

Vol. 26, n° 3

**L'immunité de la Couronne à l'égard  
des lois, la Loi sur le droit d'auteur  
et l'affaire *Manitoba c Canadian  
Copyright Licensing Agency***

**Han-Ru Zhou\***

Introduction . . . . .	825
1. L'immunité de la Couronne à l'égard des lois : une prérogative royale . . . . .	827
2. Dérogations à l'immunité de la Couronne à l'égard des lois . . . . .	831
3. La <i>Loi sur le droit d'auteur</i> lie-t-elle la Couronne ? . . . . .	835
Conclusion . . . . .	838

---

© Han-Ru Zhou, 2014.

\* Professeur adjoint (droit public), Faculté de droit, Université de Montréal. Je tiens à remercier Michel Morin, Danielle Pinard et les évaluateurs anonymes pour leurs commentaires sur ce texte ainsi que Judith Cardin-Poissant pour son aide dans la recherche.

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



## Introduction

De temps à autre, la Constitution canadienne intervient dans le droit de la propriété intellectuelle. L'exemple le plus connu, du moins chez les constitutionnalistes, est probablement l'arrêt *MacDonald c Vapor Canada Ltd*<sup>1</sup>, dans lequel la Cour suprême du Canada a déclaré inconstitutionnel un recours civil en matière de concurrence déloyale créé par la *Loi sur les marques de commerce*. Cet arrêt a largement contribué à l'établissement de l'actuel cadre d'analyse de l'exercice de la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce énoncé au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [« L.c. 1867 »]. Plus récemment, cette même compétence fédérale a été à nouveau invoquée dans l'affaire *Kirkbi AG c Gestions Ritvik Inc*<sup>2</sup> pour défendre la constitutionnalité d'un autre recours civil en matière de concurrence déloyale prévu par la *Loi sur les marques de commerce*. En matière de droit d'auteur, on a déjà questionné la constitutionnalité du système de perception de redevances sur la vente commerciale de supports audio vierges établi par la Partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>3</sup>, au motif qu'il s'agirait d'une taxe contrevenant à l'immunité fiscale à l'égard de la propriété étatique prévue à l'article 125 L.c. 1867 et dont l'adoption n'aurait pas été conforme aux conditions prescrites par les articles 53-54 L.c. 1867<sup>4</sup>. Même le droit à la liberté d'expression, garanti à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a déjà été invoqué, sans succès, en défense à la contrefaçon du droit d'auteur de la Couronne sur un rapport gouvernemental<sup>5</sup>.

L'affaire *Access Copyright*<sup>6</sup> nous ramène sur le terrain constitutionnel. Dans cette affaire, les gouvernements de sept provinces et

1. [1977] 2 RCS 134, 66 DLR (3<sup>e</sup>) 1.

2. 2005 CSC 65, [2005] 3 RCS 302.

3. LRC 1985, c C-42 [L.d.a.].

4. *Société canadienne de perception de la copie privée c Canadian Storage Media Alliance*, 2004 CAF 424, [2005] 2 RCF 654.

5. *R c James Lorimer and Company Ltd*, [1984] 1 CF 1065, 77 CPR (2<sup>e</sup>) 262 (CAF).

6. *Re Loi sur le droit d'auteur, art 70.15(1)*, [2012] DCDA n° 5 (QL) [Access Copyright CDA] conf par *Manitoba c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2013 CAF 91, 358 DLR (4<sup>e</sup>) 563 [Access Copyright CAF].

du Nunavut se sont opposés à des projets de tarif de la Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright »)<sup>7</sup> dans lesquels elle réclamait à ces gouvernements des redevances pour la reproduction d'œuvres de son répertoire faite par les employés de l'État. L'opposition des gouvernements aux projets de tarif était fondée sur l'article 17 de la *Loi d'interprétation*<sup>8</sup> fédérale qui codifie le principe de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois. D'abord débattue devant la Commission du droit d'auteur du Canada, l'affaire a ensuite été entendue par la Cour d'appel fédérale qui, pour la première fois, s'est prononcée sur l'application du principe de l'immunité de la Couronne à l'égard de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans un jugement unanime rendu le 3 avril 2013, la Cour d'appel fédérale confirme la décision de la Commission selon laquelle cette loi lie implicitement la Couronne.

À première vue, l'affaire *Access Copyright* revêt donc davantage les traits d'une question d'interprétation législative que d'ordre constitutionnel. D'ailleurs, dans son jugement en contrôle judiciaire de la décision de la Commission, la Cour d'appel fédérale mentionne « que les demandeurs ont confirmé à l'audience qu'ils n'invoquaient aucun moyen d'ordre constitutionnel »<sup>9</sup>. Cette affirmation aurait été exacte si ces derniers voulaient dire qu'ils ne présentaient aucun argument fondé sur un article des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*. Or, comme le soulignent les juges majoritaires de la Cour suprême dans le fameux *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution* (le renvoi sur le « rapatriement » de la Constitution), le droit constitutionnel canadien inclut bien entendu les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*, mais est aussi formé d'autres règles législatives et de règles de common law. Ces règles de common law, qui sont en principe susceptibles d'être modifiées par la loi, « sont des règles que les tribunaux ont élaborées au cours des siècles dans l'exécution de leurs fonctions judiciaires. Une part importante de ces règles a trait à la prérogative de la Couronne »<sup>10</sup>. Dans la mesure où l'immunité de la Couronne fait partie de la prérogative royale qui elle fait partie de la common law constitutionnelle du Canada, il s'ensuit que les

7. Access Copyright est un organisme sans but lucratif qui gère la reproduction d'œuvres littéraires et artistiques canadiennes publiées et reproductibles en délivrant des licences et en percevant les redevances pour le compte des titulaires du droit d'auteur qui lui sont affiliés (voir *Alberta (Éducation) c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 RCS 345 au para 2).

8. LRC 1985, c I-21 [L.i.f.].

9. *Access Copyright CAF*, supra note 6 au para 27.

10. *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 à la p 876, 125 DLR (3<sup>e</sup>) 1 [*Renvoi sur le rapatriement*].

questions concernant l'immunité de la Couronne sont bel et bien des questions d'ordre constitutionnel.

L'affaire *Access Copyright* offre donc l'occasion de revoir une application concrète de cette dimension non codifiée et quelque peu méconnue du droit constitutionnel canadien, bien qu'essentielle au fonctionnement du système de gouvernement et omniprésente dans l'organisation des rapports entre celui-ci et les citoyens. Plus précisément, le présent commentaire de cette affaire propose une revue des grandes lignes du principe de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois qui a été le principal argument invoqué par les gouvernements dans l'affaire *Access Copyright*. Afin de mieux saisir la nature et la portée de l'immunité de la Couronne, la première partie présentera un bref survol de son évolution historique depuis sa reconnaissance par la common law anglaise jusqu'à sa codification (partielle) dans la loi canadienne. La seconde partie analysera plus en détail les dérogations à l'immunité qui représentent le cœur du débat dans l'affaire *Access Copyright*. La troisième partie examinera comment les tribunaux canadiens ont interprété et appliqué les règles et principes concernant l'immunité de la Couronne à l'égard de la *Loi sur le droit d'auteur*.

## **1. L'immunité de la Couronne à l'égard des lois : une prérogative royale**

Les origines historiques de la prérogative royale remontent au lendemain de la Conquête normande de 1066 où le roi d'Angleterre détient le pouvoir absolu. Toutefois, l'adoption de la *Magna Carta* en 1215 marque le début d'une longue évolution politique et juridique au cours de laquelle le monarque sera graduellement contraint de céder une part croissante de ses pouvoirs, immunités et privilèges. En 1611, la célèbre *Affaire des Proclamations* affirmera que le roi ne peut modifier le droit du pays établi par la loi ou la common law et que, par conséquent, ses pouvoirs et prérogatives ne subsistent que dans les limites juridiques permises<sup>11</sup>. Avec le temps, la presque totalité des pouvoirs royaux finiront par être exercés par le Parlement ou les tribunaux. Aujourd'hui, ce qu'il convient d'appeler la prérogative royale représente les restes de ce pouvoir monarchique jadis absolu. Le constitutionnaliste anglais A.V. Dicey définit la prérogative royale comme étant « le résidu de l'autorité discrétionnaire

---

11. *Case of Proclamations*, [1610] EWHC KB J22, 12 Co Rep 74, 77 ER 1352.

ou arbitraire qui à un moment donné demeure entre les mains de la Couronne. »<sup>12</sup>

Au Canada, on admet que le droit public britannique a été reçu au lendemain de la Conquête de 1760<sup>13</sup>. Selon les juges majoritaires de la Cour suprême dans le *Renvoi sur le rapatriement*, la référence à la constitution du Royaume-Uni dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* signifie que le droit constitutionnel canadien comprend « des aspects de common law du régime constitutionnel unitaire du Royaume-Uni, tels la règle de droit et les prérogatives et immunités de la Couronne »<sup>14</sup>. L'article 9 L.c. 1867 confirme que la Reine continue d'être investie du pouvoir exécutif et donc de détenir sa prérogative royale au Canada. C'est par les *Lettres patentes* de 1947<sup>15</sup>, elles-mêmes un exercice de prérogative royale, que la Couronne impériale a formellement transféré l'ensemble de ses pouvoirs de prérogative royale relatifs au Canada au gouverneur général du Canada (sauf exceptions prévues dans les *Lois constitutionnelles*). Étant donné le principe selon lequel le partage des pouvoirs exécutifs et des prérogatives suit le partage des compétences législatives<sup>16</sup>, les prérogatives royales relatives à chacune des provinces sont détenues par les Couronnes provinciales représentées par leurs lieutenants-gouverneurs respectifs. Précisons que, comme la Couronne n'agit que par l'entremise de ses multiples mandataires, ce sont donc ces derniers qui sont détenteurs des pouvoirs, privilèges et immunités de la Couronne<sup>17</sup>.

Un nombre important de prérogatives royales a survécu jusqu'à aujourd'hui. Pensons notamment à la prérogative royale en matière

12. Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10<sup>e</sup> éd (Londres, Macmillan, 1960) à la p 424, cité et traduit dans François Chevrette et Herbert Marx, *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence* (Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982) à la p 8 [Chevrette et Marx].
13. Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd (Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008) à la p 9 ; Chevrette et Marx, *supra* note 12 aux pp 5-7, 1201 ; Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd, feuilles mobiles mises à jour en 2013, version 1, (Toronto, Thomson Reuters, 2007) aux pp 2-1 à 2-8 [Hogg, *Constitutional Law*].
14. *Renvoi sur le rapatriement*, *supra* note 10 à la p 805.
15. *Lettres patentes constituant la charge de gouverneur général*, LRC 1985, Appendice II, n<sup>o</sup> 31.
16. *Bonanza Creek Gold Mining Co Ltd c Le Roi*, [1916] UKPC 11, [1916] 1 AC 566 à la p 580, cité et traduit dans Chevrette et Marx, *supra* note 12 à la p 538 ; *British Columbia Power Corp c British Columbia Electric Co*, [1962] RCS 642 aux pp 644-45, 34 DLR (2<sup>e</sup>) 196 ; voir aussi L.c. 1867, art 12 et 65.
17. *R c Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 RCS 551 à la p 565, 4 DLR (4<sup>e</sup>) 193 [*Eldorado Nucléaire*] ; *Alberta Government Telephones c Canada (CRTC)*, [1989] 2 RCS 225 à la p 227, 68 Alta LR (2<sup>e</sup>) 1 [AGT].

d'affaires étrangères qui inclut le pouvoir de conclure des traités et d'émettre ou de révoquer des passeports ; à la prérogative royale de clémence ; au pouvoir de nomination, de destitution et de remplacement du Premier ministre ; au pouvoir de convoquer, dissoudre ou proroger le Parlement ou l'assemblée législative<sup>18</sup>. Si l'étendue de ces pouvoirs de prérogative peut paraître surprenante, ils sont largement circonscrits par voie constitutionnelle ou législative et restreints en particulier par la convention constitutionnelle qui veut que le gouverneur général et les lieutenants-gouverneurs exercent leurs pouvoirs (sauf leurs rares pouvoirs dits réservés) sur l'avis de leurs Premiers ministres et de leurs Conseils des ministres respectifs.

La prérogative royale au cœur de l'affaire *Access Copyright* est une immunité de la Couronne. La plus connue d'entre elles est probablement l'immunité de la Couronne contre les poursuites judiciaires, consacrée dans la célèbre expression : « The King can do no wrong ». Tant en Angleterre qu'au Canada, cette immunité a été limitée par la loi à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale<sup>19</sup>. L'affaire *Access Copyright* met en cause une autre forme d'immunité de la Couronne, celle à l'égard des lois. Dès le XVII<sup>e</sup> siècle, le principe de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois aurait été reconnu en droit anglais sous forme de présomption interprétative à travers la maxime « Roy n'est lié par aucune loi si elle n'est expressément mentionnée »<sup>20</sup>. Le bien-fondé de cette maxime a été reconfirmé dans l'arrêt *Province of Bombay v Municipal Corporation of Bombay*. Au nom du Comité judiciaire du Conseil privé, lord du Parcq a énoncé le principe applicable en vertu de la common law selon lequel « aucune loi ne lie la Couronne à moins que celle-ci n'y soit expressément mentionnée »<sup>21</sup>.

18. Pour une liste plus complète des pouvoirs de prérogative royale en contexte canadien, voir notamment Patrice Garant avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant, *Droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd (Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010) ch 1 section III ; Peter W Hogg, Patrick Monahan et Wade K Wright, *Liability of the Crown*, 4<sup>e</sup> éd (Toronto, Carswell, 2011) aux pp 23-24 [Hogg *et al.*, *Liability of the Crown*].

19. Voir *Crown Proceedings Act, 1947* (R-U), 10 & 11 Geo VI, c 44 ; *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, SC 1952-53, c 30 (aujourd'hui *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, LRC 1985, c C-50).

20. Voir Harry Street, « The Effect of Statutes upon the Rights and Liabilities of the Crown » (1948) 7:2 *University of Toronto Law Journal* 357 aux pp 363-64, citant notamment *The Case of a Fine Levied by the King* (1605), 7 Co Rep 32, 77 ER 459.

21. *Province of Bombay v Municipal Corporation of Bombay*, [1946] UKPC 41, [1947] AC 58 à la p 61 [*Bombay*], cité et traduit dans AGT, *supra* note 17 à la p 276.

Selon Pierre-André Côté, on retrouve dans la common law deux formulations de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois : l'une objective et davantage conforme à l'arrêt *Bombay*, qui prévoit que la Couronne n'est pas liée par les lois, et l'autre subjective, qui prévoit que les lois n'ont pas d'effet sur les droits de la Couronne<sup>22</sup>. La formulation subjective de l'immunité de la Couronne a été codifiée dès 1849 dans une loi canadienne préconfédérale<sup>23</sup> et en 1868 dans une loi québécoise<sup>24</sup>. Toutefois, en 1967, le législateur fédéral a ajouté à sa règle sur l'immunité de la Couronne la mention que « nul texte ne lie Sa Majesté », adoptant ainsi une formulation objective de la présomption d'immunité de la Couronne. Ce faisant, la Couronne n'a plus à prouver un droit qui lui est reconnu par la loi ou une prérogative préexistante pour écarter l'application d'une loi<sup>25</sup>. L'amendement de 1967 se retrouve dans la version actuelle de l'article 17 L.i.f. qui se lit comme suit : « Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives. »

L'article 17 L.i.f. s'applique à « Sa Majesté », un terme défini à l'article 35(1) L.i.f. qui comprend : « [l]e souverain du Royaume-Uni, du Canada et de Ses autres royaumes et territoires, et chef du Commonwealth ». Dans le contexte fédéral canadien, la jurisprudence reconnaît que l'article 17 vise également la Couronne provinciale<sup>26</sup>. C'est ainsi que, dans l'affaire *Access Copyright*, l'argument des gouvernements provinciaux fondé sur le principe de l'immunité de la Couronne prévu dans la *Loi d'interprétation* fédérale a été jugé comme étant initialement recevable, sous réserve des dérogations au

22. Pierre-André Côté avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd (Montréal, Thémis, 2009) à la p 249 [Côté].

23. Le paragraphe 5(25) de l'*Acte pour donner une interprétation législative à certains mots employés dans les actes du Parlement, et pour se dispenser de la répétition de certaines dispositions et expressions y contenues, et constater la date et le jour où ils prendront effet, et pour d'autres fins*, S Prov C 1849 (12 Vict), c 10 prévoyait qu'« [a]ucune disposition ou prescription contenue dans tout acte [...] n'affectera [...] les droits de Sa Majesté ».

24. L'article 5 de l'*Acte concernant l'interprétation des Statuts de cette Province*, SQ 1868, c 7, prévoyait que « [n]ul acte n'affecte les droits de la Couronne, à moins qu'ils n'y soient expressément compris ». Aujourd'hui, la règle équivalente se trouve à l'article 42 de la *Loi d'interprétation*, LRQ, c I-16, qui se lit comme suit : « Nulle loi n'a d'effet sur les droits de l'État, à moins qu'ils n'y soient expressément compris. »

25. Côté, *supra* note 22, aux pp 250, 253.

26. Voir notamment *AGT*, *supra* note 17 à la p 274 ; *FIOE c Alberta Government Telephones*, [1989] 2 RCS 318 aux pp 326-27, 68 Alta LR (2<sup>e</sup>) 71 [FIOE] ; *Nova Scotia Power Inc c Canada*, 2004 CSC 51, [2004] 3 RCS 53.



principe. De façon réciproque, l'immunité de la Couronne fédérale à l'égard des lois inclut aussi les lois provinciales<sup>27</sup>.

Le principe de l'immunité de la Couronne ayant été adopté sous forme de présomption interprétative tant par la common law que par la loi, il s'ensuit qu'elle peut être écartée. La prochaine partie examine les façons de l'écartier.

## 2. Dérogations à l'immunité de la Couronne à l'égard des lois

Au Canada, la codification partielle du principe de l'immunité de la Couronne n'a pas eu pour effet d'écartier la common law. Au contraire, non seulement la brève formulation du principe se trouvant à l'article 17 L.i.f. reprend-elle la position de la common law, mais ses applications ne peuvent être comprises et interprétées qu'à la lumière de cette common law. En particulier, les règles et principes concernant l'existence et la portée des dérogations à l'immunité de la Couronne ont été presque entièrement développés par les tribunaux.

---

27. Voir notamment *Gauthier c Le Roi*, [1918] RCS 176 à la p 194, 40 DLR 353 ; *Sa Majesté du chef de l'Alberta c Commission canadienne des transports*, [1978] 1 RCS 61 à la p 72, 2 Alta LR (2<sup>e</sup>) 72 [PWA]. Compte tenu que l'immunité de la Couronne fédérale ou provinciale peut s'étendre aux lois des deux paliers gouvernementaux, il est parfois confondu à tort avec la doctrine de l'exclusivité des compétences, aussi désignée sous le nom de « doctrine de l'immunité interjuridictionnelle », qui, selon la formule consacrée, vise à protéger le « contenu essentiel » d'une compétence législative d'un ordre de gouvernement contre les ingérences provenant de l'autre ordre de gouvernement. A priori, ces deux immunités ont été développées par les tribunaux et ont notamment pour effet de rendre une loi d'un palier gouvernemental inapplicable à l'autre palier gouvernemental. Il semble aussi que le terme « immunité interjuridictionnelle » ait été initialement inspiré par la notion d'immunité de la Couronne. Toutefois, il s'agit bien d'analyses distinctes. En effet, alors que l'immunité de la Couronne est issue de la common law (et est partiellement codifiée dans les lois fédérales et provinciales), la doctrine de l'exclusivité des compétences découle de la théorie générale du partage des compétences établi à la Partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme cette dernière a priorité sur la common law (et sur la *Loi d'interprétation*), il s'ensuit que lorsqu'une loi d'un palier gouvernemental est jugée invalide ou inapplicable à l'endroit de la Couronne de l'autre palier gouvernemental en vertu du partage des compétences, il ne devient évidemment plus nécessaire de poursuivre l'analyse en vertu de l'immunité de la Couronne. Si cette loi est jugée conforme au partage des compétences, on peut alors procéder à l'analyse de l'immunité de la Couronne, délestée du volet relatif au partage des compétences. Cette approche semble préférable dans la mesure où elle évite d'importer dans l'immunité de la Couronne une analyse qui appartient au domaine du partage des compétences. Sur la doctrine de l'exclusivité des compétences, voir en général Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 13 aux pp 15-28 à 15-38.6.

La présomption d'immunité de la Couronne à l'égard des lois peut être écartée de diverses manières. Tout d'abord, le législateur peut évidemment déroger explicitement à cette immunité. D'une part, le législateur peut adopter une loi édictant que la Couronne sera dorénavant liée par toutes les lois, sauf si le texte d'une loi particulière contient une disposition qui écarte la Couronne de son application. Au Canada, la Colombie-Britannique et l'Île-du-Prince-Édouard ont adopté cette approche<sup>28</sup>. D'autre part, en l'absence d'une telle abolition générale de la présomption, le législateur peut adopter une disposition expresse dans une loi particulière énonçant que la Couronne est liée par cette loi. Cette approche a été retenue à maintes reprises en contexte canadien. Par exemple, l'article 2.1 de la *Loi sur les brevets* prévoit que celle-ci « lie Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province »<sup>29</sup>. Au Québec, l'article 54 de la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit que celle-ci « lie l'État ». Toutefois, seule une minorité de lois contiennent une disposition spécifique à cet effet<sup>30</sup>.

Par ailleurs, en vertu de la common law, il est acquis qu'une loi peut être interprétée comme liant implicitement la Couronne. Cette règle interprétative a été confirmée dans l'arrêt de principe *Bombay* où le Conseil privé a affirmé que :

La Couronne, comme on l'a souvent dit, peut être liée « par déduction nécessaire », c'est-à-dire que, s'il ressort du texte même de la loi que le législateur entendait lier la Couronne, le résultat est le même que si cette dernière était expressément mentionnée. Il faut donc en déduire que la Couronne, en acquiesçant à la loi, a accepté d'être liée par ses dispositions. [...] Si l'on peut affirmer qu'au moment où la loi a été adoptée et a reçu la sanction royale, il ressortait clairement de son texte qu'elle serait privée de toute efficacité si elle ne liait pas la Couronne, on peut déduire que la Couronne a accepté d'être liée<sup>31</sup>.

Il semble bien que la Cour suprême ait fini par adopter la position de la common law dans l'interprétation de l'article 17 L.i.f. après une période d'incertitude sur le bien-fondé de la règle de déduction néces-

28. Voir *Interpretation Act*, RSBC 1996, c 238, para 14(1) ; *Interpretation Act*, RSPEI 1988, c I-8, para 14(1).

29. LRC 1985, c P-4, art 2.1.

30. Hogg *et al.*, *Liability of the Crown*, *supra* note 18 aux pp 410-11.

31. *Bombay*, *supra* note 21 aux pp 61, 63, cité et traduit dans *AGT*, *supra* note 17 aux pp 276-77.

saire (ou logique)<sup>32</sup>. Ainsi, dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c CRTC*, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité de la Cour suprême, écrit que :

Il me semble que les termes « mentionnée ou prévue » contenus à l'art. 16 [aujourd'hui l'art. 17 L.i.f.] peuvent comprendre : (1) des termes qui lient expressément la Couronne (« Sa Majesté est liée ») ; (2) une intention claire de lier qui, selon les termes de l'arrêt *Bombay*, « ressort du texte même de la loi », en d'autres termes, une intention qui ressorte lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d'autres dispositions, comme dans l'arrêt *Ouellette*, précité, et (3) une intention de lier lorsque l'objet de la loi serait « privé [...] de toute efficacité » si l'État n'était pas lié ou, en d'autres termes, s'il donnait lieu à une absurdité (par opposition à un simple résultat non souhaité). Ces trois éléments devraient servir de guide lorsqu'une loi comporte clairement une intention de lier la Couronne<sup>33</sup>.

Outre la règle de la déduction nécessaire, d'autres dérogations à la présomption d'immunité de la Couronne à l'égard des lois ont été identifiées dans la jurisprudence. L'une d'entre elles, discutée en *obiter* par la Commission du droit d'auteur dans l'affaire *Access Copyright*, est l'exception de renonciation. Ainsi, le comportement de la Couronne (dans des situations normalement régies par une loi donnée) peut entraîner sa renonciation à l'immunité de la Couronne à l'égard de cette loi. Plus précisément, lorsque la Couronne se prévaut des avantages conférés par une loi, elle accepte d'être liée par les obligations et les restrictions qui présentent un lien « suffisamment étroit » avec ces avantages. Par exemple, dans l'arrêt *Sparling c Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, la Cour suprême a affirmé qu'en devenant actionnaire de plus de 10 % des actions de la

32. Comparer *PWA*, *supra* note 27 (« il me semble au contraire que la 'déduction nécessaire' est exclue s'il faut que la Couronne soit mentionnée ou prévue dans le texte législatif pour y être assujettie » à la p 75) ; *R c Ouellette*, [1980] 1 RCS 568, 111 DLR (3e) 216 (« il est possible que Sa Majesté soit implicitement liée par un texte législatif si telle est l'interprétation que ce texte doit recevoir lorsqu'il est replacé dans son contexte » à la p 575) ; *Eldorado Nucléaire*, *supra* note 17 (« [l'article 16 [maintenant l'article 17] de la *Loi d'interprétation* supprime même l'exception de la déduction nécessaire » à la p 558). Suite à la révision des lois fédérales de 1985, l'expression « sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue » de l'article 16 a été remplacée par l'expression « sauf indication contraire y figurant », alors que le libellé correspondant dans la version anglaise de la règle est passé de « except only as therein mentioned or referred to » à « except as mentioned or referred to in the enactment ».

33. *AGT*, *supra* note 17 à la p 281 ; aussi *FIOE*, *supra* note 26 à la p 328 ; *Friends of the Oldman River c Canada*, [1992] 1 RCS 3 aux pp 52-53, 88 DLR (4e) 1.

compagnie Domtar Inc, la Caisse de dépôt et placement du Québec, un mandataire du gouvernement québécois, a pris avantage de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, entraînant du même coup sa renonciation à l'immunité de la Couronne et l'obligation de respecter l'ensemble des règles régissant les droits des actionnaires prévues par cette loi<sup>34</sup>.

Sur la portée de cette renonciation, l'affaire *Eros – Équipe de Recherche Opérationnelle en Santé Inc c Conseillers en Gestion et Informatique C.G.I. inc* appuie la proposition selon laquelle la renonciation à l'immunité de la Couronne par un de ses mandataires, en l'occurrence un ministre du gouvernement du Québec, s'étend à son ministère ainsi qu'aux autres mandataires de ce ministère qui retirent un avantage de la loi, mais ne s'étendrait pas à l'ensemble de la Couronne. Dans cette affaire, la Régie régionale de la santé et des services sociaux de Québec, mandataire du ministère des Affaires sociales, avait invoqué l'immunité de la Couronne en défense à une poursuite pour violation des droits d'auteur de la demanderesse. Cette dernière a répliqué qu'en se procurant une licence exclusive sur son œuvre littéraire en cause, le ministère a tiré avantage de la *Loi sur le droit d'auteur* et donc renoncé du même coup à son immunité. En donnant raison à la demanderesse, la juge Tremblay-Lamer de la Cour fédérale conclut que : « [l]e MAS [ministère des Affaires sociales] et ses mandataires sont donc liés par les dispositions de la *Loi* et ne peuvent se prévaloir de l'immunité de la Couronne »<sup>35</sup>.

Il convient de souligner que la jurisprudence citée dans la présente partie confirme la proposition selon laquelle la loi fédérale peut lier la Couronne provinciale en l'absence de contestation de la constitutionnalité de la loi. À l'opposé, le pouvoir du législateur provincial de lier la Couronne fédérale ne semble pas avoir été reconnu de façon définitive par la jurisprudence sur le partage des compétences<sup>36</sup>.

Bref, mise à part la dérogation législative expresse, la jurisprudence interprétant la règle prévue à l'article 17 L.i.f. a identifié une série de dérogations implicites au principe de l'immunité de la Couronne. La Couronne sera liée par la loi si une telle intention législative peut être identifiée par déduction nécessaire. La Couronne sera

34. *Sparling c Québec (Caisse de dépôt et de placement du Québec)*, [1988] 2 RCS 1015 à la p 1021, 55 DLR (4<sup>e</sup>) 63.

35. *Eros – Équipe de Recherche Opérationnelle en Santé Inc c Conseillers en Gestion et Informatique C.G.I. inc*, 2004 CF 178 au para 63, 35 CPR (4<sup>e</sup>) 105 [*Eros*].

36. Voir Hogg, *Constitutional Law*, supra note 13 aux pp 10-19 à 10-21.

aussi liée si elle a tiré avantage de la loi, de sorte qu'elle est considérée comme ayant renoncé à son immunité à l'égard des obligations afférentes à cet avantage. La doctrine recense quelques autres cas plus particuliers de dérogation<sup>37</sup>.

La partie suivante examine l'application judiciaire des règles relatives au principe de l'immunité de la Couronne (expliquées dans la présente partie et dans la partie précédente) à l'égard de la *Loi sur le droit d'auteur*.

### 3. La *Loi sur le droit d'auteur* lie-t-elle la Couronne ?

Jusqu'à l'affaire *Access Copyright*, les rares avis concernant l'immunité de la Couronne à l'égard de la *Loi sur le droit d'auteur* semblaient adopter l'idée que celle-ci ne liait pas la Couronne. Dans l'affaire *Eros*, la juge Tremblay-Lamer de la Cour fédérale a d'ailleurs rejeté la prétention de la demanderesse selon laquelle l'article 12 L.d.a. est un indice que la *Loi sur le droit d'auteur* s'applique à la Couronne<sup>38</sup>. Cette disposition se lit comme suit :

Sous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne, le droit d'auteur sur les œuvres préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d'un ministère du gouvernement, appartient, sauf stipulation conclue avec l'auteur, à Sa Majesté et, dans ce cas, il subsiste jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de la première publication de l'œuvre.

La juge cite l'opinion de l'auteur John McKeown qui « énonce que la Couronne peut se prévaloir des droits reconnus à l'article 12 de la Loi sans que cela n'élimine son immunité »<sup>39</sup>. Auparavant, dans un livre blanc publié en 1984 en prévision d'une réforme de la *Loi sur le droit d'auteur*, le gouvernement fédéral a déclaré qu'il est « douteux que la Couronne soit actuellement liée par la *Loi sur le droit d'auteur*.

37. Voir en général Hogg *et al.*, *Liability of the Crown*, *supra* note 18 aux pp 411-56.

38. *Eros*, *supra* note 35 au para 59.

39. *Ibid* au para 60, citant John S McKeown, *Fox's Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3<sup>e</sup> éd (Toronto, Carswell, 2000) à la p 355. Du même auteur, voir aussi *Canadian Intellectual Property Law and Strategy : Trademarks, Copyright, and Industrial Designs* (New York, Oxford University Press, 2010) à la p 245.

Comme il ne s'y trouve rien d'explicite à cet effet, on peut présumer que la Couronne peut utiliser impunément les œuvres des tiers. »<sup>40</sup>

On peut dorénavant penser qu'avec l'affaire *Access Copyright*, l'incertitude juridique sur la question de l'immunité de la Couronne à l'égard de la *Loi sur le droit d'auteur* a été levée. Si cette affaire s'est rendue jusqu'en Cour d'appel fédérale, l'essentiel de l'analyse juridique sur la question se trouve dans la décision de la Commission du droit d'auteur du Canada.

Après avoir déterminé que la présomption d'immunité de la Couronne est a priori applicable à la *Loi sur le droit d'auteur*, la Commission examine si cette présomption a été écartée par le législateur. Comme cette loi ne lie pas expressément la Couronne, le débat s'est porté sur la question de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur* peut lier la Couronne par déduction nécessaire.

L'analyse de la Commission s'attarde d'abord sur l'article 12 L.d.a. ainsi que sur les exceptions à la violation du droit d'auteur « pour certaines utilisations par la Couronne d'œuvres et autres objets de droit d'auteur »<sup>41</sup>. Invoquant notamment l'affaire *Eros*, les gouvernements ont soutenu que l'article 12 *in limine* exprime le maintien de l'immunité de la Couronne à l'égard de la *Loi sur le droit d'auteur*. Selon la Commission, l'article 12 doit être interprété à la lumière de l'article 89 L.d.a. qui prévoit notamment que « Nul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ». Ainsi, elle exprime l'avis que : « [s]i ce n'était du préambule de l'article 12, l'article 89 aurait pour effet d'éliminer tous les droits d'auteur subsistants de la Couronne fondés sur la common law »<sup>42</sup>. La Commission souligne que ce droit d'auteur de la Couronne « vise beaucoup d'œuvres qui ne sont pas préparées ou publiées sous la direction ou surveillance de Sa Majesté, comme les décisions judiciaires. »<sup>43</sup> Il s'ensuit que la raison d'être des premiers mots de l'article 12 est de préserver la prérogative royale en matière de droit d'auteur, plutôt que de reconnaître le principe de l'immunité de la Couronne. Au surplus, fait

40. Canada, Ministère de la Consommation et des Corporations et Ministère des Communications, *De Gutenberg à Télidon : livre blanc sur le droit d'auteur propositions en vue de la révision de la Loi canadienne sur le droit d'auteur* par Judy Erola et Francis Fox (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984) à la p 72.

41. *Access Copyright CDA*, *supra* note 6 au para 56.

42. *Ibid* au para 52.

43. *Ibid* au para 50.

valoir la Commission, l'interprétation de l'article 12 proposée par les gouvernements ferait double emploi avec l'article 17 L.i.f.

La Commission procède ensuite à l'analyse des nombreuses autres exceptions à la violation du droit d'auteur en faveur de la Couronne prévues dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Par exemple, l'alinéa 45(1)b) permet l'importation pour usage gouvernemental d'exemplaires (produits avec le consentement du titulaire du droit d'auteur) d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur. L'article 29.4 permet sous certaines conditions la reproduction d'œuvres à des fins pédagogiques par un établissement d'enseignement, lequel inclut, aux termes de l'article 2, des émanations de la Couronne fédérale ou provinciale exerçant une autorité sur l'enseignement et la formation. L'article 30.5 permet au bibliothécaire et archiviste du Canada de faire certaines reproductions d'œuvres ou d'autres objets du droit d'auteur. Aux yeux de la Commission, la quantité de ces exceptions en faveur de la Couronne ainsi que le détail apporté par le législateur dans leur libellé appuient l'interprétation selon laquelle la Couronne ne bénéficie pas d'une immunité générale relative à la *Loi sur le droit d'auteur*.

Dans une portion plus « pragmatique » de son analyse, la Commission souligne que l'application du principe de l'immunité de la Couronne à l'égard de la *Loi sur le droit d'auteur* « porterait un dur coup à la capacité de faire respecter les droits des auteurs »<sup>44</sup>. Elle empêcherait à toutes fins pratiques « la perception de redevances pour l'utilisation par la Couronne d'œuvres protégées »<sup>45</sup>. L'immunité de la Couronne s'étendrait aussi à ses mandataires fédéraux et provinciaux « détenant et utilisant une quantité importante d'objets de droit d'auteur protégés », notamment CBC/Radio-Canada, Téléfilm Canada, l'Office national du film et plusieurs autres organismes semblables<sup>46</sup>. Selon la Commission, l'immunité de la Couronne doit être appliquée de façon compatible avec le rôle moderne du gouvernement et l'importance de la *Loi sur le droit d'auteur* dans l'activité gouvernementale milite en faveur de l'assujettissement de la Couronne à cette loi.

Malgré sa conclusion que la *Loi sur le droit d'auteur* lie la Couronne de façon générale par déduction nécessaire, la Commission décide tout de même de se prononcer sur l'argument fondé sur

44. *Ibid* au para 73. Sur les arguments pragmatiques d'interprétation législative, voir Côté, *supra* note 22 ch 5.

45. *Access Copyright CDA*, *supra* note 6 au para 70.

46. *Ibid*.

l'exception de renonciation à l'immunité. En s'appuyant sur les principes énoncés dans l'arrêt *Sparling c Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, la Commission conclut que les gouvernements provinciaux et territorial ont renoncé à l'immunité de la Couronne à l'égard de l'ensemble de la *Loi sur le droit d'auteur* en raison de leur conduite depuis son adoption, incluant leur utilisation fréquente de plusieurs dispositions à leur avantage<sup>47</sup>.

La décision de la Commission a fait l'objet d'une demande en contrôle judiciaire devant la Cour d'appel fédérale dans laquelle les demandeurs ont réitéré leurs arguments rejetés par la Commission. Dans un jugement unanime de cette Cour, la juge Gauthier rejette la demande. Essentiellement, le jugement reprend les grandes lignes de l'analyse de la Commission concernant l'immunité de la Couronne et la règle de la déduction nécessaire ou logique. Après avoir reconnu l'existence de cette règle dans sa formulation tirée des arrêts *AGT* et *Bombay*, la juge Gauthier confirme l'interprétation de la Commission des articles 12 et 89 L.d.a. ainsi que des nombreuses exceptions aux droits d'utilisation en faveur de la Couronne et de ses mandataires<sup>48</sup>. Comme la Commission, la juge Gauthier note que plusieurs de ces exceptions sont très détaillées et « assorties de conditions qui seraient illogiques en l'absence d'intention claire de lier la Couronne. »<sup>49</sup> La juge Gauthier conclut que « le libellé clair de la Loi et la logique m'amènent[,] immanquablement, par déduction logique, à conclure que le législateur voulait clairement lier la Couronne du chef du Canada et des provinces »<sup>50</sup>.

## Conclusion

Au Canada, le principe de l'immunité de la Couronne rappelle une fois de plus la réception de l'héritage constitutionnel anglais dans ce pays. L'affaire *Access Copyright* fournit une occasion de revoir la nature et la portée de ce principe initialement développé dans la common law anglaise. L'immunité de la Couronne à l'égard des lois relève de la prérogative royale, un ensemble de pouvoirs et d'avantages légaux représentant le reliquat de l'ancienne autorité monarchique anglaise. Aujourd'hui, le principe de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois est codifié dans la *Loi d'interprétation*

47. *Ibid* aux para 85-87.

48. *Access Copyright* CAF, *supra* note 6 aux para 35-47.

49. *Ibid* au para 39.

50. *Ibid* au para 48.



fédérale et dans la plupart des lois d'interprétation provinciales. Comme c'était le cas en vertu de la common law, ce principe revêt la forme d'une présomption interprétative selon laquelle une loi ne peut lier la Couronne ou, à tout le moins, ne peut porter atteinte aux droits de la Couronne sauf indication législative contraire. En l'absence de disposition législative expresse liant la Couronne, le principe de l'immunité de la Couronne peut aussi faire l'objet d'une série de dérogations implicites principalement développées par la common law. L'une d'entre elles au cœur de l'affaire *Access Copyright* est la règle de la déduction nécessaire selon laquelle la loi peut exprimer une volonté implicite de lier la Couronne. Jusqu'à cette décision, l'application de l'immunité de la Couronne à l'égard de la *Loi sur le droit d'auteur* demeurait incertaine. Dans cette affaire, tant la Commission du droit d'auteur du Canada que la Cour d'appel fédérale ont unanimement décidé que, par application de la règle de la déduction nécessaire, la *Loi sur le droit d'auteur* a écarté le principe de l'immunité de la Couronne. Par conséquent, les gouvernements sont liés par cette loi et doivent notamment s'acquitter des redevances que perçoit Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire.

Au-delà du rappel de l'existence de l'immunité de la Couronne en droit canadien, l'affaire *Access Copyright* touche la question de la pertinence du principe dans la société d'aujourd'hui. Parmi les raisons invoquées par les nombreuses voix qui s'élèvent contre l'immunité de la Couronne, sont souvent citées les remarques suivantes du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R c Eldorado Nucléaire Ltée* :

Il semble y avoir une contradiction avec les notions fondamentales de l'égalité devant la loi. Plus le gouvernement intervient dans les activités que l'on considérait autrefois réservées au secteur privé, plus il est difficile de comprendre pourquoi l'État doit être ou devrait être dans une situation différente de celle des citoyens<sup>51</sup>.

Par ailleurs, dans le contexte fédéral du Canada, la juge Deschamps, au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *Québec (PG) c Canada (R.H.D.S.)*, souligne que la présomption d'immunité de la Couronne à l'égard des lois aurait historiquement bénéficié davantage au gouvernement fédéral qu'au gouvernement provincial<sup>52</sup>. Tout en reconnais-

51. *Eldorado Nucléaire*, supra note 17 à la p 558.

52. *Québec (PG) c Canada (R.H.D.S.)*, 2011 CSC 60, [2011] 3 RCS 635 aux para 14-15.

sant le rôle sans contredit distinct de l'État dans la société (qui ne saurait être systématiquement traité sur le plan juridique au même titre que ses citoyens) de même que les importantes conséquences d'une modification de la règle prévue à l'article 17 L.i.f., il semble donc que le « fardeau » de prouver la pertinence de cette présomption incombe désormais à la Couronne.