b)(2)] ; des années se terminant en 5 et en 0 pour les affaires visées à §111 [§804(b)(1)].

61. Rapport du Sénat, *supra* note 50 à la p 2. Un témoin a même prétendu que Pandora n'est pas disponible au Canada précisément pour ce motif : Audiences sénatoriales, *supra* note 42 à la p 9:142. Or, comme le service est offert uniquement aux États-

utilisateur peuvent conclure une entente de gré à gré qui a préséance sur n'importe quel tarif, que ce soit en droit⁶² ou en pratique⁶³. Par ailleurs, dans les domaines ne relevant pas de la Commission, l'exploitation d'une entreprise débute souvent avant qu'elle ait finalisé les ententes de licence dont elle sait avoir besoin⁶⁴.

Enfin, le Rapport du Sénat comporte deux erreurs de droit manifestes. Premièrement, il affirme que certains tarifs doivent être déposés chaque année⁶⁵; or, n'importe quel tarif « prévoit des périodes d'effet d'une ou de plusieurs années civiles »⁶⁶. Deuxièmement, on reprend la prétention voulant que les décisions de la Commission sont rétroactives parce qu'elle en a décidé ainsi⁶⁷. Or, c'est la façon dont la Loi prescrit la période d'effet d'un tarif qui impose cette conclusion.

3.4 La consultation gouvernementale sur la Commission

Malgré ses faiblesses, le Rapport du Sénat a raison de recommander qu'on réfléchisse sur le fonctionnement de la Commission. La consultation gouvernementale mise en branle en août 2017 met de l'avant 13 options visant à accélérer le traitement des dossiers, à en réduire le nombre, à empêcher la rétroactivité tarifaire ou à en limiter l'incidence et à clarifier le cadre, le mandat et les processus décisionnels de la Commission. Cela dit, on voudra se montrer judicieux dans la façon dont on aborde ces options, afin de ne pas remettre en cause l'autonomie décisionnelle de la Commission ou la souplesse dont elle doit disposer. Je me contenterai de quelques exemples.

3.4.1 L'imposition de critères

La consultation gouvernementale envisage d'assujettir la Commission à des instructions ou des critères dans la Loi ou par voie de

Unis, en Australie et en Nouvelle-Zélande, son absence du marché canadien n'a probablement rien à voir avec la Commission.

62. Pour le régime général, *Loi*, al 70.12b) et art 70.191.

63. La SOCAN a déjà conclu des ententes de gré à gré : « Entre 1993 et 2001, la SOCAN s'est entendue avec la Société Radio-Canada (SRC) et n'a pas déposé de projets de tarif. » *SOCAN – Tarifs divers* (Décision de la Commission du droit d'auteur, 20 mars 2008) para 4. Ces ententes pourraient ne pas être exécutoires en droit, mais elles fonctionnent en pratique : S. Gilker, « Statut des ententes négociées hors du processus de la Commission », dans Ysolde Gendreau (éd.), *Institutions administratives du droit d'auteur* (Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002) 101.

64. Audiences sénatoriales, *supra* note 42 à la p 9:84.

65. Rapport du Sénat, *supra* note 50 aux pp 4 et 6.

66. *Loi*, para 67.1(3), art 70.14, para 71(4) et para 83(5). (Mes italiques)

67. Rapport du Sénat, *supra* note 50 à la p 8.

règlements. On impose déjà des balises législatives à la Commission⁶⁸ et à ses vis-à-vis étrangers⁶⁹. Par ailleurs, l'article 66.91 de la Loi prévoit depuis 1997 que :

<p>The Governor in Council may make regulations issuing policy directions to the Board and establishing general criteria to be applied by the Board or to which the Board must have regard</p>	<p>Le gouverneur en conseil peut, par règlement, donner des instructions sur des questions d'orientation à la Commission et établir les critères de nature générale à suivre par celle-ci, ou à prendre en compte par celle-ci, dans les domaines suivants :</p>
<p>(a) in establishing fair and equitable royalties to be paid pursuant to this Act; and</p>	<p>a) la fixation des redevances justes et équitables à verser aux termes de la présente loi ;</p>
<p>(b) in rendering its decisions in any matter within its jurisdiction.</p>	<p>b) le prononcé des décisions de la Commission dans les cas qui relèvent de la compétence de celle-ci.</p>

Ce pouvoir n'a jamais été exercé⁷⁰. Sa portée pourrait être analysée. Le libellé est-il suffisamment clair ? Que permet-il de faire⁷¹ ? Y a-t-il une différence entre une instruction et un critère de nature générale ? Un critère « à suivre » est-il plus contraignant que celui « à prendre en compte »⁷² ? Faudrait-il ajouter d'autres balises législatives ? À quel point devraient-elles être contraignantes ?

L'inclusion de balises additionnelles dans la Loi permettrait d'orienter ou de circonscrire le mandat général de la Commission. On pourrait préciser : si la Commission devrait uniquement empêcher les sociétés de gestion d'abuser de leur position dominante ou si elle

68. Loi, para 68(2) [critères pour la rémunération des enregistrements sonores], 68.1(4) et 74(1) [tarif préférentiel pour les petits systèmes], 73(2) [non-discrimination entre titulaires fondée sur la nationalité ou la résidence], 83(8) [obligation de désigner une société de perception].

69. USCA §801(b)(1) ; *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, art 129 à 135 (R.-U.).

70. De 1989 à 1997, le para 70.63(4) de la Loi permettait au gouverneur en conseil de fixer des critères pour l'établissement de redevances pour la retransmission. On l'a fait une seule fois : Règlement sur les critères applicables aux droits à payer pour la retransmission, DORS/91-690. Voir *Retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision pour les années 1992, 1993 et 1994 (Décision de la Commission du droit d'auteur, 14 janvier 1993)* aux pp 17 à 22 [*Retransmission 1993*].

71. Certains prétendent que le libellé actuel permet au gouvernement d'imposer à peu près n'importe quoi. Personnellement, je n'en suis pas certain.

72. Sur le sens de « prise en compte », voir *Retransmission 1993*, *supra* note 70 à la p 19.

devrait continuer d'assurer un équilibre dans les marchés⁷³ ; s'il est légitime que les sociétés utilisent la Commission pour obtenir l'accès à des renseignements qu'elles n'obtiendraient pas dans le cadre d'une négociation⁷⁴ ; s'il revient à la Commission d'établir des valeurs de référence dans des tarifs inédits⁷⁵, de fixer la valeur inhérente de la musique⁷⁶ ou de trancher des questions de droit inédites à la place des tribunaux civils⁷⁷ ; et si elle devrait s'en tenir davantage aux mécanismes du marché.

3.4.2 Échéanciers

La plupart du temps, le dépôt d'un acte introductif d'instance déclenche un échéancier censé mener à la mise en état du dossier dans un délai donné ; l'affaire est mise au rôle pour audition lorsque le dossier est en état. Devant la Commission, le processus débute bien après que le projet de tarif ait été déposé et publié dans la *Gazette du Canada*, lorsque la Commission émet un échéancier établissant les étapes du processus jusqu'à la date des audiences. La consultation gouvernementale pourrait proposer que la Loi identifie un incident de procédure (dépôt du tarif, publication, dépôt des oppositions) qui met l'affaire en branle ou oblige la Commission à le faire.

Prévoir les délais menant à l'audience est une chose ; limiter le temps dont on dispose pour rendre une décision en est une autre. Une telle exigence, bien que rare, n'est pas inédite. Le délai peut être arrimé à une date connue⁷⁸ ou à une étape du processus qui dépend

73. La Commission d'appel du droit d'auteur avait été établie pour contrôler les sociétés de gestion : *Vigneux v Canadian Performing Right Society Ltd*, [1943] RCS 348. Depuis 1993, la Commission cherche à assurer un équilibre dans les marchés entre titulaires de droits et utilisateurs : *SOCAN – Tarifs divers* (Décision de la Commission du droit d'auteur, 6 décembre 1993) à la p 18. Cette décision a été maintenue : *Canadian Association of Broadcasters v SOCAN* (1994), 58 CPR (3d) 190 (CAF) à la p 196. La façon de voir de la Commission s'arrime fort bien avec l'obligation qui lui incombe désormais de « mettre en équilibre les droits de l'utilisateur et ceux du titulaire des droits », un principe qui prévaudrait désormais dans tous les aspects du droit d'auteur canadien : *SRC c SODRAC*, *supra* note 36 au para 75. On a repris cette façon de voir au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande : Bouchard, *supra* note 39 à la p 285, n 108. Les critères auxquels la loi états-unienne assujettit le *CRB* reflètent eux aussi ce principe : voir par exemple *USCA §801(b)(1)(B)* et (C). Cela dit, certains plaident pour un retour en arrière : Audiences sénatoriales, *supra* note 42 aux pp 9:129 à 9:131 (Katz).

74. Audiences sénatoriales, *ibid*, aux pp 9:61 et 9:66.

75. *Ibid*, à la p 9:93.

76. *Ibid*, aux pp 9:67 et 9:88.

77. *Ibid*, aux pp 9:61 et 9:66.

78. Par exemple, avant l'expiration du tarif en place : *USCA §803(c)(1)*.

d'une autre étape ou d'une décision⁷⁹. Si on impose un délai, il faut en prévoir l'effet sur la validité de la décision tardive.

3.4.3 Questions à aborder prudemment

Certaines questions peuvent être examinées pour autant qu'on le fasse en évitant de remettre en cause l'autonomie décisionnelle de la Commission ou la souplesse dont elle doit disposer. La Loi peut l'encourager à déployer son personnel différemment, en permettant à des employés d'intervenir plus directement dans les décisions de procédure ; par contre, on ne pourrait imposer la délégation de fonctions sans attribuer certains pouvoirs uniquement au personnel. On pourrait obliger la Commission à utiliser la gestion de cas⁸⁰, définir ou encadrer le pouvoir de prendre des décisions provisoires ou, encore, établir des critères pour la prise de telles décisions ; cela dit, seule la Commission peut véritablement établir ses politiques opérationnelles. On pourrait lui demander de se montrer plus rigide lorsqu'on ne se conforme pas à l'échéancier, mais je vois mal comment on pourrait proposer une action législative directe à cet égard.

Il faudra aussi, pour d'autres motifs, aborder prudemment la question du caractère rétroactif des décisions de la Commission. Du point de vue pratique, la rétroactivité crée des difficultés. Du point de vue juridique, il s'agit avant tout d'un faux problème. Une décision qui n'est pas rétroactive exproprierait sans compensation certains droits des titulaires. On retrouve un élément de rétroactivité dans la plupart des décisions des tribunaux de droit d'auteur étrangers⁸¹ et des tribunaux administratifs et judiciaires canadiens⁸² et dans toutes

79. Par exemple, 11 mois après la fin de la période de 21 jours prévue pour la conférence de règlement à l'amiable visée à l'alinéa (b)(6)(C)(x) : *USCA* §803(c)(1) ; un certain temps après la fin des audiences.

80. La gestion de cas ne changera rien à la complexité croissante du cadre législatif, au comportement intéressé des intervenants ou aux contraintes liées à l'administration d'une loi de plus en plus complexe : Audiences sénatoriales, *supra* note 42 à la p 9:134 (de Beer).

81. Ainsi, le régime de licence obligatoire états-unien applicable à certaines transmissions numériques d'enregistrements sonores prévoit que la décision visant un nouveau service s'applique « [TRADUCTION] à partir du début du nouveau service ». *USCA* §114(f)(1)(C), §114(f)(2)(B). Si des redevances n'ont pas été établies, l'utilisateur peut se prévaloir de la licence légale « [TRADUCTION] en acceptant de payer les redevances qui seront établies par la suite en vertu du présent paragraphe » : *USCA* §114(f)(4)(B)(ii). D'autres dispositions vont dans le même sens.

82. Les décisions en matière civile sont habituellement déclaratoires de droits, et une décision déclaratoire est essentiellement rétroactive : la victime d'un délit est compensée pour les dommages qu'elle a subis avant le jugement, pas seulement

les ententes de licence de gré à gré parafées avant que les redevances soient établies⁸³.

Il y a enfin des questions que la Commission elle-même devrait traiter sans attendre que quelqu'un d'autre agisse à sa place. Cela dit, la consultation gouvernementale lui offre l'occasion de recueillir rapidement le point de vue des intéressés avant de passer à l'action.

4. LES DÉCISIONS DE JUSTICE EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR

Depuis 2002, la Cour suprême du Canada a rendu une quinzaine d'arrêts en matière de droit d'auteur⁸⁴. Elle a décidé, entre autres : que le transfert de pigments d'une affiche à une toile ne reproduit pas l'œuvre sous-jacente⁸⁵ ; que l'institution qui aide des tiers à se prévaloir de son droit à l'utilisation équitable bénéficie de l'exception, même si certains de ces tiers violent la loi⁸⁶ ; que la

pour les pertes qu'elle subira par la suite; les intérêts sont censés compenser le temps écoulé entre le dommage et le paiement de la compensation.

83. « Vous avez entendu parler brièvement de la rétroactivité. Ce n'est pas vraiment un problème sur le plan financier. Si vous et moi, dans le cadre de négociations, convenons, dès le début, que je dois vous verser une somme X et que nous ne trouvons une solution qu'au 200^e jour, je sais quel sera le montant final. Toute entreprise peut réserver des fonds en prévision d'un résultat » : Audiences sénatoriales, *supra*, note 42 à la p 9:84 (Henderson).
84. *Théberge c Galerie d'Art du Petit Champlain inc*, [2002] 2 RCS 336 [*Théberge*] ; *Desputeaux c Éditions Chouette (1987) inc*, [2003] 1 RCS 178 ; *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 RCS 339 [*CCH*] ; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 RCS 427 [*SOCAN c ACFI*] ; *Robertson c Thomson Corp*, [2006] 2 RCS 363 ; *Euro-Excellence Inc c Kraft Canada Inc*, [2007] 3 RCS 20 ; *Rogers Communications Inc c Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 RCS 283 [*Rogers*] ; *Entertainment Software Association c Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 RCS 231 [*ESA*] ; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Bell Canada*, [2012] 2 RCS 326 [*SOCAN c Bell*] ; *Alberta (Éducation) c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 RCS 345 [*Alberta*] ; *Ré:Sonne c Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, [2012] 2 RCS 376 [*Ré:Sonne*] ; *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, [2012] 3 RCS 489 ; *Cinar Corporation c Robinson*, [2013] 3 RCS 1168 ; *Front des artistes canadiens c Musée des beaux-arts du Canada*, [2014] 2 RCS 197 ; *SRC c SODRAC*, *supra* note 36. Les arrêts *Rogers*, *ESA*, *SOCAN c Bell*, *Alberta* et *Ré:Sonne* constituent la pentalogie en matière de droit d'auteur. Ces cinq décisions et les arrêts *SOCAN c ACFI* et *SRC c SODRAC* étaient en révision judiciaire de décisions de la Commission.
85. *Théberge*, *ibid.*
86. *CCH*, *ibid.*

transmission d'un téléchargement permanent d'un fichier musical n'est pas une communication au public par télécommunication⁸⁷.

L'examen quinquennal devrait se pencher sur ces décisions, et sur certaines de la Cour d'appel fédérale, pour répondre à trois questions. Complicquent-elles inutilement le travail de la Commission ? Sont-elles bien fondées en droit et compatibles avec une politique publique judiciaire ? Représentent-elles une immixtion du pouvoir judiciaire dans le domaine législatif ?

4.1 Les décisions de justice et le fonctionnement de la Commission

Certains arrêts ajoutent au temps qu'il faut pour prendre une décision en imposant à la Commission des exigences procédurales ou en remettant en cause le fonctionnement même de certains régimes : d'ailleurs, l'augmentation des délais devant la Commission et l'attention que lui portent les tribunaux judiciaires semblent avoir évolué en tandem. Voici trois exemples :

1) Entre 1989 et 2002, l'interprétation de la Commission sur les questions de droit relevant directement des régimes qu'elle administre a bénéficié d'une grande déférence. Depuis, les tribunaux semblent avoir décidé que toute décision de la Commission sur une question de droit est révisable selon la norme de la décision correcte :

Étant donné le caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur un même point de droit, il faut inférer que le législateur n'a pas voulu reconnaître à la Commission une expertise supérieure à celle de la cour de justice en la matière. [...] la norme de la décision correcte est celle qui convient au contrôle judiciaire de la décision de la Commission sur un point de droit.⁸⁸

87. *SOCAN c ACFI, ibid.*

88. *Rogers, ibid.*, au para 15 ; réitéré dans *SRC c SODRAC, supra* note 36 au para 35. Des décisions antérieures invoquaient le fait que la Commission et les tribunaux judiciaires occupent le même champ de compétence : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2002] 4 RCF 3 au para 87 ; *SOCAN c ACFI, ibid.*, aux para 48-50. Voir par contre *Ré:Sonnet c Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, [2015] 2 RCF 170 2014 CAF 48 (CanLII) aux para 45-51 ; *Re:Sound v Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138 (CanLII) aux para 19-30 (anglais seulement), qui révisent des décisions de la Commission sur des questions de droit sur la base de la décision raisonnable.

Cette façon de faire pose problème. Elle met sur un même pied les dispositions législatives générales de la Loi (définition du droit d'auteur ou des objets de l'utilisation équitable) et les régimes que la Commission administre. La prémisse sur laquelle la décision de la Cour se fonde (une cour de justice peut devoir statuer en première instance sur n'importe quel point de droit que la Commission pourrait décider) est vraie en fin de compte d'à peu près n'importe quel tribunal administratif fédéral. Enfin, puisque depuis une vingtaine d'années, la Commission a sans doute tranché plus de questions inédites en matière de droit d'auteur que tous les tribunaux judiciaires canadiens réunis, l'application de la norme de la décision correcte allonge considérablement le processus décisionnel.

2) D'autres décisions de justice empêchent la Commission de simplifier ses processus. On lui reproche parfois de demander des compléments d'information⁸⁹ ; or, si elle le fait, c'est souvent parce que la Cour d'appel fédérale l'a déjà obligée à rouvrir un dossier précisément parce qu'elle aurait pu demander un tel complément⁹⁰. On voudrait aussi qu'elle s'en tienne davantage aux échéanciers qu'elle établit, alors que la cour l'a désavouée pour avoir limité le dépôt d'un complément de preuve et de plaidoirie par un intéressé qui s'était tenu à l'écart du processus pendant deux années⁹¹.

3) Enfin, une décision récente complique inutilement le fonctionnement d'un des régimes que la Commission administre. Le paragraphe 70.2(1) de la Loi permet à la Commission d'établir les modalités de licence entre un utilisateur et certaines sociétés de gestion. Malgré cela, la Cour suprême a statué que l'utilisateur qui participe à un processus d'arbitrage « ne sera pas responsable en tant que titulaire à moins qu'il ne souscrive expressément aux avantages et aux obligations dont la licence est assortie »⁹². Certains soutiennent même que les tarifs ne seraient pas « obligatoires » ; on peut s'imaginer le chaos qui s'ensuivrait s'ils devaient avoir raison.

Il serait assez simple d'atténuer l'impact de ces décisions si on le désire. On pourrait limiter la portée de la révision judiciaire en ajoutant une clause restrictive dans la Loi ; préciser le caractère discrétionnaire du pouvoir de la Commission de rechercher un com-

89. Rapport du Sénat, *supra* note 50 à la p 3.

90. *Association canadienne des radiodiffuseurs c Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2006 CAF 337 aux para 18-19.

91. *Netflix Inc c Société Canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2015 CAF 289.

92. *SRRC c SODRAC*, *supra* note 36 au para 108. La phrase précédant ce passage énonce par ailleurs que « si l'utilisateur effectue ensuite des copies non autorisées, il demeurera responsable de la violation ».

plément d'information et de permettre une participation tardive ; clarifier la nature du pouvoir qu'elle exerce en vertu du paragraphe 70.2(1) de la Loi. Ces questions deviendront d'autant plus importantes si on décide d'harmoniser ou de fusionner les régimes que la Commission administre, comme semble le proposer la consultation gouvernementale.

4.2 Les décisions de la Cour suprême en matière de droit d'auteur : le fond

Certaines décisions récentes de la Cour suprême en matière de droit d'auteur sont difficilement compatibles entre elles, avec des arrêts antérieurs (qu'on omet parfois de mentionner), avec l'historique de la Loi et même, avec la logique élémentaire. Trois exemples suffiront pour comprendre pourquoi je tiens à ce que l'examen quinquennal se penche sur la question.

4.2.1 L'arrêt CCH

L'utilisation équitable est permise uniquement aux fins que prévoit la Loi, ce qui n'inclut pas l'utilisation dans une procédure judiciaire. Pourtant, la Cour suprême a semblé indiquer qu'une utilisation à cette fin pourrait aider à établir le caractère équitable de l'utilisation :

la Politique d'accès circonscrit convenablement le service de photocopie de la Grande bibliothèque. Elle ne permet pas que tout ouvrage juridique soit photocopie à n'importe quelle fin. Une demande ne sera acceptée que si l'utilisateur compte utiliser l'œuvre aux fins de recherche, d'étude privée, de critique ou de compte rendu, ou encore pour les besoins d'une instance judiciaire. Voilà qui étaye davantage la thèse de l'utilisation équitable.⁹³

La question mérite d'être éclaircie.

4.2.2 L'arrêt SRC c SODRAC

J'ai déjà mentionné que l'arrêt *SRC c SODRAC* soulève une difficulté d'interprétation par rapport au paragraphe 70.2(1) de la Loi. D'autres difficultés relèvent de la science économique et de la logique.

La décision énonce des principes devant servir à établir la valeur du droit d'auteur. Une juste compensation suppose qu'on

93. *CCH*, *supra* note 87 au para 71.

attribue au titulaire de droits une juste part des bénéfices qu'obtient l'utilisateur⁹⁴. Deux personnes tirant la même valeur de l'utilisation d'un même droit devraient payer le même prix, même si elles utilisent des technologies différentes⁹⁵ ; deux personnes tirant une valeur différente devraient payer un prix différent si elles utilisent des technologies différentes⁹⁶. Lorsqu'elle fixe les redevances pour l'utilisation d'une œuvre dans le cadre d'une nouvelle technologie, la Commission doit tenir compte de facteurs pertinents qui incluent :

les risques pris par l'utilisateur et l'ampleur de son investissement dans la technologie ainsi que la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur dans la nouvelle technologie. La Commission doit évaluer les contributions respectives des risques pris par l'utilisateur et de son investissement, d'une part, et des copies des œuvres protégées par le droit d'auteur, d'autre part, par rapport à la valeur dont profite l'utilisateur.⁹⁷

Tous ces principes seraient censés découler des exigences d'équilibre et de neutralité technologique qui orientent désormais la Loi, son interprétation et son application⁹⁸. L'utilisation des mots « will include » dans la version anglaise semble imposer que la Commission applique ces principes dans tous les cas.

Ces principes font appel à des concepts économiques : compensation, bénéfice, valeur, prix, risque, investissement. Pourtant, ils semblent contredire certaines bases de la science économique. Premièrement, la décision semble arrimer le prix aux bénéfices de l'utilisateur et à la technologie qu'il utilise. Pourtant, dans un marché concurrentiel, deux personnes qui dérivent une valeur différente de l'utilisation d'un même bien paient le même prix pour ce bien, sans égard à la technologie utilisée ou au bénéfice retiré : le prix de la crème est le même, qu'on la verse dans du café ou qu'on s'en serve pour préparer des glaces ; la maison de disques à succès paie les mêmes redevances pour les droits mécaniques que celle qui s'apprête à déposer son bilan. Deuxièmement, la Cour semble faire équivaloir compensation / prix et valeur ; pourtant, prix et valeur sont rarement les mêmes, à moins qu'on ait affaire à un monopoleur discriminant. Troisièmement, la décision paraît sous-estimer à quel

94. *SRC c SODRAC*, *supra* note 36 au para 70.

95. *Ibid.*

96. *Ibid.*, au para 71.

97. *Ibid.*, au para 75.

98. Si les exigences d'équilibre et de neutralité technologique sont devenues à ce point importantes, faut-il s'attendre à ce qu'un tribunal civil applique les principes exposés dans *SRC c SODRAC* pour établir les dommages en matière de violation du droit d'auteur ?

point il est difficile de mesurer le risque que prend celui qui utilise une nouvelle technologie. Pour établir les redevances, faut-il utiliser le risque subjectif ou objectif ? Comme le risque subjectif varie d'une entreprise à l'autre, de quel niveau de risque (médiann, moyen) se sert-on pour établir un tarif ? En matière d'arbitrage, utilise-t-on le risque perçu par l'entreprise faisant l'objet de la procédure, même s'il est sans commune mesure avec la réalité ? Comment tenir compte de l'optimisme ou du pessimisme exagérés, des biais de confirmation et autres effets heuristiques ? Que faire si l'incertitude est telle que le risque ne peut être mesuré ?

Et que dire des effets de recul ? Le risque s'évalue au moment de la prise de décision, pas après que la technologie ait été déployée. Dans l'affaire devant la Cour, la SRC avait entrepris l'adoption d'une technologie nécessitant d'utiliser davantage le droit de reproduction à un certain moment durant les années 1990. La Cour suprême aurait voulu que la Commission, lors des audiences de 2010, remonte dans le temps, avant que la SRC décide d'adopter la nouvelle technologie, pour évaluer soit le risque subjectif perçu par la haute direction à ce moment-là, soit un risque objectif impossible à mesurer à l'époque, avant de prendre en compte ce risque pour établir un prix.

La grille d'analyse qui découle des principes que la Cour énonce laisse aussi à désirer du point de vue de la logique. Dans la mesure où la décision d'établir ou non un prix différent est fonction de deux facteurs, technologie et valeur, il en découle quatre scénarios possibles : (A) technologie différente, même valeur ; (B) technologie différente, valeur différente ; (C) même technologie, même valeur ; (D) même technologie, valeur différente.

La décision tranche (A) et (B). Avançons qu'il est possible de déduire la solution pour (C) : même technologie et même valeur, même prix. Pour (D), ce n'est pas évident : imposer un prix plus élevé à celui qui utilise le même intrant qu'un autre et de la même façon que lui, simplement parce qu'il est en mesure d'extraire une plus grande valeur, équivaut à sanctionner la conduite d'un monopoleur discriminant. Si c'est la conclusion qu'impose la grille d'analyse sur laquelle la décision se fonde implicitement ou si la grille ne permet pas de résoudre (D), alors, dans la mesure où la grille cherche à refléter l'exigence de neutralité technologique, il pourrait être nécessaire de remettre en question soit l'exigence même, soit la façon dont la cour l'a appliquée.

4.2.3 L'arrêt ESA

La pentalogie me laisse perplexe à plusieurs égards. En voici deux qui découlent de l'arrêt *ESA*.

La décision comporte une erreur de droit manifeste. Pour écarter du revers de la main une conclusion de la minorité, la majorité déclare que « cette avenue paraît contraire à l'intention qui a présidé à la création des sociétés de gestion collective à l'origine, le législateur ayant recherché une gestion et une administration efficaces des différents droits d'auteur en application de la Loi »⁹⁹ (Mes italiques). Or, les sociétés de gestion sont établies en vertu du droit général des sociétés, pas en vertu de la Loi. La première a vu le jour en 1925 ; c'est six ans plus tard que la Loi a commencé à réglementer les pratiques tarifaires de cette société-là, et d'aucune autre. Pendant 50 ans, le seul droit dont la gestion collective ait été encadrée par la Loi fut le droit d'exécution de la musique ; la gestion collective des « différents droits d'auteur » auxquels la Cour fait allusion n'attirera pas l'attention du législateur avant 1988¹⁰⁰. La Commission n'exerce toujours pas de contrôle direct sur le fonctionnement des sociétés de gestion¹⁰¹. Le fait que la Cour semble avoir aussi mal compris la législation qu'elle devait interpréter laisse songeur.

La proposition voulant que les alinéas 3(1)a) à j) de la Loi illustrent, sans rien ajouter, les droits de produire, de reproduire, d'exécuter et de publier prévus dans le liminaire du paragraphe 3(1) est particulièrement révélatrice :

Le droit de communication prévu à l'al. 3(1)f) n'est pas non plus un droit *sui generis* qui s'ajoute aux droits généraux énoncés au par. 3(1). La partie introductive définit ce qui constitue le « droit d'auteur ». Elle dispose que le droit d'auteur « comporte » le droit exclusif de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter l'œuvre ou de la représenter en public et de publier une œuvre non publiée. Il s'agit d'une définition exhaustive, car dans sa version anglaise,

99. *ESA*, *supra* note 87 au para 11. Le texte anglais est encore plus limpide : « this seems to us to undermine Parliament's purpose in creating the collective societies in the first place, namely to efficiently manage and administer different copyrights under the Act. » (Mes italiques)

100. *Bouchard*, *supra* note 39 aux pp 265-266. L'expression « société de gestion » ne sera même pas définie avant 1997: LC 1997, c 24 para 1(5). On voit mal comment la Loi pourrait créer les sociétés de gestion sans d'abord dire ce qu'elles sont. Les licences obligatoires prévues dans la Loi jusqu'en 1988 s'appliquaient, qu'on soit ou non en présence de gestion collective.

101. *Bouchard*, *ibid*, aux pp 278 à 285.

le terme « means » en circonscrit la portée. Le texte introductif précise à la fin que le droit d'auteur « comporte, en outre » plusieurs autres droits, qui sont énumérés aux al. a) à i). Partant, les droits énoncés dans la partie introductive constituent l'assise fondamentale du droit d'auteur. Ceux qui font l'objet des alinéas suivants ne sont que des exemples : [...]. Par exemple, le droit de location prévu à l'al. 3(1)i) et auquel renvoie le juge Rothstein entre aisément dans la catégorie générale des droits de reproduction.¹⁰²

Ce passage me semble inconciliable avec l'historique de la Loi et avec la logique élémentaire à plusieurs égards. J'en mentionnerai six¹⁰³ :

1) Jusqu'en 1988, l'alinéa 3(1)f) de la Loi se lisait comme suit :

in case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work by radio communication.	s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie.
--	--

Depuis ce temps, le texte se lit comme suit :

in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication ;	de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ;
---	---

ESA enseigne que :

[...] on ne doit voir dans le remplacement de « radiophonie » par « télécommunication » que l'élargissement des modes de communication d'une œuvre, de sorte qu'aux ondes radio (« au moyen de la radiophonie ») s'ajoutent la câblodistribution puis les nouvelles technologies ultérieures (« au public, par télécommunication »).¹⁰⁴

Si l'alinéa f) tel que libellé *aujourd'hui* n'ajoute rien au droit d'exécution tel qu'on le connaît depuis 1924, alors l'« élargissement » auquel on a procédé en 1988 n'a rien ajouté au droit d'exécution.

102. *ESA, supra* note 87 au para 42.

103. Je note en passant que le juge Rothstein, s'exprimant pour la minorité, offre la seule interprétation raisonnable des mots « en outre », dans la version française du liminaire du paragraphe 3(1), qui soit compatible avec la version anglaise : *ibid.*, au para 92.

104. *ESA, supra* note 87 au para 25.

L'alternative voudrait qu'une modification à une disposition qui n'a jamais eu pour objet d'ajouter quoi que ce soit à l'assise fondamentale du droit d'auteur l'ait néanmoins élargie.

2) Entre 1993 et 1997, le paragraphe 3(4) de la Loi¹⁰⁵ prévoyait que :

<p>For purposes of subsection (1), <i>the act of communicating a work to the public by telecommunication does not constitute the act of performing or delivering the work in public</i>, nor does it constitute an authorization to do the act of performing or delivering the work in public.</p>	<p>Pour l'application du paragraphe (1), <i>le fait de communiquer une œuvre au public par télécommunication ne constitue ni le fait de représenter, d'exécuter ou de débiter celle-ci en public</i> ni leur autorisation.</p>
--	--

Par conséquent, entre 1993 et 1997, la Loi aurait prévu explicitement que ce qui a toujours fait partie du droit d'exécution en était exclu.

Je n'arrive pas plus à concilier l'arrêt *ESA* avec l'article 2.3 de la Loi, qui prévoit depuis 1997 que :

<p><i>A person who communicates a work or other subject-matter to the public by telecommunication does not by that act alone perform it in public, [...]</i></p>	<p><i>Quiconque communique au public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur ne les exécute ni ne les représente en public de ce fait, [...]</i></p>
--	--

3) Le deuxième paragraphe du paragraphe 2.2 (1) de la Loi [alinéa 2.2(1)c) de la version anglaise] exclut de la définition de publication :

<p>the performance in public, or the communication to the public by telecommunication, of a literary, dramatic, musical or artistic work or a sound recording</p>	<p>[...] la représentation ou l'exécution en public d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ou d'un enregistrement sonore, leur communication au public par télécommunication ou l'exposition en public d'une œuvre artistique.</p>
---	--

105. LC 1993, c 44 para 55(3). (Mes italiques)

L'élément d'un tout ne peut être une alternative (« or »), et donc un ajout, au tout qui le contient déjà entièrement. Par ailleurs, jusqu'en 1993, la disposition précitée excluait l'exécution sans mentionner la communication. Si le droit de communication est inclus dans le droit d'exécution, à quoi sert l'ajout de cette mention ? Par contre, l'ajout tombe sous le sens si le paragraphe 3(4), ajouté à la Loi en même temps que la mention¹⁰⁶ veut bien dire que l'exécution et la communication sont des droits distincts.

4) Le droit de location prévu à l'alinéa 3(1)i) « entre[rait] aisément dans la catégorie générale des droits de reproduction. »¹⁰⁷ On ne fait pas de copie additionnelle quand on loue un CD ou un film ; or, il n'y a pas reproduction sans copie additionnelle¹⁰⁸. Je n'arrive pas à concilier ces deux énoncés.

5) Le droit d'exposer une œuvre artistique prévu à l'alinéa 3(1)g) de la Loi ne vise que les œuvres créées après le 7 juin 1988. Comment une disposition censée ne rien changer à l'assise fondamentale du droit d'auteur peut-elle en restreindre l'application, de façon rétroactive ? À l'évidence, en ajoutant l'alinéa g), le législateur pensait étendre la portée du droit d'auteur pour l'avenir, pas la restreindre pour le passé.

6) L'alinéa 3(1)j) de la Loi, ajouté en 2012¹⁰⁹, prévoit que le droit d'auteur comprend :

<p>in the case of a work that is in the form of a tangible object, to sell or otherwise transfer ownership of the tangible object, as long as that ownership has never previously been transferred in or outside Canada with the authorization of the copyright owner.</p>	<p>s'il s'agit d'une œuvre sous forme d'un objet tangible, d'effectuer le transfert de propriété, notamment par vente, de l'objet, dans la mesure où la propriété de celui-ci n'a jamais été transférée au Canada ou à l'étranger avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur.</p>
--	---

Si ce droit est un exemple, sans plus, de ce que prévoit déjà le liminaire du paragraphe 3(1), il faut l'arrimer au droit de produire, de reproduire, d'exécuter ou représenter ou de publier. Mais lequel ? Vendre l'objet sur lequel se trouve une œuvre ne la produit pas. La vente n'est pas non plus une reproduction puisqu'il n'y a pas multi-

106. LC 1993, c 44, para 55(3) et art 56.

107. *Ibid.*, au para 42, cité *supra* note 105.

108. *Théberge*, *supra* note 84 aux para 47 et 50.

109. LC 2012, c 20 art 4.

plication. Il n'y a pas d'exécution sans représentation. Il ne peut enfin s'agir d'une publication, puisque l'œuvre peut se présenter sous la forme d'un objet tangible dont la propriété peut être transférée sans que « des exemplaires » aient été mis à la disposition du public.

Si une partie de ce que j'avance est exact, on est en droit de s'interroger sur les fondements mêmes de cet arrêt et d'autres décisions de la Cour suprême.

5. LA LÉGITIMITÉ DES DÉCISIONS DE JUSTICE EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR

[Traduction] Souvent, ce sur quoi la juge Ginsburg et moi divergeons n'a rien à voir avec le fond du litige. [...] Là n'est pas la question, la question qui se pose est bien simplement qui décide, un point c'est tout.

Propos attribué au juge Antonin Scalia de la Cour suprême des États-Unis.¹¹⁰

Dans son introduction à l'ouvrage portant sur la pentalogie dont le sous-titre est « [TRADUCTION] Comment la Cour suprême du Canada a ébranlé les fondements du droit d'auteur canadien », le professeur Michael Geist a une phrase choc : « [TRADUCTION] le droit d'auteur canadien a subi une secousse sismique qui prendra des années à tirer au clair »¹¹¹. Je crois qu'il a raison. Mais à qui revient-il de déplacer les plaques tectoniques du droit d'auteur canadien ? Que la Cour ait ou non eu raison sur le fond, on est en droit de se demander s'il relevait d'elle ou du législateur d'opérer des réformes de cette envergure.

Revient-il à la Cour suprême de déclarer que l'exécution et la communication n'ont toujours fait qu'un alors que la Loi a déjà expressément déclaré le contraire et que cela vide de sens certaines de ses dispositions ? Le législateur peut exiger qu'un organisme de réglementation économique comme la Commission applique des méthodes d'analyse qui ne sont pas des principes économiques ou qui les contredisent. Le juge judiciaire peut-il en faire autant sans se

110. Recontre devant les *Smithsonian Associates* en 2015, en ligne : <<http://gantdaily.com/2016/02/19/scalia-and-the-friars-a-look-at-his-views-on-religion-and-the-law/>>.

111. Michael Geist (réd), *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (Ottawa, University of Ottawa Press, 2013).

fonder sur la Charte ou sur une autre norme supra-législative¹¹² ? La Cour a-t-elle « fai[t] abstraction du sens ordinaire des mots employés par le législateur et [accordé] au titulaire du droit d'auteur la protection qu'elle estime indiquée »¹¹³ ?

Dans notre régime constitutionnel, seul le législateur peut déclarer que le judiciaire a empiété sur ses prérogatives. L'examen quinquennal offre l'occasion de réfléchir sur la question. Sans cette réflexion, les tribunaux pourront conclure sans grand risque à la fois que leurs décisions étaient judicieuses et qu'ils étaient en droit de les rendre.

J'espère que l'examen quinquennal se penchera sur le bien-fondé de certaines décisions de la Cour suprême en matière de droit d'auteur, sur leur compatibilité avec une politique publique judicieuse et sur la légitimité pour d'autres que le législateur d'apporter des changements aussi profonds dans ce domaine du droit. Cela dit, je ne m'attends pas à ce que cela se produise.

CONCLUSION

J'ai expliqué pourquoi l'examen quinquennal de la Loi prévu pour 2017 devrait se pencher sur les décisions récentes de la Cour suprême qui interprètent la Loi. L'examen pourrait aborder bien d'autres questions, y compris s'il devrait être possible d'exclure par contrat des exceptions au droit d'auteur¹¹⁴ et le remplacement de l'utilisation équitable encadrée par la Loi par un « fair use » relevant davantage des tribunaux.

Il revient maintenant au gouvernement et au Parlement de décider ce sur quoi l'examen portera et comment on le fera. Tout cela risque d'être fort intéressant.

112. Ce qui pourrait s'être produit en droit d'auteur pourrait révéler un phénomène beaucoup plus étendu, si la Cour, en le disant ou non, a utilisé des règles pertinentes à l'examen de normes supra-législatives (constitution, charte de droits) dans l'interprétation du droit général (par opposition à l'application des normes comme telles dans l'interprétation du droit général). La question dépasse de loin l'objet du présent article ; elle est néanmoins pertinente à la discussion de l'opportunité de se pencher sur les décisions que j'ai mentionnées.

113. *ESA*, *supra* note 87 au para 122 (le juge Rothstein, dissident).

114. Voir, par exemple, Lucie Guibault, *Copyright Limitations and Contracts* (La Haye, Kluwer Law International, 2002).