

Vol. 35, n° 1

**Interprétation du *stare decisis*
découlant de la décision *SOCAN*
c. *Entertainment Software*
Association (2022)***

Mistrale Goudreau**

RÉSUMÉ/ABSTRACT	183
INTRODUCTION	185
I- LE CADRE D'ANALYSE DES PRÉCÉDENTS	185
A- L'incertitude liée aux concepts de <i>stare decisis</i> , <i>ratio decidendi</i> et <i>obiter dictum</i>	186
B- La force contraignante du précédent	190
II- L'ANALYSE DE LA DÉCISION <i>ESA</i> (2022)	192
CONCLUSION	203

© Mistrale Goudreau, 2023.

* Cet article rend hommage à Laurent Carrière, qui a été rédacteur en chef des *Cahiers de propriété intellectuelle* pendant plus de 20 ans et qui en est maintenant président. L'auteure remercie ses assistants, Charles-Etienne Levesque et Catherine Lee Kushneryk, pour leur collaboration.

** Professeure, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

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

RÉSUMÉ

L'article s'intéresse à l'autorité des décisions judiciaires à la lumière des observations faites en 2022 par les juges de la Cour suprême du Canada sur la théorie du *stare decisis* et, en tenant compte de ces commentaires, discute des répercussions de la décision *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Entertainment Software Association*, 2022 CSC 30 sur le droit d'auteur canadien.

ABSTRACT

The article examines the authority of judicial decisions in light of the opinions issued in 2022 by the justices of the Supreme Court of Canada on the theory of *stare decisis* and, with those comments in mind, discusses the impact of the decision *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Entertainment Software Association*, 2022 SCC 30 on Canadian copyright law.

MOTS CLÉS

Stare decisis – *Ratio decidendi* – *Obiter dictum* – Mise à la disposition – Autorisation

INTRODUCTION

Au cours de l'année 2022, plusieurs juges de la Cour suprême du Canada ont émis des opinions sur l'usage du précédent en droit canadien¹. Ces affirmations sont sans aucun doute importantes pour toute personne voulant établir l'état du droit sur une question juridique au Canada. Cet article se propose d'exposer brièvement ce cadre d'application des précédents judiciaires et de mettre en lumière certaines incertitudes qui en découlent à l'aide d'une analyse de la récente décision *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Entertainment Software Association*² (ci-après appelée « *ESA (2022)* ») au regard du droit d'auteur canadien³.

I- LE CADRE D'ANALYSE DES PRÉCÉDENTS

Nous exposons ici sommairement le cadre d'application des précédents, tel qu'il a été énoncé par les juges de la Cour suprême dans deux décisions de 2022 : *R. c. Sullivan*⁴, décision unanime de la Cour, et *R. c. Kirkpatrick*⁵, où quatre juges (ci-après appelés « juges

1. La question du *stare decisis* en droit québécois ne sera pas traitée ici puisqu'elle demande une réflexion approfondie sur l'histoire du droit québécois façonné par la présence concomitante du droit civil et de la common law. Sur la question, voir notamment : Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « By Reason of Authority or by Authority of Reason », (1993) 27 *U.B.C.L. Rev.* 1 ; Albert MAYRAND, « L'autorité du précédent au Québec », (1994) 28-2/3 *Revue juridique Thémis* 771 ; W. FRIEDMANN, « Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec », (1953) 31 *R. du B. can.* 723 ; Charlotte LEMIEUX, « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste », (1998-1999), 29 *RDUS* 223 ; Rosalie JUKIER, « Inside the Judicial Mind: Exploring Judicial Methodology in the Mixed Legal System of Quebec », (2011) 6 *J. Comp. L.* 54 ; Sylvette GUILLEMARD, « Vérité judiciaire et *stare decisis* en droit privé québécois », (2020) 19 *Clio@Themis*, en ligne : <<https://doi.org/10.35562/clio.themis.198>>. Sur la distinction *ratio/orbita*, voir Mathieu DEVINAT, « L'autorité des *obiter dicta* de la Cour suprême », (1998) 77 *R. du B. can.* 1 et Mathieu DEVINAT, « The Trouble with Henry: Legal Methodology and Precedents in Canadian Law », (2006), 32 *Queen's L.J.* 278.
2. 2022 CSC 30 (ci-après « *ESA (2022)* »).
3. Nous ne traiterons pas dans cette capsule des parties de la décision se prononçant sur la norme applicable au contrôle des décisions de la Commission du droit d'auteur du Canada, qui relève plus du droit administratif.
4. 2022 CSC 19.
5. 2022 CSC 33.

minoritaires ») écrivent des motifs conjoints concordants expliquant en quelles circonstances la Cour suprême peut renverser l'un de ses propres précédents.

Pour comprendre ces décisions, il faut d'abord distinguer entre le *stare decisis* vertical et celui horizontal, distinction à laquelle il est fait référence dans les deux décisions. Le *stare decisis* vertical « exige des tribunaux d'instance inférieure qu'ils suivent les décisions des juridictions supérieures »⁶. La Cour a toutefois par le passé reconnu des exceptions limitées permettant aux juges, même de première instance, de ne pas suivre un précédent⁷. Le *stare decisis* horizontal, lui, vise l'obligation de suivre le précédent d'un tribunal de juridiction équivalente.

Dans les deux cas, il faut déterminer ce en quoi consiste le précédent, c'est-à-dire ce qu'est le *ratio decidendi*, la *raison* de la décision⁸, c'est-à-dire les motifs déterminants⁹, les distinguant des *obiter dicta*, ces remarques incidentes non essentielles à la solution retenue par la cour.

A- L'incertitude liée aux concepts de *stare decisis*, *ratio decidendi* et *obiter dictum*

Sur les notions de *stare decisis*, *ratio decidendi* et *obiter dictum*, la Cour suprême a aussi fait des déclarations très révélatrices, cette fois-ci en 2005 dans *R. c. Henry*¹⁰. Selon l'opinion classique en common law, une décision « ne fait autorité qu'à l'égard des questions

6. *Id.*, par. 178, citant Canada (*Procureur général*) c. *Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 42 et 44 ; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44 ; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 26 et 41.

7. La Cour formule ainsi les exceptions : « lorsqu'une nouvelle question juridique se pose ; et [...] lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve "change radicalement la donne" ». (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 42 ; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44).

8. Les common lawyers parlent de « reason for deciding » : Rupert CROSS et James Williams HARRIS, *Precedent in English Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon, 1991, p. 39.

9. *Id.*, p. 52, citant Eugene WAMBAUGH, *Study of Cases*, 2^e éd., Boston, Little, Brown, and Company, 1894 : « In short, when a case turns only on one point, the proposition or doctrine of the case, the reason for the decision, the *ratio decidendi*, must be a general rule without which the case must have been decided otherwise. »

10. [2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76.

qu'elle tranche effectivement »¹¹, questions intimement liées aux faits matériels établis ou présumés établis dans la cause¹². C'est ainsi que le common lawyer classique déterminerait la *ratio decidendi* en identifiant les faits matériels et en cernant les raisons déterminantes du jugement. Est-ce que toutes les autres affirmations faites dans le jugement seraient des *obiter dicta*¹³ ? La Cour suprême, dans la cause *R. c. Henry*, rejette la thèse de la dichotomie¹⁴, estimant qu'il n'y a pas de démarcation nette entre la *ratio decidendi* et les *obiter dicta*¹⁵. Le poids de ces remarques incidentes serait au contraire variable :

Leur poids diminue lorsqu'elles s'éloignent du strict *ratio decidendi* pour s'inscrire dans un cadre d'analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité. Au-delà, il s'agira de commentaires, d'exemples ou d'exposés qui se veulent utiles et peuvent être jugés convaincants, mais qui ne sont certainement pas « contraignants » [...]¹⁶

Il devient donc nécessaire de cerner quelles sont ces remarques suffisamment liées aux motifs déterminants de la Cour pour entrer dans le précédent qui lie les tribunaux et être ainsi contraignantes.

L'approche décrite par la Cour soulève deux difficultés. D'abord, il faut déterminer si les affirmations proches du *ratio* strict, qui sont présumément liées aux faits particuliers de l'affaire, peuvent valoir comme précédent pour des questions plus larges soulevées dans d'autres contextes. Encore en 2022, la Cour a réaffirmé qu'une décision peut ne pas être contraignante s'il est possible de la distinguer au vu des faits en cause¹⁷. Toutefois, dans *R. c. Kirkpatrick*, les juges de la Cour suprême n'ont pu s'entendre sur ce point. Les quatre juges minoritaires ont estimé que dans les affaires visant une interprétation

11. Voir le paragraphe 53 de *R. c. Henry, id.*, citant les propos du comte Halsbury, dans la décision *Quinn c. Leathem*, [1901] A.C. 495 (H.L.), p. 506.

12. *Id.* ; Glanville WILLIAMS, *Learning the Law*, 9^e éd., London, Stevens, 1973, p. 67-68.

13. La question demande une réponse complexe accordant des degrés variables d'autorité aux *dicta* : R. CROSS et J.W. HARRIS, *supra*, note 8, p. 75 et s.

14. *R. c. Henry, supra*, note 10, par. 52.

15. *Id.*, par. 52.

16. *Id.*, par. 57. La Cour, au paragraphe 53, donne en exemple la méthode d'analyse téléologique générale pour l'application de l'article premier de la Charte établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, qui, bien qu'il aille au-delà de ce qui était nécessaire pour rendre le jugement, était censée avoir valeur de précédent liant les tribunaux.

17. *R. c. Sullivan, supra*, note 4, par. 86.

législative, il faut appliquer largement le précédent, de manière à ce qu'il y ait application uniforme de cette interprétation¹⁸, alors que les cinq autres juges ont estimé que les faits de l'arrêt précédent et la question juridique particulière qui y avait été soulevée permettaient de le distinguer de l'affaire en cause¹⁹.

En deuxième lieu, les tribunaux n'ont ni les ressources, ni le temps de figoler le libellé de leurs énoncés comme le font les législateurs. Compte tenu de la longueur des décisions, qui s'étalent souvent sur des dizaines de pages, il est statistiquement improbable qu'aucune affirmation ne sera ambiguë ou propice à des interprétations divergentes. On trouve une telle situation de déclaration problématique dans la décision *R. c. Ferguson*²⁰, qui attirera l'attention de la Cour dans *R. c. Sullivan*.

Dans *R. c. Ferguson*, la Cour devait déterminer si une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prévue pour un homicide involontaire coupable constituait une peine cruelle et inusitée interdite par l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹ et rendue inopérante par le jeu de l'article 52 de la même Charte. Elle devait aussi déterminer si la Charte permettait, tout en maintenant la disposition valide, d'accorder des exemptions constitutionnelles à certains contrevenants. Les juges, unanimes, conclurent à la constitutionnalité de la peine minimale et, sur la deuxième question, pourtant rendue non nécessaire en l'espèce vu la première conclusion, la Cour a déclaré :

[65] La présence du par. 52(1) et de son libellé obligatoire permet de croire que les rédacteurs de la Charte voulaient que les dispositions législatives inconstitutionnelles soient inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité, et non qu'elles restent en vigueur sous réserve de l'octroi d'une réparation discrétionnaire accordée au cas par cas : voir [*Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69], la juge Wilson. Lorsqu'il est satisfait aux conditions permettant la dissociation ou une interprétation large, les tribunaux peuvent corriger l'incompatibilité plutôt que d'invalidier globalement la disposition contestée : [*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 ;

18. *R. c. Kirkpatrick*, *supra*, note 5, par. 127.

19. *Id.*, par. 85.

20. 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96.

21. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1892*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) (ci-après la « Charte »).

R. c. Sharpe, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45]. Lorsque cela n'est pas possible – comme c'est le cas pour une peine minimale obligatoire inconstitutionnelle –, la disposition inconstitutionnelle doit être invalidée. La question est renvoyée au législateur pour qu'il révisé la loi, s'il décide de le faire, de sorte qu'elle n'ait plus d'effets inconstitutionnels. Dans les deux cas, la réparation accordée est celle prévue par l'art. 52 qui rend la disposition inconstitutionnelle inopérante dans la mesure de son incompatibilité. Dans la mesure où une disposition législative est inconstitutionnelle, elle n'est pas simplement inapplicable dans l'affaire en cause. Elle est inopérante et, de fait, retirée du corpus législatif. (Nos soulignements)

La dernière phrase fut interprétée par certains (mais non par tous !) comme signifiant que la déclaration d'invalidité vaut alors pour toutes les causes futures au Canada²², la disposition étant juridiquement « retirée » des recueils de lois²³. La question fut finalement examinée par la Cour suprême dans *R. c. Sullivan*, qui rejeta cette théorie. Elle écrit :

[53] Cela dit, l'arrêt *Ferguson* ne change rien au fait que la déclaration [d'inconstitutionnalité] demeure un exercice du pouvoir judiciaire par lequel un juge tranche une question de droit. Ainsi, la décision sur cette question de droit fait autorité *erga omnes* en tant que précédent, selon les règles ordinaires du *stare decisis* et non parce que la disposition a vraiment été retirée du corpus législatif. (Nos soulignés)

Traitant du *stare decisis* horizontal, qui doit ainsi guider les cours de première instance, notamment sur ce cas d'inconstitutionnalité d'une disposition, elle précise :

22. Voir par exemple *R. v. Scarlett*, 2013 ONSC 562, par. 41. Sur l'analyse de la question, voir : Han-Ru ZHOU, « *Erga Omnes or Inter Partes? The Legal Effects of Federal Courts' Constitutional Judgments* », (2019) 97-2 *R. du B. can.* 277 ; Alexandre MARCOTTE, « A Question of Law: (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of *Stare Decisis* », (2021) 42:1 *National Journal of Constitutional Law* 1.

23. Répétant l'expression « effectively removed from the statute books » : *R. v. Sarmales*, 2017 ONSC 1869, par. 10-11 ; *R. v. McCaw*, 2018 ONSC 3464, par. 70-71. Que ce passage de la décision ait un grand poids semble avoir été accepté par les commentateurs : voir notamment A. MARCOTTE, *supra*, note 22, 13-14 ; Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Canada Law Book, 2014, § 14:14.

[75] [...] Les tribunaux de première instance ne devraient s'écarter des décisions faisant autorité rendues par un tribunal de juridiction équivalente que dans trois situations précises :

1. La justification d'une décision antérieure a été compromise par des décisions subséquentes de cours d'appel ;
2. La décision antérieure a été rendue *per incuriam* (« par imprudence » ou « par inadvertance ») ; ou
3. La décision antérieure n'a pas été mûrement réfléchie, c.-à-d. qu'elle a été prise dans une situation d'urgence (« *exigent circumstances* »).

L'affirmation équivoque qui avait été faite dans l'arrêt *Ferguson* est donc mise de côté :

[54] Je me contenterai donc de lire les propos de la Cour dans l'arrêt *Ferguson* comme une figure de style utile au lieu de les prendre au pied de la lettre. La juge en chef McLachlin a cherché à démontrer qu'en ce qui a trait au litige en matière de réparation dont était saisie la Cour dans cette affaire, la disposition législative était inconstitutionnelle *erga omnes* et non au cas par cas, et ce, en application du par. 52(1) plutôt que du par. 24(1) de la Charte.²⁴

La lecture d'une décision demande donc d'écarter ce qui ne serait que des « figures de style ». Bref, de toutes ces observations faites par les juges de la Cour suprême, on peut conclure que l'analyse d'une décision doit être des plus minutieuses : il faut trouver les motifs « déterminants », soit la *ratio decidendi*, incluant les remarques qui y sont intimement liées, écarter les propos qui s'en éloignent « trop » (qui sont, eux, non contraignants) et faire abstraction des « figures de style », qui, présument, n'ont aucun poids.

B- La force contraignante du précédent

Il faut aussi tenir compte de la force du précédent, en évaluant quand un tribunal peut l'écarter ou le renverser. Les décisions *R. c. Sullivan* et *R. c. Kirkpatrick* donnent leur avis à cet égard.

24. *R. c. Sullivan*, *supra*, note 4, par. 54.

Tout d'abord, la réponse dépend du niveau de juridiction. Comme le soulignent les juges minoritaires dans *R. c. Kirkpatrick*, « [p]lus un tribunal se situe à un niveau élevé dans la hiérarchie judiciaire, plus il dispose de latitude pour s'écarter d'un précédent »²⁵. Pour notre analyse de la décision *ESA (2022)*, il est plus opportun de nous concentrer sur le pouvoir de la Cour suprême de renverser l'un de ses précédents²⁶.

Dans *R. c. Kirkpatrick*, les juges minoritaires tirent les conclusions suivantes :

[202] Notre examen de la jurisprudence des 40 dernières années révèle que notre Cour peut, à bon droit, infirmer ses précédents dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

1. La formation de la Cour qui a rendu la décision n'a pas pris en considération un précédent contraignant ou une loi pertinente (« *per incuriam* ») ;
2. La décision s'est révélée inapplicable (« inapplicabilité ») ;
3. Le fondement de la décision a été érodé par un changement sociétal ou juridique important (« érosion des fondements »).²⁷

Les deux dernières circonstances font référence à des développements subséquents à la décision, développements qui érodent ses fondements ou montrent son inapplicabilité. Elles sont donc de moindre utilité pour l'analyse d'une décision récente, comme *ESA (2022)*, rendue le 15 juillet dernier, donc quelques mois à peine avant la publication de cet article. Le premier cas est plus intéressant : quand peut-on dire que la décision a été rendue « *per incuriam* » ? Les juges minoritaires précisent qu'il ne s'agit pas simplement de prétendre que la décision est erronée²⁸. Il faut que les juges, dans

25. *R. c. Kirkpatrick*, *supra*, note 5, par. 179.

26. Sur l'historique de ce pouvoir, voir Lawrence DAVID, « Part II – Horizontal *Stare Decisis* and the *Charter* in the Supreme Court of Canada », (2020) 97 *SCLR* (2d) 27.

27. Assez semblables, somme toute, aux circonstances dans lesquelles un tribunal de première instance peut s'écarter d'une décision faisant autorité rendue par un tribunal de juridiction équivalente : voir *R. c. Sullivan*, *supra*, note 4, par. 53.

28. *R. c. Kirkpatrick*, *supra*, note 5, par. 252.

leurs motifs du précédent à renverser, aient « oublié(é) » un précédent contraignant ou une loi pertinente²⁹. Les juges rajoutent :

[L]a norme servant à établir qu'une décision a été rendue *per incuriam* est élevée. Les parties ne doivent pas se contenter de mentionner un précédent contraignant ou une loi pertinente n'ayant pas été pris en considération dans la décision contestée. Elles doivent démontrer que le jugement aurait été différent si le tribunal avait tenu compte du précédent contraignant ou de la loi pertinente manquants.³⁰

Ayant ces critères à l'esprit, comment doit-on voir la décision *ESA (2022)* ?

II- L'ANALYSE DE LA DÉCISION *ESA (2022)*

Les parties en sont à leur deuxième affaire devant la Cour suprême. Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement sont des associations qui représentent des éditeurs et des distributeurs de jeux vidéo. Des œuvres musicales sont incorporées dans ces jeux vidéo et les reproductions sont dûment autorisées par les titulaires de droit d'auteur. La première controverse vise les droits de communication des œuvres que la SOCAN gère pour le compte des titulaires du droit d'auteur. En effet, il arrive que les copies, au lieu d'être remises en magasin ou par la poste à un client, soient distribuées sur Internet aux utilisateurs qui téléchargent leur copie sur leur ordinateur. Y a-t-il eu alors communication de l'œuvre au public par télécommunication au sens de l'article 3(1)f de la *Loi sur le droit d'auteur*³¹ ? La Cour suprême répond que non, car, selon elle, il y a toujours eu un « lien historique » entre le droit d'exécution ou de représentation et le droit de communication³². Le droit visé à l'article 3(1)f ayant été de tout temps lié au droit d'exécution ou de représentation³³, seule la communication qui mène à une exécution est visée. Ici, la communication mène à une reproduction et l'article 3(1)f ne s'applique pas.

29. *Id.*, par. 205.

30. *Id.*, par. 206.

31. L.R.C. (1985), ch. C-42 (ci-après « LDA »).

32. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, par. 27 (ci-après « *ESA (2012)* »).

33. La Cour en fait écrit : « le verbe “communiquer” employé à l'al. 3(1)f, qui a de tout temps été lié au droit d'exécution ou de représentation [...] » : *ESA (2012)*, *id.*, par. 39.

Presque simultanément au déroulement de la cause dont le jugement est rendu le 12 juillet 2012, le Parlement adopte le paragraphe 2.4(1.1) dans une loi modificatrice³⁴, qui reçoit la sanction royale le 29 juin 2012 et dont les articles qui nous intéressent entrent en vigueur le 7 novembre 2012. La SOCAN verra dans l'adoption du paragraphe 2.4(1.1) une extension du droit de communication ayant préséance sur la décision *ESA* de 2012. Selon elle, le paragraphe obligerait

les utilisateurs comme les services de musique en ligne à payer des redevances à la SOCAN lorsqu'ils mettent des œuvres musicales sur leurs serveurs Internet de manière à ce que leurs clients-utilisateurs puissent y avoir accès, peu importe si les œuvres musicales sont par la suite transmises aux utilisateurs au moyen de téléchargement ou de diffusion, et même si elles ne sont pas transmises.³⁵

Le paragraphe 2.4(1.1) se lit comme suit :

Communication au public par télécommunication

(1.1) Pour l'application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Selon la SOCAN, ce paragraphe ferait en sorte que la mise à la disposition d'œuvres via Internet donne naissance à un droit autonome de réclamer des redevances, en plus des redevances payables lorsque l'internaute y a accès par téléchargement ou diffusion en continu (en « streaming »)³⁶. Deux tarifs seraient donc applicables pour une diffusion en continu sur Internet. Pourtant, normalement, si l'exécution d'une œuvre est transmise à la radio ou à la télévision, un seul tarif s'applique à cette communication. La Cour, dans *ESA (2022)*, rejette à nouveau les arguments de la SOCAN. Elle formule ainsi la question de droit :

34. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur 2012*, L.C. 2012, ch. 20, art. 3 (sanction : 29.06.2012 ; en vigueur 07.11.2012).

35. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, par. 6.

36. *ESA (2022)*, par. 14.

La *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, exige-t-elle que les utilisateurs paient deux redevances pour avoir accès à une œuvre en ligne, même s'ils ne doivent payer qu'une seule redevance pour accéder à cette même œuvre hors ligne ?³⁷

Elle répond par la négative, en précisant au paragraphe 9 :

[9] [...] Si une œuvre est téléchargée ou mise à la disposition du public pour téléchargement, l'al. 3(1)f) ne s'applique pas. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu, puis diffusée en continu ultérieurement, l'al. 3(1) f) ne s'applique qu'une fois.

Ces passages pourraient fort bien être considérés comme l'énoncé du *ratio decidendi*. Toutefois, la Cour expose en une vingtaine de pages les raisons l'ayant amené à cette conclusion, dont bien des passages pourraient être considérés comme faisant « autorité ». Nous ne pourrions pas les signaler tous, mais soulignons que la Cour fait allusion à plusieurs principes, que les juristes devraient accepter comme étant importants en matière de droit d'auteur canadien : le principe de l'équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs³⁸, auquel participe la règle de la dichotomie idée/expression³⁹, le principe de la neutralité technologique⁴⁰, et la présomption de conformité du droit interne aux engagements internationaux du Canada⁴¹. Les tribunaux devront présumément se référer à ces notions, bien que, dans leur application, ces principes laissent énormément de marge de manœuvre au magistrat⁴². La Cour tente aussi d'établir la distinction entre reproduction et représentation, en faisant référence à l'accès temporaire à l'œuvre qu'offre l'exécution, lorsqu'on la compare à la reproduction⁴³. On peut se demander si la technologie et la mise en marché des copies numériques ne va pas mettre à mal cette distinction, compte tenu des limites imposées aux acquéreurs de ces copies⁴⁴, mais cette question demanderait une étude approfondie

37. *Id.*, par. 1.

38. *Id.*, par. 67.

39. *Id.*, par. 68.

40. *Id.*, par. 69.

41. *Id.*, par. 43-48.

42. Voir sur le caractère ambigu et fuyant du principe de neutralité technologique, Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique – Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2012.

43. *ESA (2022)*, *supra*, note 2, par. 56.

44. Pour une illustration des difficultés rencontrées en droit américain, lorsque l'on passe de la copie tangible à l'exemplaire numérique, voir Aaron PERZANOWSKI

qui dépasse largement l'objet du présent texte. Dans notre commentaire, nous aimerions plutôt nous concentrer sur certains passages problématiques de la décision *ESA (2022)*, susceptibles de provoquer des dérapages regrettables. Ils ont trait à deux aspects : d'abord, à l'organisation fondamentale de la LDA et, ensuite, à l'autorisation donnée par une mise à la disposition sur Internet.

Pour soutenir son interprétation du paragraphe 2.4(1.1), la Cour présente sa vision de l'organisation fondamentale de la LDA : selon elle, le paragraphe 3(1) énonce « de manière exhaustive » les trois droits conférés aux auteurs, soit la reproduction, l'exécution et la publication⁴⁵. Ces droits sont des droits distincts et une « activité unique ne peut faire intervenir qu'un seul des trois droits prévus dans cette disposition »⁴⁶. « Les alinéas 3(1)a) à j) donne[raient] donc des "exemples" de ces trois droits généraux [...] »⁴⁷.

Dans le cas en l'espèce, la communication de l'œuvre au public par télécommunication au sens de l'article 3(1)f) serait un exemple d'exécution de l'œuvre prévue dans la section liminaire du paragraphe 3(1)⁴⁸. Cette vision se heurte à plusieurs problèmes. D'abord, regardons le sens ordinaire des mots. Normalement, l'exécution d'une œuvre (qui se produit en la jouant, en l'interprétant) est une façon de communiquer l'œuvre, non l'inverse. La représentation ou l'exécution suppose l'audibilité. La LDA le reconnaît dans sa définition de représentation ou exécution en visant l'activité « sonore » ou « visuelle ». Cela est conforme à une jurisprudence établie de longue date, admise par la doctrine. L'auteur McKeown indique ainsi : « In order to amount to a performance there must be audibility. A musical work is not performed unless it has a recipient upon whose ears it

et Jason SCHULTZ, « Reconciling Intellectual and Personal Property », (2015) 90-3 *Notre Dame L. Rev.* 1211 ; Michael SERINGHAUS, « E-Book Transactions: Amazon "Kindles" the Copy Ownership Debate », (2010) 12 *Yale J. L. & Tech.* 147.

45. *ESA (2022)*, *supra*, note 2, par. 54.

46. *Id.*, par. 55 ; au par. 100, la Cour explicite cette idée :

Cette interprétation n'exige pas que l'acte de mise à la disposition de l'œuvre soit considéré comme une exécution distincte de la transmission subséquente de l'œuvre par la diffusion en continu. L'œuvre est exécutée dès qu'elle est mise à la disposition pour diffusion en continu. Une redevance d'exécution doit être payée à ce stade. Si l'utilisateur profite subséquentement de cette exécution en diffusant l'œuvre en continu, il bénéficie d'une exécution déjà en cours, et non d'une nouvelle exécution.

47. *Id.*, par. 54.

48. *Id.*, par. 54.

falls »⁴⁹, citant *C.A.P.A.C. v. CTV Television Network*⁵⁰ et *Francis, Day & Hunter Ltd. v. Twentieth Century Fox Corp.*⁵¹. Évidemment, la Cour suprême répondra sans doute qu'elle n'est pas tenue de suivre une décision d'un tribunal inférieur (la Cour de l'Échiquier), ni d'un tribunal se prononçant sur le droit étranger (ici britannique). Il semble tout de même que son argument va à l'encontre du sens ordinaire et juridique (découlant de la loi et de la compréhension de la communauté juridique) des mots « exécution » et « représentation »⁵².

De plus, sa vision contredit le libellé de l'article 2.3 LDA qui prescrit :

2.3 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, ni n'est réputé, du seul fait de cette communication, autoriser une telle exécution ou représentation en public.

Comment un acte peut-il être un exemple de ce qu'il n'est pas, *per se*⁵³ ? Certes, l'article 2.3 a été classé dans les dispositions interprétatives, qui ne s'appliquent qu'en l'absence d'indication contraire qui découlerait du contexte⁵⁴. Il nous semble toutefois que le contexte de l'adoption de l'article 2.3 doit aussi être pris en considération. Ce n'est pas la première fois que les tribunaux ont tenté de fusionner exécution et communication par télécommunication. Dans *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*⁵⁵, la Cour d'appel fédérale avait jugé qu'une transmission d'œuvres par des câblodistributeurs constituait des exécutions en public ou des autorisations d'exécutions, car le câblodistributeur devenait « l'exécutant véritable par l'intermédiaire d'un mandataire de bonne foi ou avec l'aide d'un tiers qui, en dernier lieu, allume le téléviseur ». Les commentateurs jugeront que l'article 2.3 « affecte le résultat de ces causes »⁵⁶. Combien de fois un parlement doit-il adopter des modifications législatives pour

49. John S. MCKEOWN, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 2000, p. 477, version en ligne : § 21:42 (ci-après « *Fox on Copyright* »).

50. [1966] 33 Fox Pat. C. 69 (Ex. Ct.), conf. par [1968] R.C.S. 676.

51. [1939] 4 All E.R. 192, p. 196 (P.C.) (Lord Wright).

52. D'autant plus que la Cour précise que le paragraphe 2.4(1.1) n'indique pas qu'on doit accéder à l'œuvre pour qu'elle soit communiquée : *ESA (2022)*, *supra*, note 2, par. 96. Dans ce cas, il n'y a aucune activité « sonore » ou « visuelle ».

53. L'expression « de ce fait » est utilisée à l'article 2.3 LDA.

54. *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, par. 15(2).

55. 1993 CarswellNat 207F, 1993 CarswellNat 207, [1993] 2 F.C. 138.

56. *Fox on Copyright*, *supra*, note 49, p. 479, version numérique : § 21:42.

renverser une interprétation jurisprudentielle qu'il désapprouve ? La décision *ESA (2022)*, qui ne mentionne aucunement l'article 2.3 (ni la définition d'exécution donnée à l'article 2), aurait-elle été rendue « *per incuriam* » ? On peut se demander : le jugement aurait-il été différent si le tribunal avait tenu compte de l'article 2.3 ? Ou faut-il classer les affirmations faites aux paragraphes 54 et 55 du jugement comme des « figures de style », qui ne doivent pas être prises au pied de la lettre ?

La Cour ne semble pas non plus s'intéresser à l'organisation de la section liminaire du paragraphe 3(1) LDA dans ses deux versions et ne s'attarde guère aux conséquences logiques de son interprétation. En effet, la Cour ne traite pas du libellé différent des versions française et anglaise du paragraphe 3(1) LDA. En anglais, on utilise le mot « *includes* » pour introduire les alinéas, ce qui cadre avec la théorie des exemples, mais, en français, on indique que le droit d'auteur « comporte en outre » les droits visés aux alinéas, ce qui en ferait des droits additionnels. Déjà, dans ses motifs dissidents dans l'affaire *ESA (2012)*, le juge Rothstein avait soulevé cette difficulté de la divergence entre les deux versions⁵⁷. Les juges majoritaires dans la décision *ESA (2012)* n'ont pas vraiment traité de l'argument, lisant l'article 3 LDA comme signifiant la même chose dans les deux versions⁵⁸. Dans l'arrêt *ESA (2022)*, la divergence entre les deux versions est aussi passée sous silence. Ce faisant, la Cour escamote la méthode d'interprétation des textes bilingues⁵⁹, qui aurait demandé qu'elle se prononce sur la clarté ou l'ambiguïté de la section liminaire du paragraphe 3(1) et sur l'identification du sens commun restreint du paragraphe (incitant présumément à voir l'ensemble des alinéas 3(1)a) à j) comme accordant des droits distincts aux auteurs⁶⁰), et qu'elle vérifie si ce sens

57. *ESA (2012)*, *supra*, note 32, par. 91-92.

58. *Id.*, par. 42. On le voit en comparant les deux versions du jugement, qui ignorent complètement le fait qu'en français, l'expression « en outre » signifie « en plus de » : CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES (CNRTL), « outre, ad. prép. », en ligne : <<https://www.cnrtl.fr/definition/outre>>. La Cour cite deux autorités qui ne prennent en considération que la version anglaise : Sunny HANDA, *Copyright Law in Canada*, Markham, Butterworths, 2002, p. 195 ; *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1^{re} inst.), p. 197.

59. Méthode que la Cour suprême a elle-même promue et utilisée à plusieurs reprises : voir *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6 ; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62 ; *R. c. S.A.C.*, 2008 CSC 47, [2008] 2 R.C.S. 675 ; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539 ; *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48, [2008] 2 R.C.S. 698 ; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433.

60. *ESA (2012)*, *supra*, note 32, par. 91-92.

commun est « conforme à l'intention législative suivant les règles ordinaires d'interprétation »⁶¹.

À cette étape d'identification de l'intention législative, il est important de lire ensemble tous les articles de la loi et tous les alinéas des articles afin de ne pas contrecarrer les objectifs du législateur. Or, si l'on croit vraiment que les alinéas 3(1)a) à j) donnent des « exemples » des trois droits généraux, leur libellé est incongru et cette lecture pourrait mener à des conséquences qui ne cadrent pas avec les buts qui sous-tendaient leur adoption. Normalement, un exemple sert à confirmer, à illustrer, à donner une idée plus claire d'un concept, d'un propos⁶². Il ne sert pas à en exclure des éléments. Pourtant, c'est précisément ce que font les alinéas g) à j). Si ces alinéas sont des exemples, pourquoi le législateur a-t-il voulu restreindre le droit de location aux œuvres musicales et aux programmes d'ordinateur⁶³, le droit d'exposition aux seules œuvres artistiques créées après le 7 juin 1988⁶⁴, ou le droit d'effectuer le transfert de propriété d'exemplaires uniquement aux œuvres sous forme d'un objet tangible⁶⁵ ? Si l'on suit la logique de la Cour, ces droits de location, d'exposition et de vente seraient inclus dans le droit de reproduction, lequel est reconnu dans la section liminaire du paragraphe 3(1) LDA pour toutes les catégories d'œuvres. La Cour aurait donc reconnu le droit de destination des œuvres (qui permet le contrôle sur les usages ultérieurs que font les tiers acquéreurs des copies autorisées d'une œuvre, comme la location ou la vente) et aurait furtivement écarté le « précédent » *Théberge*⁶⁶, qui, lui, avait refusé de reconnaître en droit canadien le droit de destination⁶⁷. Il serait sage de traiter la thèse des « alinéas 3(1)a) à j) / exemples des trois droits généraux », comme une figure de style.

La Cour fait aussi des remarques au sujet de l'autorisation donnée par une mise à la disposition sur Internet. En effet, pour donner effet aux obligations du Canada au titre de l'article 8 du *Traité*

61. *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6, par. 30.

62. Le petit Robert inclut dans les définitions du mot « exemple » : « cas, événement particulier, chose précise qui entre dans une catégorie, un genre [...] et qui sert à confirmer, illustrer, préciser un concept [...] » : Alain REY et Josette REY-DEBOVE (dir.), *Le Petit Robert de la Langue Française*, éd. 2020, Paris, Le Robert, 2020, « exemple ».

63. Al. 3(1)h), i) LDA.

64. Al. 3(1)g) LDA.

65. Al. 3(1)j) LDA.

66. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336 (ci-après « *Théberge* »).

67. *Théberge*, *id.*, par. 62-65. L'arrêt *Théberge* est cité dans la décision *ESA (2022)*, *supra*, note 2, mais sur d'autres points.

de l'OMPI sur le droit d'auteur⁶⁸, il faut régler le sort de la mise à la disposition du public pour téléchargement. Selon l'interprétation de la Cour, l'alinéa 3(1)f LDA ne s'applique que si une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu. Dans le cas d'une mise à la disposition pour téléchargement, il faut aussi, pour respecter la convention internationale, proposer une interprétation qui l'insère dans les droits des auteurs. La Cour trouve la solution en ayant recours aux concepts de reproduction et d'autorisation, ce dernier droit étant prévu à la fin du paragraphe 3(1) LDA.

Elle explique :

[75] [...] Le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* n'exige pas que les États membres créent un nouveau « droit de mise à la disposition » justifiant rémunération pour respecter l'art. 8. Les États membres doivent tout simplement veiller à ce que les auteurs puissent contrôler l'acte physique de mettre leurs œuvres à la disposition du public. Ce contrôle peut être offert en combinant d'une façon ou d'une autre différents droits. Par conséquent, même si je conviens que l'acte de « mettre une œuvre à la disposition du public » est une activité physique distincte d'un téléchargement ou d'une diffusion en continu, je suis en désaccord avec l'opinion voulant que cet acte donne lieu à des communications distinctes au public (c.-à-d. des exécutions distinctes). La mise à la disposition d'une diffusion en continu et une diffusion en continu sont toutes les deux protégées en tant que communication unique au public, alors que la mise à la disposition d'un téléchargement est protégée comme autorisation de reproduire, et le téléchargement est protégé à titre de reproduction.⁶⁹

De cette façon, conclut-elle, la « protection ne souffre d'aucune lacune »⁷⁰.

Quant à l'autorisation, elle précise :

[105] L'autorisation est un droit distinct conféré aux titulaires de droits d'auteur. Un utilisateur qui autorise illégalement une reproduction ou une exécution d'une œuvre peut être tenu responsable de la violation de ce droit, que l'œuvre ait en fin de compte été ou non reproduite ou exécutée.

68. R.T. Can. 2014, n° 20.

69. *ESA (2022)*, *supra*, note 2, par. 75.

70. *Id.*, par. 8.

Le responsable du téléversement sur Internet est, selon la Cour, responsable, même si ultimement personne ne fait pas de contrefaçon par reproduction, même s'il n'a aucune relation avec un quelconque contrefacteur. Ce commentaire sur la notion d'autorisation doit-il être compris comme changeant notre compréhension de ce concept ?

Est-ce que cela signifie en pratique que l'on ne peut plus présumer « que celui qui autorise une activité ne l'autorise que dans les limites de la légalité »⁷¹ ? L'affirmation serait-elle un désaveu de l'opinion donnée par la Cour suprême au paragraphe 38 de sa décision dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*⁷² ? La Cour avait y bien précisé les paramètres du concept d'autorisation, faisant référence à la notion de relation ou de contrôle entre les contrefacteurs :

Les tribunaux doivent présumer que celui qui autorise une activité ne l'autorise que dans les limites de la légalité : [*Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182]. Cette présomption peut être réfutée par la preuve qu'il existait une certaine relation ou un certain degré de contrôle entre l'auteur allégué de l'autorisation et les personnes qui ont violé le droit d'auteur : [*Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182 ; *De Tervagne v. Belœil (Town)*, [1993] 3 F.C. 227 (T.D.)]. Voir également J.S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 21-104, et P.D. Hitchcock, « Home Copying and Authorization » (1983), 67 C.P.R. (2d) 17, p. 29-33.⁷³

Comment peut-on prétendre que celui qui téléverse une œuvre sur un site Web a un contrôle sur les internautes qui visitent le site ? En réalité, la Cour a altéré, sinon même perverti, le concept d'autorisation : ce qui est illégal, c'est la mise en ligne faite sans le consentement des titulaires de droit d'auteur, non une quelconque « autorisation » donnée à quiconque de faire quoi que ce soit par la suite.

71. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 43 (ci-après « *CCH* »).

72. *Id.* Fait intéressant dans *ESA (2022)*, *supra*, note 2, par. 105 : la Cour, pour justifier sa position, fait référence aux motifs de la Cour fédérale d'appel, (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, par. 112-113), motifs qui avaient pourtant été rejetés par la Cour suprême : voir les par. 39-46, 2004 CSC 13.

73. *CCH*, *supra*, note 71, par. 38.

L'analyse se complique encore plus quand on prend en considération la thèse de l'acte unique présentée par la Cour :

[55] [...] Une activité unique ne peut faire intervenir qu'un seul des trois droits prévus dans cette disposition. Ainsi, dans le cas du téléchargement d'une chanson, seul le droit de reproduction conféré à l'auteur entre en jeu. De même, lorsqu'une œuvre est diffusée en continu, seul le droit d'exécution dont l'auteur est titulaire entre en jeu : ESA, par. 41. [...] ⁷⁴

Elle indique expressément que, « bien que [...] l'acte de "mise à la disposition d'une œuvre" est une **activité physique distincte** de l'acte de téléchargement ou de diffusion en continu d'une œuvre par un utilisateur, **cela ne veut pas dire qu'il s'agit d'une activité distincte justifiant rémunération** » (nos caractères gras ; italiques omis) ⁷⁵. Elle semble donc rejeter que, juridiquement, deux activités sont réalisées ; l'une lors du téléversement sur un serveur mettant l'œuvre à la disposition du public (le « uploading »), et l'autre lorsque l'internaute accède à l'œuvre, soit en téléchargeant une copie sur son ordinateur (téléchargement ou « downloading »), soit en l'écoutant (diffusion en continu ou « streaming »). Il semble que, dans l'esprit de la Cour, celui qui télécharge ou écoute ne fait que compléter la « mise à la disposition » faite par celui qui a mis l'œuvre en ligne.

Ce raisonnement pourrait avoir des conséquences inattendues. Si vraiment la mise en ligne d'une œuvre n'implique qu'une seule activité, un seul droit, que se passe-t-il lorsque l'auteur consent au

74. *ESA (2022)*, *supra*, note 2, par. 55.

75. Le paragraphe 59 entier se lit comme suit :

Le texte du par. 2.4(1.1) ne laisse aucunement croire que c'était l'intention du Parlement. Le paragraphe 2.4(1.1) se trouve dans la section « Définitions et dispositions interprétatives » de la Loi. Il modifie l'étendue du droit de l'auteur à l'égard de l'exécution en modifiant la définition de l'al. 3(1)f). Comme un téléchargement constitue une seule activité protégée qui n'entraîne jamais l'application de l'al. 3(1)f), je ne vois pas comment la modification de la définition figurant à l'al. 3(1)f) transforme un téléchargement en deux activités distinctes justifiant chacune rémunération. De même, je ne vois pas comment le par. 2.4(1.1) transforme une activité unique telle la diffusion en continu en deux exécutions distinctes justifiant chacune rémunération. Bien que j'accepte que l'acte de « mise à la disposition d'une œuvre » est une activité physique distincte de l'acte de téléchargement ou de diffusion en continu d'une œuvre par un utilisateur, cela ne veut pas dire qu'il s'agit d'une activité distincte justifiant rémunération. Si le Parlement avait voulu traiter l'acte de mise à la disposition comme une nouvelle activité distincte justifiant rémunération, la façon de le faire aurait été d'ajouter la « mise à la disposition » en tant que quatrième droit dans la disposition liminaire du par. 3(1), plutôt que de modifier la portée de l'al. 3(1)f).

téléversement de son œuvre sur Internet, sans indiquer de limites ou de conditions pour l'utilisation de cette œuvre rendue accessible sur le Web ? Ce consentement, en l'absence de restrictions explicites, légalise-t-il toutes les utilisations faites par un internaute à partir de l'œuvre mise légalement en ligne ? La Cour semble ne pas concevoir qu'il puisse y avoir une « demi-activité ». Les tribunaux seraient donc susceptibles d'interpréter cette situation de mise à la disposition sans condition, comme un consentement qui couvre tout le processus, de la mise en ligne (du « uploading ») jusqu'au téléchargement (« downloading ») ou exécution de l'œuvre (« streaming »), même dans un lieu public.

La règle traditionnelle en droit canadien est à l'effet contraire : la communication (par télécommunication) est un acte distinct de l'exécution subséquente. Il faut regarder le caractère de l'exécution subséquente : est-ce une exécution publique ou en privé ? La première est un droit exclusif reconnu par le paragraphe 3(1) LDA. Si une personne ouvre la radio et fait entendre une pièce musicale dans un lieu public, elle fait une représentation publique et doit payer des redevances (ou obtenir une permission du titulaire du droit d'auteur), en sus des redevances payées par la station de radio⁷⁶. Une exception législative a d'ailleurs créé un régime particulier en certaines circonstances⁷⁷. De même, si la personne fait une copie de l'œuvre transmise par la radio, reproduction non permise par une exception législative, elle doit aussi obtenir le consentement du titulaire du droit d'auteur⁷⁸.

La Cour dans *ESA (2022)* semble enseigner le contraire pour l'œuvre mise à la disposition du public par télécommunication. Juridiquement, il n'y aurait qu'un acte accompli, de la mise à la disposition jusqu'à la diffusion en continu ou jusqu'au téléchargement, une seule rémunération payable, et qui serait due uniquement par celui qui met en ligne. L'article 2.4(1.1) couvrirait l'opération entière, du début de la transmission (la mise en ligne « uploading ») jusqu'à la réception (téléchargement « downloading ») ou exécution « streaming ». Est-ce que les tribunaux suivront le raisonnement jusqu'au bout, estimant que le matériel qui a été mis en ligne sans conditions ou restrictions devient de ce fait libre d'accès ? Un tel raisonnement mené à son terme irait à l'encontre de ce que nous croyons être l'une des règles

76. C'est ainsi qu'était résumé l'état du droit : voir *Fox on Copyright*, supra note 49, p. 478, version numérique : § 21:42, citant *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Ford Hotel*, (1935), 73 Que. S.C. 18 (Qué S.C.).

77. Art. 72.1 LDA.

78. L'article 29.23 crée d'ailleurs une exception pour la fixation ou la reproduction en vue d'une écoute ou d'un visionnement en différé.

fondamentales du droit d'auteur canadien. Voici bien des passages de la décision *ESA (2022)* qui ne doivent pas, à notre avis, être pris au pied de la lettre.

CONCLUSION

Les juges de la Cour suprême, dans leurs opinions sur le *stare decisis*, ont voulu présenter un cadre permettant d'éliminer l'incertitude juridique et de favoriser la prévisibilité du droit. Il y aurait uniformité des décisions des cours de première instance sur les questions de droit et la Cour suprême n'infermerait ses décisions qu'exceptionnellement. Cependant, il ne faut pas, au nom de la prévisibilité, tomber dans le piège de la rigidité. À notre avis, en donnant une valeur de précédent aux multiples énoncés écrits par les cours, on risque de frustrer le « principe fondamental de l'évolution de la common law au gré des situations qui surviennent »⁷⁹. On risque aussi de nuire à l'interprétation correcte des lois, qui doit se faire en tenant compte d'un contexte qui évolue sans cesse⁸⁰. La méthodologie de la common law veut justement que la portée contraignante d'une décision repose sur une évaluation de la relation entre les mots réels utilisés par un juge, le raisonnement que ces mots expriment et les faits d'une affaire⁸¹.

Les deux affaires *ESA* devraient être ramenées aux questions précises qu'elles soulevaient. Dans le premier cas, il fallait décider si l'alinéa 3(1)f LDA vise la communication à un membre du public d'une copie numérique d'un jeu vidéo qu'il a achetée, lorsque le seul but de l'acte est de livrer une copie du jeu pour lequel les droits de reproduction des œuvres musicales incorporées ont été dûment acquittés. Une interprétation téléologique de l'alinéa 3(1)f LDA⁸²

79. *R. c. Henry*, *supra*, note 10, par. 57 encore cité en 2022 : *R. c. Kirkpatrick*, *supra*, note 5, par. 57.

80. Voir pour une illustration de cette nécessité la décision *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895.

81. Comme l'affirme Mathieu Devinat : « In fact, one particularity of common law methodology pertaining to case law is that the binding scope of a decision rests upon an evaluation of the relation between the actual words used by a judge, the reasoning these words express and the facts of a case » ; M. DEVINAT, « The Trouble with Henry: Legal Methodology and Precedents in Canadian Law », *supra* note 1, par. 31.

82. Par exemple en s'intéressant à la détermination du public concerné. Il s'agit ici de communiquer la copie à une personne qui a le droit de la recevoir conformément à son contrat d'achat du jeu. Pour un exemple d'une analyse fondée sur la détermination du public pertinent, voir Cour de justice de l'Union européenne, Affaire C-466/12, *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige AB*, 13 février 2014.

et le recours au principe de la neutralité technologique auraient pu suffire à résoudre le problème⁸³. Dans le deuxième cas, il s'agit de déterminer la portée de l'article 2.4(1.1) LDA. La réponse simple aurait été que l'article 2.4(1.1) LDA vise uniquement à clarifier la notion de communication au public, en précisant qu'elle s'applique aux communications sur demande.

Dans le cadre de ces deux décisions, la Cour suprême a fait des déclarations qui pourraient fournir la base à des raisonnements capables de bouleverser notre compréhension du droit d'auteur au Canada. Il nous semble que, compte tenu du doute que ces décisions jettent sur plusieurs notions et principes clés, il serait temps que le législateur s'intéresse bientôt à la « clarification et simplification de la Loi »⁸⁴.

83. Sur l'application du principe, voir *ESA (2012)*, *supra*, note 32, par. 4-10. Comme l'écrit la Cour au par. 4 :

En fait, le « téléchargement » ne constitue qu'un mode supplémentaire et plus efficace de distribuer des exemplaires d'un jeu à la clientèle. La copie téléchargée est identique à l'exemplaire acheté en magasin ou expédié au client par la poste, et les éditeurs de jeux versent déjà aux titulaires du droit d'auteur des redevances pour l'ensemble de ces activités de reproduction.

84. Cet objectif fut, hélas, classé il y a 20 ans parmi ceux que l'on souhaite atteindre « à long terme ». Voir CANADA, *Stimuler la culture et l'innovation – Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*, Ottawa, Industrie Canada, 2002, p. 51.