

La « pentalogie »

Nicolas Sapp et David Chapdelaine Miller*

INTRODUCTION	729
1. <i>Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique : en taxi écologique</i>	730
1.1 Les faits	730
1.2 L’historique judiciaire.	730
1.3 La question en litige.	731
1.4 L’analyse	731
1.4.1 La neutralité technologique et le droit d’auteur	732
1.4.2 Le droit de « communiquer ».	734
1.5 Les conclusions	739
1.6 Ce que l’on retient.	739
2. <i>Rogers Communications Inc. c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada : la transmission en continu</i>	740

© CIPS, 2013.

* Avocats de ROBIC, s.e.n.c.r.l., un cabinet multidisciplinaire d’avocats et d’agents de brevets et d’agents de marques de commerce.

2.1	Les faits	740
2.2	L'historique judiciaire.	740
2.3	Les questions en litige.	742
2.4	L'analyse.	742
2.4.1	La norme de contrôle.	742
2.4.2	La transmission en continu	743
2.5	Les conclusions	748
2.6	Ce que l'on retient.	749
3.	<i>Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada : l'écoute « équitable »</i>	750
3.1	Les faits	750
3.2	L'historique judiciaire.	751
3.3	La question en litige.	751
3.4	L'exception d'utilisation équitable	751
3.5	L'analyse.	752
3.5.1	Premier volet : une fin permise	753
3.5.2	Deuxième volet : Le caractère « équitable ».	754
3.6	Les conclusions	758
3.7	Ce que l'on retient.	758
4.	<i>Alberta (Education) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) : l'enseignement, une fin permise ?</i>	759
4.1	Les faits	759

<i>La « pentalogie »</i>	727
<hr/>	
4.2 L'historique judiciaire	760
4.3 La question en litige	760
4.4 L'analyse	761
4.4.1 Court rappel des arrêts <i>Socan c. Bell</i> et <i>CCH</i>	761
4.4.2 Consensus sur le premier volet	761
4.4.3 Le caractère « équitable » des copies de la catégorie 4	762
4.5 Les conclusions	766
4.6 Ce que l'on retient	766
5. <i>Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada : la limite des droits voisins.</i>	767
5.1 Les faits	767
5.2 L'historique judiciaire	768
5.3 La question en litige	768
5.4 Les droits voisins	769
5.5 L'analyse	769
5.6 Les conclusions	771
5.7 Ce que l'on retient	772
CONCLUSION	772

INTRODUCTION

L'année 2012 a sans contredit été l'année du droit d'auteur sur la scène de la propriété intellectuelle canadienne. En effet, quelques jours seulement après que le Projet de Loi C-11 (défini ci-après) eut obtenu la sanction royale, la Cour suprême du Canada se prononçait sur cinq affaires touchant directement le droit d'auteur.

La *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*¹ a en effet obtenu la sanction royale le 29 juin 2012. Il s'agissait de la première réforme majeure du régime législatif en matière de droit d'auteur depuis 1997. Parmi les principaux changements à la *Loi sur le droit d'auteur*² (ci-après « la Loi » et « la Lda »), on notera la reconnaissance des droits d'auteur des photographes et des peintres sur leurs œuvres, l'élargissement de l'exception d'utilisation équitable par l'ajout des termes « éducation, parodie ou satire », la possibilité pour les établissements d'enseignement d'utiliser plus facilement des œuvres protégées ainsi que l'élimination des dispositions portant sur la spécificité technologique.

Le 12 juillet 2012, la Cour a eu l'occasion de rappeler, mais surtout d'appliquer, quelques grands principes en matière de droit d'auteur canadien. La confirmation du principe de la neutralité technologique, développé dans l'arrêt *Robertson c. Thomson Corp.*³, est assurément ce que l'on retient des analyses et conclusions de cette penthologie. La Cour procède également à une revue des bases établies dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*⁴ et des critères applicables relativement à l'exception d'utilisation équitable, dont notamment le point de vue à adopter lors de l'analyse du caractère équitable. Au cœur de ses analyses et de ses conclusions, la Cour prend bien soin d'appliquer les principes de l'arrêt clé en matière de droit d'auteur, *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*⁵. Soucieuse de maintenir l'équilibre entre la

1. L.C. 2012, ch. 20 (« Projet de Loi C-11 »).

2. L.R.C. (1985), ch. C-42 (la « Loi »).

3. [2006] 2 R.C.S. 363.

4. [2004] 1 R.C.S. 339.

5. [2002] 2 R.C.S. 336.

diffusion des œuvres des créateurs et l'obtention d'une juste récompense pour leur travail, la Cour ne peut toutefois pas s'empêcher de reconnaître le rôle essentiel que jouent l'Internet et les nouvelles technologies.

Sous forme de résumé/analyse, la présente revue des cinq arrêts du 12 juillet 2012 couvre les questions i) de la neutralité technologique, ii) de la transmission en continu, iii) de l'écoute préalable, iv) des photocopies en classe ainsi que v) des bandes sonores accompagnant les œuvres cinématographiques.

1. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*⁶ : en taxi technologique

1.1 *Les faits*

Entertainment Software Association (« ESA ») représente une coalition d'éditeurs et de distributeurs de jeux vidéo qui permettent au public de télécharger des jeux vidéo sur Internet. Pour sa part, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la « SOCAN ») est une société de gestion qui gère le droit de communiquer des œuvres musicales pour le compte des titulaires du droit d'auteur sur ces œuvres.

Les copies « numériques » des jeux vidéo rendues disponibles sur Internet via téléchargement sont identiques aux copies « physiques » que le consommateur peut se procurer directement en magasin. Il est d'usage dans l'industrie des jeux vidéo de négocier, préalablement à la vente de ceux-ci, les redevances à verser aux titulaires de droit d'auteur dans des œuvres musicales intégrées à un jeu vidéo.

En 1995, la SOCAN a déposé devant la Commission sur le droit d'auteur (la « Commission ») plusieurs projets tarifaires relativement à l'utilisation d'œuvres musicales protégées et constituant, à son avis, des communications au public sur Internet.

1.2 *L'histoire judiciaire*

La Commission en vient à la conclusion que le téléchargement d'un fichier, en l'espèce une copie « numérique » d'un jeu vidéo, conte-

6. 2012 CSC 34 (« ESA c. SOCAN »).

nant une œuvre musicale équivaut à communiquer cette dernière au public par télécommunication en application de l'alinéa 3(1)*f* de la Loi. Ainsi, les membres de la SOCAN auraient droit à des redevances selon le tarif 22.B-G⁷, homologué par la Commission⁸.

ESA a porté en appel la décision de la Commission par voie de contrôle judiciaire. Toutefois, la Cour fédérale d'appel a confirmé l'interprétation de la Commission, à savoir que le téléchargement d'un fichier renfermant une œuvre musicale constitue une communication au public par télécommunication⁹.

1.3 La question en litige

Reconnaissant l'usage dans le secteur de l'édition de jeux vidéo, à savoir, que les redevances de reproduction des œuvres musicales intégrées à un jeu vidéo sont actuellement négociées avant l'emballage et la vente au public, la Cour a établi que « [l]a question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si les droits renaissent néanmoins lorsque l'œuvre est vendue sur Internet plutôt qu'en magasin »¹⁰. Afin de répondre à cette question la Cour s'est penchée sur l'interprétation du verbe « communiquer », employé à l'al. 3(1)*f* de la Loi, mais non défini.

1.4 L'analyse

Dans une décision fortement partagée à 5 contre 4, la majorité donne le ton d'entrée de jeu en mentionnant : « [qu'à] notre avis, il serait illogique de faire une distinction entre les deux modes de vente d'une même œuvre »¹¹. À l'appui de ce constat, la majorité procède à une analyse en deux temps. Elle réitère tout d'abord le principe de la neutralité technologique applicable au droit d'auteur et, plus particulièrement, dans le contexte du paragraphe 3(1) de la Loi. Elle procède par la suite à l'analyse de l'alinéa 3(1)*f*, et plus précisément à l'interprétation du verbe « communiquer ».

7. Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Internet-Autres utilisations de musique.

8. 2007 Carswell Nat 3467.

9. 2010 CAF 221.

10. *Supra*, note 6, par. 1.

11. *Ibid.*

1.4.1 La neutralité technologique et le droit d'auteur

La Cour a développé le principe de la neutralité technologique dans l'arrêt *Robertson* :

Le paragraphe 3(1) de la Loi sur le droit d'auteur reflète le principe de la neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». *La neutralité du support signifie que la Loi sur le droit d'auteur continue de s'appliquer malgré l'usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d'une technologie plus avancée.* [...] ¹²

[Les italiques sont nôtres.]

Selon la majorité, la conclusion de la Commission va à l'encontre du principe de neutralité technologique, à savoir que la Loi doit s'appliquer uniformément aux supports traditionnels et aux supports plus avancés sur le plan technologique. En appliquant le principe de la neutralité technologique, le téléchargement d'un jeu vidéo incorporant une œuvre musicale protégée par le droit d'auteur ne devrait pas être considéré comme une communication donnant droit à une redevance supplémentaire, tel qu'exigé par la SOCAN, mais plutôt comme un simple mode de distribution :

À notre avis, *il n'y a aucune différence d'ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l'œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu'un taxi technologique assurant la livraison d'une copie durable de la même œuvre à l'utilisateur.* ¹³

[Les italiques sont nôtres.]

La majorité est d'avis qu'une telle approche est conforme aux enseignements de l'arrêt *Théberge*. En l'espèce, la recherche d'un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur, commande de reconnaître la « nature limitée » des droits du créateur d'une œuvre musicale intégrée à un jeu vidéo :

12. *Supra*, note 3, par. 49.

13. *Supra*, note 6, par. 5.

On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. *D'un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment. Une fois qu'une copie autorisée d'une œuvre est vendue à un membre du public, il appartient généralement à l'acheteur, et non à l'auteur, de décider du sort de celle-ci.*¹⁴

[Les italiques sont nôtres.]

Malgré le fait que la SOCAN n'ait jamais été en mesure de percevoir de redevances pour la vente d'une copie « physique » d'un jeu vidéo, elle soutient que le téléchargement sur Internet d'une copie « numérique » identique d'un tel jeu, devrait lui permettre de percevoir à la fois une redevance pour i) la reproduction des œuvres musicales contenues dans le jeu vidéo ainsi que ii) la communication de ces œuvres musicales. Or, la majorité est d'avis que le raisonnement de la SOCAN, entériné par la Commission et confirmé par la Cour d'appel fédérale, fait fi des enseignements développés dans l'arrêt *Robertson*. En effet, sauf intention claire du législateur, le principe de la neutralité technologique veut que la Loi soit interprétée « de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance qui soit uniquement fondé sur le mode de livraison d'une œuvre à l'utilisateur »¹⁵.

À cet égard, le juge Rothstein, se prononçant au nom de la dissidence, avance qu'une double rémunération pourrait être évitée en ajustant les deux redevances (communication et reproduction)¹⁶. Toutefois, la majorité écarte promptement cette avenue qui, selon elle, irait à l'encontre de l'objectif même des sociétés de gestion collective, soit la recherche d'une gestion et d'une administration efficaces des différents droits d'auteur en application de la Loi. S'appuyant sur le propos de l'auteur Ariel Katz, la majorité est d'avis qu'en adoptant une telle façon de procéder, l'effet préjudiciable serait double :

[TRADUCTION] Lorsque, à elle seule, une activité économique emporte l'application de plus d'un type de droit, chacun étant géré par une société de gestion collective distincte, *la multipli-*

14. *Supra*, note 5, par. 31.

15. *Supra*, note 6, par. 9.

16. *Ibid.*, par. 12.

citée des licences nécessaires peut entraîner une inefficacité [...]. Dès lors, le prix que doit verser l'utilisateur au total est trop élevé [...].

L'octroi par plusieurs monopoles de gestion collective des licences nécessaires à l'exercice d'une seule activité *crée des inefficiences dont souffre également la collectivité des titulaires du droit d'auteur*.¹⁷

[Les italiques sont nôtres.]

La majorité conclut que permettre une forme de double rémunération créerait des coûts injustifiés pour l'utilisation et le développement de technologies plus efficaces.

1.4.2 Le droit de « communiquer »

- Historique législatif

Au cœur du débat, la Cour a procédé à l'interprétation de l'alinéa 3(1)f) de la Loi et du verbe non défini « communiquer » :

3.(1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante ; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

[...]

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique.

La *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur* (la « Loi de 1921 ») a été conçue pour appliquer certaines dispositions de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* de 1886

17. *Supra*, note 6, par. 11 : KATZ (Ariel), « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature ? », dans Marcel BOYER *et al.* (dir.), *Competition Policy and Intellectual Property*, (Toronto : Irwin Law, 2009) 449, aux p. 461-463.

(la « Convention de Berne »). Partant, le paragraphe 3(1) de la Loi de 1921 se lisait comme suit :

[...] le droit exclusif *de produire ou de reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter ou de représenter* ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter en public, et si l'œuvre n'est pas publiée, de publier l'œuvre ou une partie importante de celle-ci. [...]

[Les italiques sont nôtres.]

L'alinéa 2q) de la *Loi de 1921* prévoyait la définition suivante d'« exécution » ou de « représentation » :

[...] toute reproduction sonore d'une œuvre, ainsi que toute représentation visuelle d'une action dramatique, contenue dans une œuvre, y compris la représentation effectuée à l'aide d'un instrument mécanique. [...]

À la lecture de ces dispositions, on comprend que le droit d'exécution ou de représentation supposait que le public était constitué d'un auditoire sur place. S'ensuit l'arrivée de la radiodiffusion et la possibilité de rejoindre un auditoire éloigné. Suivant le consensus international, cette nouvelle technologie devait être considérée comme un prolongement de l'exécution ou de la représentation. En 1931, afin de se conformer au nouvel article 11 de la *Convention de Berne* qui élargissait le droit d'exécution, le Canada, par le biais de la *Loi modifiant la Loi du droit d'auteur*¹⁸, adoptait le nouvel alinéa 3(1)f) et modifiait la définition d'« exécution » ou de « représentation » :

f) S'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de transmettre cette œuvre *au moyen de la radiophonie*.

« représentation » ou « exécution » ou « audition » désigne toute reproduction sonore d'une œuvre [...] y compris la représentation à l'aide de quelque instrument mécanique ou *par transmission radiophonique*.

[Les italiques sont nôtres.]

18. S.C. 1931, ch. 8.

Évidemment, malgré une technologie évoluée pour l'époque, la radiophonie ne permettait pas la distribution d'une copie permanente de l'œuvre, mais supposait plutôt la reproduction sonore de celle-ci. Les propos tenus lors des débats en Chambre par le ministre responsable de ces modifications à l'époque allaient dans ce sens et permettaient à la majorité de conclure que la transmission radiophonique constituait une forme de représentation. La Cour suprême du Canada aura également eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation adéquate à donner à l'alinéa 3(1)f) de la *Loi du droit d'auteur* de 1931 dans l'arrêt *Composers, Authors and Publishers Assn. Of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*¹⁹. La majorité retient de cet arrêt que les signaux transmis par CTV à ses stations affiliées ne communiquaient pas des « œuvres de musique », mais communiquaient plutôt leur « exécution ». Ainsi, la communication peut s'entendre de l'exécution et donc l'alinéa 3(1)f) doit englober le droit exclusif d'exécution publique par radiodiffusion.

L'alinéa 3(1)f) de la Loi, tel qu'on le connaît aujourd'hui, a été adopté en 1988 dans le cadre de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada – États-Unis*²⁰. La SOCAN argue que cette modification du législateur avait comme principale motivation de supprimer toute activité traditionnelle d'exécution ou de représentation et ainsi d'étendre la portée du droit de communication de manière à incorporer les technologies comportant la transmission de données qui permettent à un utilisateur de conserver une copie permanente de l'œuvre. La majorité n'est toutefois pas de cet avis. En effet, considérant l'historique et le contexte ayant mené à cette modification, le remplacement du terme « télécommunication » est plutôt une suite logique ayant comme principale motivation d'élargir les modes de distribution d'une œuvre. À titre d'exemple, une telle modification permet notamment d'inclure la câblodistribution et toutes technologies ultérieures, sans avoir à modifier la Loi constamment.

La majorité est également confortée dans son interprétation de l'alinéa 3(1)f) de la Loi par l'intégration des mots « au public » précédant le terme « télécommunication ». En effet, un tel ajout démontre l'intention du législateur à l'effet que le droit de communication visé à l'alinéa 3(1)f) de la Loi demeure un droit d'exécution ou de représentation :

19. [1968] R.C.S. 676.

20. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada – États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 62.

Par conséquent, nous partageons l'avis du juge Rothstein (au par. 98) selon lequel il existe, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, un « lien historique » entre le droit d'exécution ou de représentation et le droit de communication, mais nous ne souscrivons pas à sa conclusion voulant que, au vu des modifications de 1988, le législateur ait voulu rompre ce lien. *Selon nous, le lien historique entre communication et exécution ou représentation subsiste de nos jours. Soit dit en tout respect, la Commission fait abstraction de son existence lorsqu'elle conclut que la transmission du téléchargement d'une œuvre musicale sur Internet peut équivaloir à une « communication ».*²¹

[Les italiques sont nôtres.]

- Télécharger ≠ Communiquer

En concluant que distribuer une copie « numérique » d'un jeu vidéo renfermant une œuvre musicale protégée équivaut à « communiquer » cette œuvre au public, la majorité est d'avis que la Commission fait abstraction du long historique législatif à l'effet « que le droit de « communiquer » a toujours été lié à celui d'exécuter ou de représenter une œuvre, et non un droit de créer une copie permanente de l'œuvre, [...] »²². C'est essentiellement pour la même raison que la majorité ne peut que s'en remettre à la définition lexicographique du mot « communiquer » qui, selon le juge Rothstein, s'entend de toute transmission de données, y compris le téléchargement qui permet à l'utilisateur de conserver une copie durable de l'œuvre. En s'arrêtant à une telle définition, les juges dissidents ne reconnaissent pas l'historique législatif de l'alinéa 3(1)f) de la Loi.

L'impair de la Commission ressort essentiellement du sens qu'elle donne au terme « téléchargement ». En se basant sur les arrêts *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*²³ et *Association canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*²⁴, la Commission concluait que le téléchargement d'une œuvre par Internet pouvait s'entendre de communiquer celle-ci au public par télécommunication. Toutefois, la majorité souligne que la signification du verbe « communiquer », tel qu'employé au paragraphe 3(1) de la

21. *Supra*, note 6, par. 27.

22. *Ibid.*, par. 12.

23. [2004] 2 R.C.S. 427 (« *SOCAN c. ACFI* »).

24. 2008 CAF 6.

Loi, n'était pas directement en cause dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI* et qu'au surplus, aucun des deux arrêts « ne se penche sur l'historique législatif du verbe « communiquer » ou sur le lien entre communication et exécution ou représentation »²⁵.

La majorité note également que la Commission ne distingue pas « téléchargement » de « transmission en continu ». Pourtant, cette distinction est fondamentale. Effectivement, alors que la Commission reconnaît que le téléchargement est une activité de reproduction²⁶, elle définit la transmission en continu comme « une transmission de données permettant à l'utilisateur d'entendre ou de voir le contenu au moment de la transmission et qui n'est pas destinée à la reproduction »²⁷. Or, à la différence du téléchargement qui se rapporte à la reproduction, la transmission en continu s'entend de la communication, ou plutôt de l'exécution ou de la représentation.

En élargissant à tort le sens du verbe « communiquer » pour englober la distribution sur Internet d'une copie permanente de l'œuvre, la Commission méconnaît la distinction traditionnelle entre droit d'exécution ou de représentation et droit de reproduction. Pourtant, l'exécution d'une œuvre est fondamentalement différente de sa reproduction. Une telle distinction existe depuis l'apparition du paragraphe 3(1) et a, depuis, toujours subsisté. À cet égard, la Cour suprême du Canada concluait dans l'arrêt *Bishop c. Stevens*²⁸ que le droit d'exécuter une œuvre – y compris celui de la communiquer – ne pouvait être interprété de façon à englober le droit de la reproduire, puisque l'exécution ou la représentation et la communication diffèrent intrinsèquement de l'enregistrement. La majorité ajoute qu'une telle distinction ressort également de la gestion collective des tarifs de redevances en vertu de la Loi ainsi que des deux catégories de décisions de la Commission relativement aux œuvres musicales :

Dès lors, le verbe « communiquer » employé à l'al. 3(1)f), qui a de tout temps été lié au droit d'exécution ou de représentation, ne doit pas être transformé par la présence du mot « télécommunication » de telle sorte qu'il englobe des activités apparentées à la reproduction. *Une telle mutation équivaldrait à l'abandon de la distinction traditionnelle établie dans la Loi entre droit d'exécution ou de représentation et droit de reproduction.* Aucune dis-

25. *Supra*, note 6, par. 30.

26. *Ibid.*, par. 10.

27. *Ibid.*, par. 15.

28. [1990] 2 R.C.S. 467.

position ayant modifié la Loi en 1988 ou par la suite n'atteste que le législateur a voulu un tel abandon.²⁹

[Les italiques sont nôtres.]

- Un droit distinct ?

La majorité soulève un dernier point dans son analyse. Le droit de communiquer n'est pas un droit *sui generis* qui donne à lui seul le droit pour le titulaire d'un droit d'auteur de percevoir une redevance quelconque. En effet, les droits exclusifs prévus au paragraphe 3(1) de la Loi sont exhaustifs. Une telle affirmation est confortée par l'utilisation du terme « means » dans la version anglaise de la Loi. Ainsi, les autres droits énumérés aux alinéas *a*) à *i*) du paragraphe 3(1) de la Loi ne doivent pas être interprétés comme étant des droits distincts des droits exclusifs, mais plutôt comme des exemples³⁰.

1.5 *Les conclusions*

Suite à cette analyse, la Cour conclut que distribuer sur Internet une copie permanente d'un jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale ne peut s'entendre de communiquer cette œuvre en application de l'alinéa 3(1)*f*) de la Loi et que la SOCAN ne peut se voir reconnaître le droit de percevoir des redevances à cet effet.

1.6 *Ce que l'on retient*

Bien que l'arrêt *ESA c. SOCAN* soit marqué par une forte dissidence, on retient que la majorité a usé de son « gros bon sens » pour en arriver à ses conclusions. En effet, en appliquant les enseignements de l'arrêt *Robertson* relativement à la neutralité technologique ainsi que les principes d'interprétation législative, la majorité est incapable d'en venir à la conclusion que le consommateur devrait avoir à payer des frais supplémentaires lorsqu'il se procure une version numérique d'un jeu vidéo plutôt qu'une copie physique. En effet, l'approche proposée par la SOCAN aurait comme effet de créer des distorsions dans le système des redevances, voire une double rémunération des créateurs, ce qui serait contraire au principe de la rémunération équitable.

29. *Supra*, note 6, par. 39.

30. *Supra*, note 6, par. 42 : HANDA (Sunny), *Copyright Law in Canada*, (Markham : Butterworths, 2002), p. 195 ; *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1^{re} inst.) (C.F.P.I.), p. 197.

On retient donc de cet arrêt que la Cour a pris bonne note de l'intention du législateur et du principe de la neutralité juridique à l'effet que l'avènement des nouvelles technologies doit être considéré un outil supplémentaire dans la promotion et la diffusion des œuvres des créateurs canadiens, plutôt que comme un obstacle à leurs droits exclusifs. Les pourvois connexes abondent dans le même sens.

**2. *Rogers Communications Inc. c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*³¹ :
la transmission en continu**

2.1 *Les faits*

Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada et Société TELUS Communications (collectivement les « Appelantes ») exploitent des services de musique en ligne et offrent au public un vaste répertoire d'œuvres musicales accessibles en tout temps, notamment par téléchargement ou par transmission en continu. Pour une meilleure compréhension de la présente affaire, le « téléchargement » s'entend de « la transmission sur Internet d'un fichier de données, tel l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale, dont l'utilisateur conserve une copie permanente »³² sur un support quelconque (*i.e.*, disque dur ou carte mémoire) alors que la « transmission en continu » se veut plutôt « une transmission de données permettant d'entendre ou de voir le contenu au moment de la transmission ; elle ne permet que le stockage temporaire sur le disque dur de l'utilisateur »³³. Ainsi, le consommateur qui fait le choix d'une œuvre musicale parmi l'un des répertoires des Appelantes peut soit la télécharger ou se la faire transmettre en continu sur son ordinateur ou son téléphone intelligent.

Tel que mentionné précédemment, la SOCAN est une société de gestion responsable de déposer des projets de tarifs auprès de la Commission et de percevoir des redevances pour les compositeurs, les auteurs et les éditeurs de musique qu'elle représente.

2.2 *L'histoire judiciaire*

En 1995, la SOCAN a déposé devant la Commission plusieurs projets tarifaires pour diverses utilisations d'œuvres musicales qui

31. 2012 CSC 35 (« *Rogers c. SOCAN* »).

32. *Supra*, note 31, par. 1.

33. *Ibid.*

constituaient, selon elle, une communication au public d'œuvres musicales sur Internet et qui emportaient le paiement de redevances.

Devant la complexité des projets tarifaires déposés par la SOCAN, la Commission a décidé de procéder à une analyse en deux phases. La Commission devait tout d'abord déterminer « quelles activités sur l'Internet, le cas échéant, consitu[ai]ent une utilisation protégée [du répertoire d'œuvres musicales de la SOCAN] visé par le tarif »³⁴. Elle devait par la suite procéder à l'établissement d'un tarif de communications d'œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006.

C'est ainsi que le 27 octobre 1999, la Commission se prononçait sur la première phase (le « Tarif 22 »)³⁵ et concluait que le téléchargement et la transmission en continu d'œuvres musicales relèvent du droit exclusif du titulaire du droit d'auteur de communiquer une œuvre au public, par télécommunication, tel que prévu à l'article 3 de la Loi, donnant ainsi ouverture à l'établissement d'un tarif et aux paiements de redevances. Il convient également de retenir l'interprétation que la Commission a faite des mots « au public » utilisés à l'article 3 de la Loi, à savoir qu'il peut y avoir communication au public lorsque celle-ci vise des particuliers au même moment ou à des moments différents. Dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI*, le juge Binnie concluait que cette interprétation n'était « plus contestée »³⁶.

Le 18 octobre 2007, la Commission se prononçait sur la deuxième phase en établissant le tarif applicable à la communication d'œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 et 2006 (le « Tarif 22.A »)³⁷. Confortée par les propos du juge Binnie cités précédemment, la Commission rappelait que communiquer une œuvre à des particuliers par téléchargement ou par transmission en continu, à des moments différents et sur demande, équivaut à communiquer celle-ci « au public » en vertu de l'article 3 de la Loi.

Appliquant la norme de la décision raisonnable, la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des Appelantes. En effet, la Cour d'appel fédérale était d'avis que l'interprétation de

34. *Ibid.*, par. 6.

35. Le « Tarif 22 » : Projet de tarif de la SOCAN, Exécution publique d'œuvres musicale 1996, 1997, 1998 (tarif 22, Internet) (Re) (1999).

36. *Supra*, note 23, par. 30.

37. [2007] D.C.D.A. 7.

la Commission, quant à savoir ce que constitue une « communication au public » au sens de l'alinéa 3(1)f) de la Loi, était raisonnable.

2.3 *Les questions en litige*

La Cour était initialement saisie de deux questions en litige. Toutefois, considérant ses conclusions dans le pourvoi connexe *ESA c. SOCAN*, la Cour a rapidement écarté la première question, à savoir si les services de musique en ligne portent atteinte au droit exclusif de « communiquer au public par télécommunication » lorsqu'ils offrent des téléchargements au public. En effet, on se rappellera que dans l'arrêt *ESA c. SOCAN*, précédemment analysé, la Cour avait conclu que le téléchargement d'une pièce de musique, via une plateforme telle qu'iTunes, ne peut s'entendre d'une « communication » au sens de l'alinéa 3(1)f) de la Loi.

Suite à cette conclusion, « [l]a question en litige dans le présent pourvoi est désormais celle de savoir si la transmission en continu de fichiers sur Internet à la demande d'un utilisateur individuel constitue une communication « au public », par le service de musique en ligne qui offre une telle transmission aux utilisateurs, des œuvres musicales contenues dans les fichiers »³⁸.

2.4 *L'analyse*

2.4.1 *La norme de contrôle*

La Cour se penche en premier lieu sur la norme de contrôle applicable en l'espèce, et plus précisément sur la première phase, alors que la Commission abordait les points de droit et les questions de compétence.

Dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI*, la Cour avait conclu à l'application de la norme de la décision correcte lorsqu'il fallait procéder au contrôle d'une décision de la Commission. Or, l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*³⁹ a permis à la Cour de revoir et de simplifier les modalités applicables en matière de contrôle judiciaire. On retient notamment de cet arrêt « que la déférence est habituellement de mise lors du contrôle judiciaire de la décision d'un organisme administratif qui interprète et applique sa loi constitutive »⁴⁰, ce qui

38. *Supra*, note 31, par. 5.

39. [2008] 1 R.C.S. 190.

40. *Supra*, note 31, par. 11.

est précisément le cas dans la présente affaire, alors que la Commission abordait les points de droit et les questions de compétence lors de la première phase. Toutefois, la Cour conclut que c'est la norme de la décision correcte qui doit s'appliquer à la décision de la Commission. En effet, considérant que le régime législatif établi par la Loi reconnaît une compétence concurrente sur une question de droit à la Commission et à une cour de justice de première instance, la Cour est d'avis qu'il serait illogique de contrôler une décision de la Commission selon la norme de la décision raisonnable, mais de contrôler une décision d'un tribunal de première instance selon la norme de la décision correcte. Ainsi, puisque la Loi n'établit pas un régime administratif distinct et particulier, la Cour ne peut conclure que le législateur voulait reconnaître à la Commission une expertise supérieure à une cour de justice de première instance sur une question de droit soulevée lors de l'application de la Loi. Ainsi, la Cour est d'avis qu'« il faut supposer que la Cour de justice et [la Commission] ont, à l'égard du texte législatif, une même connaissance approfondie et une même expertise »⁴¹.

La juge Abella, dissidente uniquement sur la question de la norme de contrôle, est toutefois d'avis qu'il y aurait lieu de retenir la norme de contrôle de la décision raisonnable. En effet, selon elle, la Commission est un organisme spécialisé auquel on doit accorder un degré de déférence élevé afin de respecter sa compétence. La Commission devrait se voir accorder la même déférence lorsqu'elle est appelée à interpréter sa loi constitutive aux fins de l'établissement d'un tarif pour la communication d'une œuvre quelconque. En effet, la juge Abella rappelle que depuis l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour reconnaît un plus haut degré de déférence envers les tribunaux administratifs et de leurs expertises spécialisées lorsqu'ils doivent interpréter leurs propres lois constitutives. La juge Abella conclut que l'application de la norme de décision correcte, tel que le conclut la majorité, viendrait à nier la compétence du forum expert et d'une certaine façon ignorer sa raison d'être.

2.4.2 *La transmission en continu*

La Cour se penche par la suite sur la question de la transmission en continu. Afin de répondre à la question en litige, la Cour

41. *Ibid.*, par. 15.

devait analyser l'alinéa 3(1)f) de la Loi, et plus précisément interpréter le terme « au public » :

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif [...]

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ;

• L'arrêt CCH

Les parties fondent leurs prétentions sur l'arrêt *CCH*, alors que la Cour suprême avait été amenée à procéder à l'analyse du terme « au public », tel qu'utilisé à l'alinéa 3(1)f) de la Loi. À cet effet, la Cour fédérale avait notamment conclu que les transmissions par télécopieur de la Grande bibliothèque à ses usagers ne constituaient pas des communications au public puisqu'elles « provenaient d'un seul point et n'étaient destinées à n'atteindre qu'un seul point »⁴². La Cour suprême du Canada et la Cour d'appel fédérale confirmaient toutes deux cette conclusion et ajoutaient que « [t]ransmettre une copie à une seule personne [...] n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public »⁴³. Au surplus, la Cour suprême du Canada faisait siennes les conclusions de la Cour d'appel fédérale à l'effet que « pour être faite « au public », une communication doit être destinée à un groupe de personnes, ce qui est plus qu'une personne, mais pas nécessairement tout le public en général »⁴⁴.

Fortes de ces conclusions, les Appelantes étaient d'avis que la transmission en continu via Internet d'une pièce musicale sélectionnée dans l'un de ses répertoires ne pouvait s'entendre d'une communication au public et ainsi emporter l'application d'un tarif tel que le réclamait la SOCAN. À cet effet, les Appelantes prétendaient dans leur mémoire d'appel que « les juridictions successivement appelées à se prononcer dans [l'affaire CCH] ont toutes trois conclu que le service de télécopie offert par la Grande bibliothèque ne portait pas atteinte au droit de communication au public, par télécommunication, après s'être demandé si chacune des transmissions était une communication au public »⁴⁵. Ainsi, les Appelantes arguaient que la transmission en continu « est forcément une opération privée qui

42. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2000] 2 C.F. 213.

43. *Supra*, note 4, par. 78 ; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 C.A.F. 187, par. 101 et 253.

44. *Supra*, note 4, par. 78 ; *Supra*, note 43, par. 100.

45. *Supra*, note 4, Mémoire d'appel des Appelantes au par. 45.

échappe au droit exclusif de communiquer au public »⁴⁶ prévue à l'alinéa 3(1)f) de la Loi.

Or, les propos de la juge en chef McLachlin appellent à la précaution. En effet, de telles conclusions n'étaient applicables qu'aux faits particuliers de l'affaire *CCH* :

Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public. *Cela dit, la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur.* Toutefois, aucune preuve n'a établi que ce genre de transmission aurait eu lieu en l'espèce.

Compte tenu de la preuve, les transmissions par télécopieur ne constituaient pas des communications au public. [...] ⁴⁷

[Les italiques sont nôtres.]

Les parties ne s'entendaient toutefois pas sur l'application de cette réserve. En effet, les Appelantes, adoptant l'optique du destinataire, prétendaient que la transmission en continu et répétée, à différents consommateurs, de la même pièce musicale provenant de l'un de ses répertoires ne devait pas être considérée comme un seul acte mais plutôt comme une série d'actes indépendants les uns des autres, ce qui n'emporterait pas la violation du droit d'auteur et par le fait même le paiement de redevances. La SOCAN, adoptant l'optique des actes accomplis par l'expéditeur, était plutôt d'avis que l'arrêt *CCH* n'exige pas que la transmission répétée soit le résultat d'un seul acte de l'expéditeur pour que l'alinéa 3(1)f) de la Loi trouve application.

- L'importance du contexte

La Cour est d'avis que retenir les prétentions des Appelantes et adopter l'angle d'analyse du destinataire ne ferait que mener à des résultats arbitraires. En effet, la protection du droit d'auteur ne saurait répondre des détails techniques du mode de communication d'une œuvre :

46. *Supra*, note 31, par. 52.

47. *Supra*, note 4, par. 78 et 79.

[...] la transmission d'une œuvre protégée par l'envoi d'un seul courriel à 100 citoyens ordinaires choisis au hasard constituerait une communication « au public ». Pourtant, suivant la même logique, l'expéditeur qui ferait la même chose, mais en envoyant un courriel distinct à chacun de ces mêmes 100 destinataires ne violerait pas le droit d'auteur. *Lorsque l'acte est fondamentalement identique – bien qu'il soit accompli par des moyens techniques différents –, rien ne justifie d'établir une distinction entre les deux envois pour les besoins de l'application du droit d'auteur.*⁴⁸

[Les italiques sont nôtres.]

La Cour est confortée par les propos du juge Sharlow dans la décision *Assoc. Canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*⁴⁹ à l'effet qu'« [il] serait illogique d'en arriver à un résultat différent pour la simple raison que les transmissions sont effectuées une par une et qu'elles ont donc lieu à des moments différents »⁵⁰. Dans cette décision, la Cour d'appel fédérale concluait que « la personne qui offre à des particuliers la possibilité de télécharger des sonneries pour leurs téléphones portables communique au public l'œuvre musicale contenue dans ces sonneries »⁵¹.

La Cour conclut qu'il faut nécessairement tenir compte du contexte dans l'analyse des transmissions :

S'attacher à chacune des transmissions individuelles fait perdre de vue la nature véritable de la communication en cause et subordonne la protection du droit d'auteur aux détails techniques du mode opératoire retenu par la personne qui violerait le droit d'auteur, ce qui n'est pas de nature à assurer une protection rationnelle du droit d'auteur. *Il faut donc tenir compte du contexte général pour déterminer si une transmission point à point porte atteinte au droit exclusif de communiquer l'œuvre au public. C'est la seule façon de s'assurer que la forme ne l'emporte pas sur le fond.*⁵²

[Les italiques sont nôtres.]

48. *Supra*, note 31, par. 29.

49. 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539 (autorisation de pourvoi refusée, [2008] 2 R.C.S.).

50. *Ibid.*, par. 43.

51. *Supra*, note, 32, par. 31.

52. *Ibid.*, par. 30.

- La communication « sur demande »

Les Appelantes avaient également avancé que la Cour devait considérer l'intention de l'expéditeur qui effectue une transmission de données. À l'instar des faits de l'arrêt *CCH*, les Appelantes prétendaient que la transmission en continu se distingue de la communication à grande échelle, faite à l'initiative de l'expéditeur, puisque la transmission d'une pièce musicale sélectionnée par le consommateur est effectuée à sa demande expresse et non avec l'intention de transmettre à nouveau l'œuvre protégée en cause :

La Commission conclut que « [l]es téléchargements sont « destiné[s] à un groupe de personnes » » et sont « offerts à quiconque possède l'appareil approprié et est disposé à remplir les conditions [établies] » (par. 97). *Il n'est guère possible de soutenir que « l'expéditeur n'a pas l'intention de transmettre de nouveau la même œuvre ».*⁵³

[Les italiques sont nôtres.]

La Cour rejette cet argument au motif que « [l]e libellé de l'al. 3(1)f) de la Loi ne justifie aucunement une interprétation aussi stricte »⁵⁴. Considérer l'intention du destinataire individualiserait l'analyse et ferait fi du contexte général de la transmission, tel que mentionné précédemment. En effet, suite aux conclusions sur l'importance de considérer le contexte, examiner chacune des transmissions isolément, puisqu'elle s'effectue à la demande individuelle d'un consommateur, aurait pour effet de soustraire toute communication sur demande au respect du droit exclusif de communiquer une œuvre au public.

- Neutralité technologique

On se rappellera que l'insertion de l'expression « par télécommunication » à l'alinéa 3(1)f) de la Loi avait précisément comme objectif de permettre à la Lda de suivre l'évolution technologique sans avoir à être constamment modifiée lorsqu'un nouveau mode de communication fait son apparition. Il a notamment été question de cet aspect dans le pourvoi connexe *ESA c. SOCAN*. Les parties sont d'accord à l'effet que le téléchargement ou la transmission en continu de fichiers numériques via Internet est visée par la définition

53. *Ibid.*, par. 33.

54. *Ibid.*, par. 35.

large du terme « télécommunication » à l'article 2 de la Loi. Ainsi, la Cour conclut que l'alinéa 3(1)f) de la Loi ne vise pas que la « distribution sélective » traditionnelle, tel que le prétendaient les Appelantes, puisqu'il est neutre sur le plan technologique :

Le lien historique entre le droit de communiquer au public et la « distribution sélective » ou « radiodiffusion », en particulier la modification apportée en 1988, montre bien que la Loi s'est adaptée pour demeurer en phase avec un contexte technologique en constante évolution. *Ce lien ne permet pas de considérer que la Loi établit implicitement des restrictions qui ne ressortent pas de son libellé neutre ou qui sont même incompatibles avec celui-ci.*⁵⁵

[Les italiques sont nôtres.]

La Cour rappelle également que pour déterminer le champ d'application du droit d'auteur, l'arrêt *Théberge* prévoit que la Loi « est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur »⁵⁶ :

Cet équilibre n'est pas correctement établi lorsque, au lieu de dépendre de l'activité de communication sous-jacente, la protection de l'œuvre est entièrement tributaire du modèle d'entreprise retenu par celui qui contreviendrait au droit d'auteur. *Qu'une entreprise choisisse de transmettre un contenu protégé selon le mode traditionnel de la « radiodiffusion » ou qu'elle opte pour une nouvelle technologie axée sur ce qui plaît ou convient à l'utilisateur, le résultat est en fin de compte le même : l'œuvre protégée est mise à la disposition d'un groupe de personnes faisant partie du grand public.*⁵⁷

[Les italiques sont nôtres.]

2.5 Les conclusions

Pour l'ensemble des motifs expliqués précédemment, la Cour rejette les prétentions des Appelantes et conclut que « la transmis-

55. *Ibid.*, par. 38.

56. *Supra*, note 5, par. 30.

57. *Supra*, note 31, par. 40.

sion d'œuvres musicales considérée en l'espèce, lorsqu'elle constitue une « communication », ne peut être autre chose qu'une communication « au public »⁵⁸ au sens de l'alinéa 3(1)f) de la Loi permettant ainsi l'établissement d'un tarif tel qu'exigé par la SOCAN et le versement de redevances par les Appelantes :

Dans le cas d'un service de musique en ligne, les œuvres musicales sont indistinctement mises à la disposition de quiconque a accès à son site Internet. Dès lors, le consommateur qui demande la transmission en continu ne fait pas partie d'un groupe restreint, comme la famille ou le cercle d'amis. Il fait seulement partie du « public ». Dans ces conditions, transmettre un fichier contenant une œuvre musicale, du site Internet du fournisseur à l'ordinateur du consommateur, à la demande de ce dernier, équivaut dès la première fois à « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre ».⁵⁹

[Les italiques sont nôtres.]

La Cour souligne finalement que les faits de la présente affaire sont différents de ceux de l'affaire *CCH* et qu'ainsi les conclusions citées par les Appelantes ne pouvaient appuyer leurs prétentions.

2.6 Ce que l'on retient

On retient de cet arrêt l'importance d'adopter une vision globale afin de déterminer si l'acte en question emporte l'application de la Loi, et plus précisément la protection des droits exclusifs des titulaires de droit d'auteur. On retient également le rappel de la Cour concernant le principe de la neutralité technologique en matière de droit d'auteur et l'objectif du législateur de permettre à la Loi de suivre l'évolution technologique, mais surtout de continuer à trouver application peu importe le support ou le mode de communication utilisé. Finalement, les conclusions de la Cour s'inscrivent dans la recherche de l'équilibre de la Loi, telle qu'énoncée dans l'arrêt *Théberge*.

Mentionnons également que bien que l'on doive s'en tenir aux conclusions de la majorité relativement à la norme de contrôle applicable à la Commission, les propos de la juge Abella n'étaient pas

58. *Ibid.*, par. 53.

59. *Ibid.*, par. 56.

dépourvus de toute pertinence et il sera intéressant de voir comment la Cour traitera cette question dans l'avenir.

3. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada⁶⁰ : l'écoute « équitable »

3.1 Les faits

Tel que mentionné précédemment, la SOCAN est une société de gestion responsable de déposer des projets de tarifs auprès de la Commission et de percevoir des redevances pour les compositeurs, les auteurs et les éditeurs de musique qu'elle représente.

Bell Canada, Apple Canada Inc., Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. et Société TELUS Communications (les « Intimées ») exploitent des services de musique en ligne et vendent le téléchargement de fichiers audionumériques.

Par l'entremise de vastes catalogues accessibles par Internet, les Intimées offrent au public des œuvres musicales classées par titre de piste ou d'album, genre ou artiste. On peut notamment penser à la populaire plateforme iTunes. En consultant ces catalogues, un consommateur a l'opportunité d'écouter gratuitement l'extrait d'une œuvre musicale qui pourrait l'intéresser. Règle générale, les extraits offerts par les Intimées sont d'une durée de 30 à 90 secondes. Une fois un extrait sélectionné, son écoute se fait par mode de transmission continue, de sorte que le consommateur a accès à une copie temporaire d'une pièce musicale qu'il ne peut conserver de manière permanente dans son ordinateur. Mentionnons que le consommateur peut procéder à l'écoute d'un extrait autant de fois qu'il le désire. Il peut ensuite procéder à l'achat, par voie de téléchargement, d'une copie permanente de la pièce musicale. Dans le marché, une telle pratique se nomme « l'écoute préalable ».

Devant s'adapter à l'ère numérique, et par le fait même aux nouveaux modes de transmission des œuvres des titulaires de droits d'auteur qu'elle représente, la SOCAN a demandé à la Commission de fixer les redevances exigibles lors de la communication au public d'œuvres musicales sur Internet.

60. 2012 CSC 36 (« *SOCAN c. Bell* »).

3.2 *L'historique judiciaire*

En 2007, la Commission a conclu que la SOCAN pouvait, de bon droit, percevoir des redevances pour le téléchargement d'œuvres musicales sur Internet, mais qu'il en était autrement pour l'écoute préalable. En effet, la Commission était d'avis que l'écoute préalable devait être assimilée à l'exception d'utilisation équitable prévue à l'article 29 de la Loi et qu'ainsi, l'écoute préalable ne pouvait emporter le versement de redevances⁶¹.

Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Commission⁶².

3.3 *La question en litige*

Considérant que les gens font de plus en plus l'acquisition de pièces musicales par le biais d'Internet et que plusieurs plateformes offrent la possibilité de procéder à l'écoute préalable, la Cour est d'avis que « la question à trancher est celle de savoir si l'« utilisation équitable » visée à l'article 29 de la Loi [...] peut s'entendre de cette écoute préalable »⁶³.

3.4 *L'exception d'utilisation équitable*

Avant de procéder à son analyse, la Cour fait une revue intéressante du contexte ayant mené à la reconnaissance du droit des utilisateurs.

Historiquement, le droit d'auteur était centré sur l'auteur d'une œuvre ainsi que sur le droit exclusif de cet auteur, ou du titulaire du droit d'auteur, de décider de l'usage de l'œuvre sur le marché⁶⁴. L'arrêt *Théberge* marquait une rupture de cette conception et établissait que l'application du droit d'auteur doit commander « un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur »⁶⁵.

61. *Supra*, note 37.

62. 2010 CAF 123.

63. *Supra*, note 60, par. 1.

64. *Supra*, note 28, p. 478-479.

65. *Supra*, note 5, par. 30.

L'arrêt *CCH* s'inscrivait dans cette évolution du droit d'auteur au Canada et reconnaissait ainsi le rôle essentiel des utilisateurs à la réalisation des objectifs de la Loi liés à l'intérêt public. Effectivement, dans l'arrêt *Théberge*, la Cour mentionnait que la diffusion des œuvres devait jouer un rôle crucial dans l'établissement d'un domaine public rigoureux. Ainsi, dans l'arrêt *CCH*, la Cour soulignait que « l'exception d'utilisation équitable énoncée à l'article 29 de la Loi constitue [justement] l'un des moyens retenus par le législateur pour établir un juste équilibre entre protection et accès »⁶⁶ aux œuvres permettant notamment une diffusion adéquate de celles-ci. De plus, sans l'exception d'utilisation équitable, plusieurs activités essentielles au maintien d'un juste équilibre violeraient le droit d'auteur. C'est pourquoi la Cour est d'avis « [qu'] il ne faut pas l'interpréter restrictivement »⁶⁷.

L'exception d'utilisation équitable comporte deux volets. Dans un premier temps, l'utilisation de l'œuvre doit avoir pour but l'une des fins prévues à l'article 29 de la Loi, soit i) l'étude privée ou ii) la recherche, auxquelles s'ajoutent maintenant iii) l'éducation et iv) la parodie ou la satire. Dans un deuxième temps, l'utilisation de l'œuvre doit se qualifier d'« équitable ». Pour déterminer si l'utilisation est « équitable », la Cour considérera les éléments suivants : i) le but, ii) la nature de l'utilisation, iii) l'ampleur de l'utilisation, iv) l'existence de solutions de rechange à l'utilisation, v) la nature de l'œuvre, et vi) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre :

29. L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

Considérant l'exception d'utilisation équitable comme un « moyen de défense », il incombe à la personne qui l'invoque de faire la démonstration que l'utilisation qu'elle fait d'une œuvre protégée par le droit d'auteur satisfait à ces deux volets.

3.5 L'analyse

La juge Abella, s'exprimant au nom de la Cour, abonde dans le même sens que la Commission et confirme que l'écoute préalable peut s'entendre d'une utilisation équitable.

66. *Supra*, note 60, par. 11.

67. *Supra*, note 4, par. 48.

3.5.1 Premier volet : Une fin permise

Le terme « recherche », tel qu'employé à l'article 29 de la Loi, n'est pas défini par le législateur. Dans l'arrêt *CCH*, la Cour conclut « [qu']il faut [l']interpréter [...] de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints »⁶⁸. Ce faisant, la Cour adhère à la conclusion de la Commission, à l'effet que compte tenu de la preuve présentée, l'écoute préalable peut s'entendre d'une « recherche » au sens de l'article 29 de la Loi. En effet, l'écoute préalable s'inscrit dans un processus exigeant effort et recherche de la part du consommateur afin qu'il puisse être en mesure d'arrêter son choix sur la pièce musicale qu'il pourrait éventuellement acheter par voie de téléchargement. La SOCAN était toutefois d'avis qu'une telle interprétation du terme « recherche » est i) trop large et ii) ne tient pas compte du point de vue du fournisseur de services.

- Interprétation large ou restrictive ?

Selon la SOCAN, la « recherche » devrait avoir pour but la conception d'œuvres créatives, car seule une utilisation contribuant au processus de création serait dans l'intérêt public. Toutefois, une telle interprétation « restrictive » irait à l'encontre des enseignements de la Cour suprême du Canada à l'effet que la diffusion des œuvres protégées par le droit d'auteur fait également partie des objets de la Loi. Une interprétation « large » de l'exception d'utilisation équitable milite ainsi à l'équilibre recherché dans l'arrêt *Théberge* :

Certes, l'un des objets importants de l'utilisation équitable des œuvres protégées est de permettre à d'autres personnes d'accomplir elles-mêmes des actes d'expression et de création (A. DRASSINOWER, « *Taking User Rights Seriously* », dans Michael GEIST (dir.), *In the Public Interest : (2005) The Future of Canadian Copyright Law* 462, 467-472). *Pour autant, on ne saurait considérer que seule une fin créative constitue une fin de « recherche » pour l'application de l'art. 29 de la Loi sur le droit d'auteur, car ce serait oublier que la diffusion des œuvres fait également partie des objets de la Loi ; dès lors, la diffusion – avec ou sans créativité – est aussi dans l'intérêt public. [...]*⁶⁹

[Les italiques sont nôtres.]

68. *Ibid.*, par. 51.

69. *Supra*, note 60, par. 21.

La SOCAN invoquait également un courant jurisprudentiel américain à l'effet que l'on ne doit conclure au caractère équitable d'une utilisation que si celle-ci est à une fin « transformative ». À cet égard, la Cour rappelle que les différences fondamentales entre la loi canadienne et la loi américaine doivent appeler à la prudence quant à l'importation automatique des concepts américains en matière de droit d'auteur. En effet, « contrairement aux tribunaux américains qui passent directement à l'appréciation du caractère équitable, les tribunaux canadiens déterminent d'abord s'il y a utilisation à l'une des fins permises dans la Loi sur le droit d'auteur avant de se pencher sur le caractère équitable »⁷⁰.

- L'angle d'analyse

Concernant l'angle d'analyse, tel qu'il était mentionné dans l'arrêt *CCH*, la Cour rappelle que l'utilisation d'exception équitable est le droit des utilisateurs, et qu'en l'espèce, il convient d'adopter le point de vue du consommateur aux fins de son appréciation. Or, la SOCAN soutenait que l'on devrait plutôt analyser le premier volet en fonction du fournisseur de services :

De même, afin de déterminer si, pour les besoins du premier volet du critère de l'arrêt *CCH*, la fin qui sous-tend l'écoute préalable est la « recherche », *la Commission tient compte avec raison du point de vue de l'utilisateur ou de la fin que poursuit le consommateur*. Sous cet angle, l'écoute préalable permet au consommateur d'effectuer une recherche pour choisir les pièces dont il fera l'achat, *ce qui entraîne la diffusion des œuvres musicales et la rétribution de leurs créateurs, deux résultats voulus par le législateur*.⁷¹

[Les italiques sont nôtres.]

3.5.2 Deuxième volet : Le caractère « équitable »

Concluant que l'écoute préalable pouvait s'entendre de la « recherche », la Cour devait par la suite déterminer le caractère « équitable » d'une telle écoute. Pour ce faire, la Cour applique les éléments développés dans l'arrêt *CCH* et rappelle que le caractère équitable est une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances en l'espèce⁷².

70. *Ibid.*, par. 26.

71. *Ibid.*, par. 30.

72. *Supra*, note 4, par. 52.

- Le but de l'utilisation

La Cour doit déterminer objectivement le but ou le motif réel de l'utilisation de l'œuvre protégée⁷³. La SOCAN alléguait que l'écoute préalable a un but strictement commercial. Abondant dans le même sens que la Commission et la Cour d'appel fédérale, la Cour est plutôt d'avis que la SOCAN arrive à une telle conclusion puisqu'elle se place du point de vue du fournisseur de services. Toutefois, si l'on aborde cet élément selon l'angle d'analyse de l'utilisateur, le but est essentiellement le même que la fin poursuivie faisant l'objet du premier volet de l'analyse, c'est-à-dire la recherche d'œuvres musicales en vue d'en faire l'achat par voie de téléchargement. L'écoute préalable ne permet que de faciliter la recherche du consommateur. À cet effet, la Cour ajoute :

La Commission relève également que des mesures garantissent raisonnablement que l'écoute préalable aurait lieu à cette fin : *les extraits sont courts, en continu et de qualité souvent inférieure à celle de l'œuvre musicale. Ces caractéristiques empêchent la substitution des extraits aux œuvres, mais permettent néanmoins la recherche.*⁷⁴

[Les italiques sont nôtres.]

- La nature de l'utilisation

Selon cet élément, l'utilisation peut être inéquitable lorsque de multiples copies d'une œuvre sont diffusées largement⁷⁵. La SOCAN prétendait que dans le cadre de l'écoute préalable, un consommateur accède en moyenne dix fois plus souvent à un extrait qu'à la version intégrale d'une pièce musicale. Toutefois, la Cour souligne que puisque les extraits sont transmis en continu, le consommateur n'en obtient pas de copie permanente. Partant, la transmission en continu ne permet pas au consommateur d'obtenir une copie permanente de la pièce musicale puisque le fichier est supprimé automatiquement à la fin de l'écoute préalable. Une telle mesure rend impossible toute reproduction ou nouvelle diffusion par l'utilisateur. Ainsi, le fait que la copie cesse d'exister après son usage milite en faveur du caractère équitable de l'utilisation⁷⁶.

73. *Ibid.*, par. 54.

74. *Supra*, note 60, par. 35.

75. *Supra*, note 4, par. 55.

76. *Ibid.*

- L'ampleur de l'utilisation

La Commission précisait dans l'appréciation de l'« ampleur » que celle-ci doit correspondre à la durée de l'extrait par rapport à la durée entière de l'œuvre. Or, la SOCAN prétendait plutôt qu'il faut tenir compte du nombre global d'extraits écoutés par les consommateurs au moyen de la transmission en continu et que, suivant ce raisonnement, le temps consacré globalement à l'écoute préalable est si considérable qu'il rend l'utilisation inéquitable. La Cour n'est toutefois pas de cet avis et abonde plutôt dans le même sens que la Commission :

S'il ne fait aucun doute que l'écoute préalable donne globalement accès à une grande quantité de musique, l'argument de la SOCAN va toutefois à l'encontre de ce que dit la Cour dans *CCH*, à savoir que l'« ampleur » de l'utilisation s'entend de « l'ampleur [d'ordre quantitatif] de l'extrait tiré de l'œuvre » (par. 56). *Puisque le droit d'utilisation équitable correspond à un droit des utilisateurs, il faut déterminer « l'ampleur » en fonction de l'utilisation individuelle, et non globale. C'est donc à l'aune du rapport entre l'extrait et l'œuvre entière, comme le préconise la Commission, qu'il faut déterminer l'ampleur de l'utilisation.* Une telle conclusion me paraît conforme à la démarche de la Cour dans *CCH*, où elle qualifie l'utilisation des œuvres en se penchant sur les suites données par la Grande bibliothèque aux demandes individuelles formulées par des usagers relativement à des œuvres précises, et non sur le nombre total d'utilisateurs ou le nombre total de pages demandées. *Il faut donc apprécier l'élément de l'« ampleur de l'utilisation » au regard de chacune des utilisations individuelles plutôt que de l'ensemble des utilisations.*⁷⁷

[Les italiques sont nôtres.]

La Cour souligne également que cette approche « globale » doit plutôt être considérée dans l'appréciation du deuxième élément, soit la nature de l'utilisation. Au surplus, la Cour est d'avis que retenir une telle approche irait à l'encontre du principe de neutralité technologique, c'est-à-dire l'application uniforme de la Loi peu importe le support ou le degré d'avancement technologique. En effet, « vu la facilité avec laquelle une œuvre numérisée peut être diffusée à grande échelle sur Internet, s'attacher à l'utilisation « globale »

77. *Supra*, note 60, par. 41.

risque de mener à une conclusion d'utilisation inéquitable beaucoup plus souvent pour les œuvres qui sont numérisées que pour celles qui ne le sont pas [...] »⁷⁸.

- Les solutions de rechange

La Cour doit également examiner toute solution de rechange à l'utilisation de l'œuvre protégée, soit le fait qu'un équivalent non protégé aurait pu servir ou que l'utilisation de l'œuvre n'était pas raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée qui pourrait militer contre le caractère équitable de l'utilisation⁷⁹. Pour sa part, la SOCAN arguait que les Intimées pourraient avoir recours à d'autres méthodes que l'écoute préalable, telles que la publicité, les pochettes d'albums, les critiques, *etc.* Or, aucune des solutions de rechange proposées par la SOCAN ne permettrait au consommateur d'entendre la pièce musicale. La Cour fait sienne la conclusion de la Commission à l'effet que « [l']écoute préalable d'un extrait est vraisemblablement la façon la plus pratique, la plus économique et la plus sûre pour les [utilisateurs] de s'assurer d'obtenir ce qu'ils veulent »⁸⁰.

- La nature de l'œuvre

La Cour doit déterminer si l'œuvre est de celles qui devraient être largement diffusées. La SOCAN n'est pas contre le fait qu'une œuvre soit largement diffusée ; toutefois, elle est d'avis qu'une œuvre protégée peut être facilement acquise et diffusée sans avoir recours à l'écoute préalable. À cet effet, la Cour croit plutôt « [qu']un grand accès à une œuvre musicale ne coïncide pas nécessairement avec sa diffusion à grande échelle. Il n'y aura diffusion d'une œuvre que si un acquéreur éventuel peut la trouver et décide de l'acheter »⁸¹.

- L'effet de l'utilisation

La Cour établit un lien entre le cinquième élément et le sixième élément, notamment quant au risque que l'écoute préalable puisse nuire ou même concurrencer une pièce musicale. Considérant la courte durée et la piètre qualité des extraits disponibles pour l'écoute préalable, la Cour est d'avis qu'il serait difficile d'en arriver à de telles conclusions. Effectivement, « l'écoute préalable a pour effet

78. *Ibid.*, par. 43.

79. *Supra*, note 4, par. 57.

80. *Supra*, note 62, par. 114.

81. *Supra*, note 60, par. 47.

d'augmenter les ventes d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur – donc leur diffusion –, ce qui entraîne la rémunération de leurs créateurs, on ne saurait lui attribuer d'incidence négative sur les œuvres »⁸². Un tel effet rejoint directement les objectifs de la Loi, tel qu'énoncé dans les arrêts *Théberge* et *CCH*.

3.6 Les conclusions

Suite à son analyse, la Cour confirme la conclusion de la Commission à l'effet que l'écoute préalable peut s'entendre d'utilisation équitable au sens de l'article 29 de la Loi et que les Intimés ne violent pas le droit d'auteur :

[...] Pour arriver à cette conclusion, la Commission établit un juste équilibre entre les objets de la Loi en encourageant la création et la diffusion des œuvres, d'une part, et en veillant à la juste rétribution des créateurs, d'autre part. Elle respecte les paramètres établis par la Cour dans *CCH*, les principes d'interprétation qui y sont énoncés et le critère qui y est formulé pour déterminer qu'une utilisation peut être assimilée ou non à l'utilisation équitable visée à l'art. 29 de la Loi sur le droit d'auteur. [...] ⁸³

3.7 Ce que l'on retient

L'arrêt *SOCAN c. Bell* offre une bonne rétrospective de l'exception d'utilisation équitable prévue à l'article 29 de la Loi, notamment concernant l'historique de cette disposition et la reconnaissance dans l'arrêt *CCH* d'un véritable droit des utilisateurs.

On retient de cet arrêt un certain élargissement du premier volet de l'utilisation équitable et de l'expression « à des fins de recherches ». Concernant le deuxième volet, la Cour amène quelques précisions sur l'application des critères développés dans l'arrêt *CCH*. Fait important à noter, la Cour souligne qu'il y a lieu d'adopter le point de vue de l'utilisateur et non du fournisseur de services lors de l'analyse des faits.

La Cour ne peut que reconnaître l'utilité de l'écoute préalable dans la diffusion et la promotion des œuvres, ce qui a pour effet

82. *Ibid.*, par. 48.

83. *Ibid.*, par. 49.

d'augmenter l'accessibilité et, par le fait même, l'opportunité pour les créateurs d'obtenir plus de redevances.

4. *Alberta (Education) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*⁸⁴ : l'enseignement, une fin permise ?

4.1 *Les faits*

La Canadian Copyright Licensing Agency (mieux connue sous la raison sociale « Access Copyright »), représente des auteurs et des éditeurs d'œuvres littéraires et artistiques au Canada. Elle négocie et octroie des licences, globales ou ponctuelles, d'utilisation pour les œuvres de ses membres contenues dans son catalogue. Elle est également responsable de percevoir les redevances générées par ces œuvres et de les redistribuer à ses membres. Lorsqu'elle n'est pas en mesure de conclure une entente d'octroi de licence avec un utilisateur, Access Copyright peut déposer un projet de tarif devant la Commission afin de fixer les redevances applicables à l'utilisation d'une œuvre de son catalogue.

Pour la période 1991 à 1997, Access Copyright avait conclu, avec l'ensemble des provinces canadiennes (les « Appelantes »), à l'exception du Québec, une entente relativement aux redevances exigibles pour la reproduction d'œuvres incluses à son catalogue en vue d'une utilisation dans les établissements d'enseignement élémentaire et secondaire des Appelantes. En 1999, les Appelantes ont conclu une entente de cinq ans prévoyant l'augmentation du montant des redevances, lesquelles étaient dorénavant fixées au prorata du nombre d'élèves, et non plus en fonction du nombre de pages reproduites.

Au moment de procéder au renouvellement de cette entente en 2004, Access Copyright a demandé une modification du calcul des redevances. En effet, plutôt que d'être établi au prorata du nombre d'élèves, elle désirait que le montant des redevances tienne alors compte du volume et de la teneur de l'objet reproduit. Puisque les parties n'étaient pas en mesure de s'entendre, Access Copyright a déposé un projet de tarif pour la période 2005 à 2009 auprès de la Commission. Avant que la Commission ne puisse se prononcer sur le projet de tarif, les parties se sont entendues sur les modalités

84. 2012 CSC 37 (« *Alberta c. Access Copyright* »).

d'« enquête sur le volume », ont procédé à une collecte des données et ont convenu de l'existence de quatre catégories de copies. Les parties étaient d'accord que les trois premières catégories de copies, c'est-à-dire celles faites par un enseignant pour lui-même ou pour un élève à sa demande, correspondaient à une utilisation équitable. Toutefois, les parties ne s'entendaient pas sur le caractère équitable des copies de la catégorie 4⁸⁵, c'est-à-dire lorsque l'enseignant fait des copies de son propre chef et demande à ses élèves d'en prendre connaissance. En effet, Access Copyright est d'avis que les copies relatives à la catégorie 4, représentant environ 16,9 millions de pages, devraient être assujetties à un tarif différent puisqu'elles ne respectent pas les critères établis dans l'arrêt *CCH* relativement à l'utilisation équitable.

4.2 L'histoire judiciaire

La Commission concluait que les copies de la catégorie 4 étaient produites selon les fins permises à l'article 29 de la Loi, c'est-à-dire aux fins d'étude privée ou de recherche. Toutefois, à l'étude du deuxième volet, la Commission n'a pas été en mesure de conclure au caractère équitable des copies de la catégorie 4. Elle a également rejeté les prétentions des Appelantes à l'effet que les copies de la catégorie 4 pouvaient bénéficier de l'exception spécifique aux établissements d'enseignement prévue à l'article 29.4 de la Loi⁸⁶.

Les Appelantes en ont alors appelé de la décision de la Commission par voie de contrôle judiciaire. La Cour d'appel fédérale a tout d'abord renvoyé devant la Commission la question de l'exception spécifique aux établissements d'enseignement, considérant que l'un des volets du critère n'avait pas été considéré. Elle a toutefois jugé raisonnable la conclusion de la Commission à l'effet que les copies de la catégorie 4 ne remplissaient pas le deuxième volet de l'exception d'utilisation équitable⁸⁷.

4.3 La question en litige

Dans le présent litige, les Appelantes interjettent appel sur le caractère déraisonnable de la décision de la Commission relativement à l'appréciation du caractère équitable des copies de la caté-

85. *Supra*, note 84, par. 7 : « [...] Elles résultent de la reproduction de courts extraits de manuels et elles sont distribuées aux élèves par l'enseignant en guise de complément au manuel principal utilisé. »

86. 2009 D.C.D.A. n° 6 (QL).

87. 2010 CAF 198.

gorie 4. La Cour est d'avis que la question à trancher « [...] est celle de savoir si le fait, pour les enseignants, de faire des photocopies en vue de les distribuer en classe aux élèves peut constituer une utilisation équitable pour l'application de la [Loi] »⁸⁸.

4.4 L'analyse

4.4.1 Court rappel des arrêts *SOCAN c. Bell* et *CCH*

D'entrée de jeu, la Cour reprend essentiellement les mêmes remarques qu'elle avait mentionnées relativement à l'exception d'utilisation équitable dans le pourvoi connexe *SOCAN c. Bell*, notamment à l'effet que l'utilisation équitable s'entend de certaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d'auteur.

Citant l'arrêt *CCH*, la Cour rappelle également que la personne désirant bénéficier de l'exception d'utilisation équitable doit être en mesure de démontrer que l'utilisation qu'elle fait d'une œuvre protégée i) poursuit l'une ou l'autre des fins permises par la Loi et ii) est « équitable ». Aux fins du second volet de l'analyse, les éléments considérés par la Cour sont les suivants : i) le but de l'utilisation, ii) la nature de l'utilisation, iii) l'ampleur de l'utilisation, iv) l'existence de solutions de rechange à l'utilisation, v) la nature de l'œuvre, et vi) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. La dissidence précise toutefois que la prise en compte de ces éléments n'est pas une exigence de la Loi.

4.4.2 Consensus sur le premier volet

Les parties ont convenu que les copies de la catégorie 4 respectent les fins visées à l'article 29 de la Loi, soit la « recherche » ou « l'étude privée ». Prenant connaissance de ce consensus sur le premier volet, la Cour est d'avis que le litige porte alors essentiellement sur le deuxième volet, à savoir : « les copies de la catégorie 4 résultent-elles d'une utilisation « équitable » au regard des éléments énoncés dans *CCH* ? »⁸⁹.

88. *Supra*, note 84, par. 1.

89. *Ibid.*, par. 14.

4.4.3 Le caractère « équitable » des copies de la catégorie 4

En effet, la Cour remet en question l'application que la Commission a faite de certains des éléments d'appréciation du caractère équitable.

- Le but de l'utilisation

Étant d'avis que l'erreur de la Commission est essentiellement due à une mauvaise conception de l'élément correspondant au but de l'œuvre ainsi qu'à une mauvaise interprétation de l'arrêt *CCH*, la Cour consacre la majeure partie de son analyse à cet élément :

À mon avis, le problème principal réside dans la manière dont elle conçoit l'élément qui correspond au « but de l'utilisation ». *Parce que les copies de la catégorie 4 ne sont pas faites à la demande d'un élève, la Commission conclut au second volet que la reproduction n'a plus pour fin la recherche ou l'étude privée.* Elle invoque à l'appui de sa conclusion le fait que, dans l'affaire *CCH*, la Grande bibliothèque produisait des copies à la demande d'avocats. *En l'espèce, puisque les copies de la catégorie 4 ne résultent pas d'une telle demande, la Commission estime que l'utilisation a pour but prédominant la fin poursuivie par l'enseignant, c'est-à-dire « l'étude non privée » ou « l'enseignement ».* *Cet élément fait selon elle pencher la balance du côté de l'utilisation inéquitable.* La Cour d'appel fédérale convient avec la Commission que le but ou le motif réel de la reproduction est l'enseignement, non l'étude privée.⁹⁰

[Les italiques sont nôtres.]

La Commission et la Cour d'appel fédérale en sont venues à cette conclusion en suivant les prétentions d'Access Copyright à l'effet qu'il faut déterminer le but de l'utilisation du point de vue de la personne qui fait la copie, en l'espèce l'enseignant. Or, suivant les enseignements de l'arrêt *CCH*, l'exception d'utilisation équitable est un « droit des utilisateurs » et en l'espèce, il convient d'adopter le point de vue de l'élève afin de déterminer s'il y a utilisation à une fin permise.

Access Copyright se fondait essentiellement sur trois arrêts du Commonwealth selon lesquels la fin que poursuit la personne qui

90. *Ibid.*, par. 15.

reproduit l'œuvre est déterminante. Toutefois, la Cour est d'avis qu'une telle jurisprudence n'est pas très utile en l'espèce puisque « les tribunaux du Royaume-Uni conçoivent la « fin » de l'utilisation plus restrictivement que ne le fait la Cour dans CCH. »⁹¹. Retenir une telle approche ne permettrait pas d'interpréter les fins permises de manière large de sorte que les droits des utilisateurs pourraient être indûment restreints. La Cour fait également siens les propos du juge Linden de la Cour d'appel fédérale⁹² à l'effet que dans ces arrêts, les intéressés étaient animés par un motif commercial et tentaient d'échapper à des allégations de violation du droit d'auteur en s'appuyant sur les fins permises que sont la « recherche » ou l'« étude privée » :

Donc, dans la mesure où elles sont pertinentes, ces affaires permettent d'affirmer non pas que la « recherche » et l'« étude privée » sont incompatibles avec l'enseignement, *mais plutôt que l'auteur des copies ne peut dissimuler la fin distincte qu'il poursuit en l'amalgamant avec la recherche ou l'étude à laquelle s'adonne l'utilisateur final.*⁹³

[Les italiques sont nôtres.]

Or, la Cour souligne que le but de l'auteur des copies n'est pas toujours dépourvu de toute pertinence lorsque vient le temps d'apprécier le caractère équitable de l'utilisation. Toutefois, dans la présente affaire, l'enseignant qui photocopie lui-même des extraits d'un volume et qui demande à ses élèves d'en prendre connaissance n'a pas de « motif inavoué », mais poursuit plutôt une fin d'enseignement dans un contexte d'éducation :

[...] *On ne saurait non plus soutenir qu'il poursuit une fin d'« enseignement » totalement distincte, car il est là pour faciliter la recherche et l'étude privée des élèves.* Il est à mon avis axiomatique que la plupart des élèves sont incapables de trouver ou de demander les documents que requièrent leurs propres recherche et étude privée et qu'ils dépendent à cet égard de l'enseignant. Ils étudient ce qu'on leur dit d'étudier, et la fin que poursuit l'enseignant lorsqu'il fait des copies est celle de procurer à ses élèves le matériel nécessaire à leur apprentissage. *L'enseignant/auteur des copies et l'élève/utilisateur qui*

91. *Supra*, note 84, par. 19.

92. *Supra*, note 4, par. 132.

93. *Supra*, note 84, par. 21.

*s'adonne à la recherche ou à l'étude privée poursuivent en symbiose une même fin. Dans le contexte scolaire, enseignement et recherche ou étude privée sont tautologiques.*⁹⁴

[Les italiques sont nôtres.]

La Commission continue son interprétation erronée de l'arrêt *CCH* en concluant qu'il faut faire une distinction entre les copies produites par un enseignant à la demande d'un élève (catégories 1 à 3) et les copies produites par un enseignant en l'absence d'une telle demande (catégorie 4). Toutefois, « [d]ans *CCH*, la Cour ne laisse aucunement entendre que les photocopies d'ouvrages juridiques doivent avoir été « demandées » à la Grande bibliothèque pour que l'on puisse considérer qu'elles ont été faites aux fins « de recherche ». Au contraire, elle conclut que les copies d'ouvrages juridiques « sont nécessaires au processus de recherche et en font donc partie »⁹⁵. Considérant que la distribution de copies représentant des courts extraits de manuels scolaires est un élément essentiel de la recherche et de l'étude privée, la Cour est d'avis que les copies remises aux élèves, qu'elles le soient à leur demande ou non, ne changera en rien leur importance puisqu'ils s'adonnent à l'une ou l'autre des fins permises par la Loi.

La Commission concluait également que les copies de la catégorie 4 ne pouvaient se qualifier d'équitables puisqu'elles ne poursuivaient pas une fin d'étude « privée », étant utilisées collectivement par les élèves en classe plutôt qu'isolément par chacun des étudiants. Or, la Cour est d'avis « [qu'e]n s'attachant au lieu physique de l'enseignement dispensé en classe plutôt qu'à la notion d'étude, la Commission dissocie encore de manière artificielle l'enseignement dispensé par l'enseignant et l'étude à laquelle se livre l'élève »⁹⁶.

- L'ampleur de l'utilisation

Aux fins de l'appréciation de cet élément, la Commission devait se demander si la proportion entre chacun des courts extraits et l'œuvre complète est équitable. En adoptant le point de vue de l'enseignant, la Cour est d'avis que la Commission fausse son analyse de l'ampleur de l'utilisation. En effet, il ne faut pas perdre de vue que malgré que les copies de la catégorie 4 soient faites par l'enseignant, ce sont les élèves qui les utiliseront au final.

94. *Ibid.*, par. 23.

95. *Ibid.*, par. 24.

96. *Ibid.*, par. 27.

De plus, tel qu'elle l'avait souligné dans l'arrêt *SOCAN c. Bell*, « l'élément de l'« ampleur » ne commande pas une appréciation quantitative en fonction de l'utilisation globale ; il appelle un examen du rapport entre l'extrait, et non pas la quantité totale de ce qui est diffusé, mais bien l'œuvre complète »⁹⁷. Or, l'aspect quantitatif, soit la distribution de multiples copies à des classes entières, doit plutôt être considéré lors de l'analyse de l'élément de la nature de l'utilisation. En considérant le nombre total de copies de la catégorie 4, la Commission évince la proportionnalité de l'analyse du caractère équitable.

- L'existence de solutions de rechange

Tel qu'établi dans l'arrêt *CCH*, « [l]a balance risque de pencher en faveur d'une utilisation inéquitable lorsqu'un équivalent non protégé peut remplacer l'œuvre ou que l'utilisation de cette dernière n'est pas raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée »⁹⁸. Suite à son analyse, la Commission était d'avis que les Appelantes disposaient d'une solution de rechange aux copies de la catégorie 4, en considérant qu'ils pouvaient simplement acquérir des exemplaires pour tous les élèves ou les mettre à leur disposition à la bibliothèque.

Or, la Cour est d'avis qu'adopter une telle solution n'est pas réaliste, voire impraticable. En effet, les copies de courts extraits sont faites justement afin de faciliter un accès, plutôt limité, aux exemplaires que les Appelantes ont déjà acquis et qu'elles conservent dans les salles de classe ou à la bibliothèque. Retenir la solution de la Commission obligerait les Appelantes à acheter, pour chacun des élèves, un exemplaire complet de toutes les œuvres visées par le catalogue d'Access Copyright et utilisées par les enseignants. Elle conclut : « La reproduction de courts extraits est donc raisonnablement nécessaire eu égard aux fins visées que sont la recherche et l'étude privée des élèves »⁹⁹.

- L'effet de l'utilisation sur l'œuvre

La Cour se penche en dernier lieu sur les prétentions d'Access Copyright concernant l'effet des copies de la catégorie 4 sur les œuvres visées par son catalogue et les conclusions de la Commission. On se rappellera tout d'abord que l'appréciation de cet élément per-

97. *Ibid.*, par. 29.

98. *Supra*, note 4, par. 57.

99. *Supra*, note 84, par. 32.

met de déterminer si l'utilisation faite d'une œuvre a un effet nuisible sur celle-ci ou la concurrence.

Considérant que les établissements scolaires copient plus d'un quart de milliard de pages de manuels scolaires chaque année, la Commission était d'avis que l'effet de ces photocopies est suffisamment important pour conclure à son caractère inéquitable.

Or, il appert que les copies de la catégorie 4 représentent moins de 7 % de ces pages. De plus, rien n'a été mis en preuve afin de démontrer l'existence d'un quelconque lien entre les copies de la catégorie 4 et la diminution des ventes de manuels scolaires, tel que le prétendait Access Copyright. Finalement, la Cour n'est pas en mesure de conclure que les photocopies de courts extraits, à titre complémentaire, peuvent concurrencer les manuels scolaires disponibles sur le marché. En effet, sans ces photocopies, l'accès à un complément d'information serait tout simplement moins évident pour les élèves.

4.5 Les conclusions

L'appréciation du caractère équitable d'une utilisation est essentiellement une question de fait. En appliquant la norme de contrôle de la décision raisonnable, la Cour est d'avis que la décision de la Commission est déraisonnable puisque sa conclusion, à l'effet que les copies de la catégorie 4 sont « inéquitables », est issue d'une mauvaise application des éléments énoncés dans l'arrêt *CCH*. La Cour accueille donc le pourvoi et renvoie l'affaire à la Commission pour qu'elle l'examine à nouveau.

4.6 Ce que l'on retient

À l'instar du pourvoi connexe *SOCAN c. Bell*, l'arrêt *Alberta c. Access Copyright* reprend et applique les principes énoncés dans l'arrêt *CCH* relativement à l'exception d'utilisation équitable. Tout en considérant l'intention de l'enseignant, on retient que c'est du point de vue du véritable utilisateur des copies, l'élève, que la Cour doit procéder à son analyse. On note également la distinction relativement aux critères de l'ampleur et de la nature de l'utilisation

Les conclusions de l'arrêt *Alberta c. Access Copyright*, juxtaposées à l'ajout de l'« éducation » à titre de fin permise à l'article 29 de la Loi, auront un impact bien réel pour les sociétés de gestion collective

et les titulaires de droits d'auteur. À titre d'exemple, le 18 janvier 2013, la Commission rendait sa décision suite au réexamen des copies de la catégorie 4 exigé par la Cour. Elle concluait ainsi :

La décision de la Cour suprême est claire et ne laisse place à aucune interprétation : compte tenu du dossier soumis à la Commission et des conclusions de fait de la Cour suprême, les copies de la catégorie 4 constituent une utilisation équitable à une fin permise et, à ce titre, ne donnent pas droit à une redevance. Le taux par élève ETP doit être réduit en conséquence.¹⁰⁰

Les redevances qui avaient été fixées à 5,16 \$ par élève équivalent temps plein (« ETP »)¹⁰¹ ont donc été réduites à 4,81 \$ par élève ETP. Des conséquences similaires sont également possibles au Québec, notamment sur les conventions à intervenir entre la Conférence des recteurs et des principaux des universités du Québec (CRÉPUQ) et la Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC).

5. Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada¹⁰² : La limite des droits voisins

5.1 Les faits

Ré:Sonne (« l'Appelante ») est une société de gestion autorisée à percevoir une rémunération équitable en vertu du paragraphe 19(1) de la Loi pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication de l'enregistrement sonore publié d'œuvres musicales. Le 28 mars 2008, Ré:Sonne a déposé devant la Commission deux projets de tarifs concernant i) l'établissement d'une redevance pour l'utilisation d'enregistrements sonores intégrés dans un film par un cinéma ou par un autre établissement projetant des films (le « Tarif 7 ») et ii) l'utilisation d'enregistrements sonores lors d'une télédiffusion commerciale en direct, ou par une télévision spécialisée, payante ou autre (le « Tarif 9 »).

100. *Tarif des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvre de son répertoire (Établissements d'enseignement – 2005-2009)*, Commission du droit d'auteur, le 18 janvier 2013, par. 5.

101. *Tarif des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvre de son répertoire (Établissements d'enseignement – 2005-2009)*, Commission du droit d'auteur, le 17 juillet 2009.

102. 2012 CSC 38.

La Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Bell ExpressVu LLP, Cogeco Câble inc., Eastlink, Quebecor Media, Société TELUS Communications, Association canadienne des radio-diffuseurs et Société Radio-Canada (collectivement, les « Intimées ») ont contesté ces deux projets de tarifs arguant que la définition d'« enregistrement sonore » énoncée à l'article 2 de la Loi excluait la bande sonore d'une œuvre cinématographique.

Au soutien de sa thèse, l'Appelante prétend que le terme « bande sonore » utilisé à l'article 2 de la Loi renvoie uniquement à l'ensemble des sons qui accompagnent une œuvre cinématographique et non à ses éléments constitutifs. En effet, par opposition à l'ensemble des sons qui accompagnent une œuvre cinématographique, Ré:Sonne est d'avis que les enregistrements sonores préexistants incorporés à une bande sonore en forment des éléments constitutifs et ne sont pas visés par la portée du terme « bande sonore », tel qu'utilisé à l'article 2 de la Loi.

5.2 L'histoire judiciaire

Se ralliant à l'interprétation préconisée par les Intimées, la Commission avait conclu que les projets de Tarif 7 et de Tarif 9 n'étaient pas fondés en droit et ne pouvaient donc pas être homologués¹⁰³.

Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale estime que la Commission a correctement statué et souscrit à la décision¹⁰⁴.

5.3 La question en litige

Ré:Sonne interjette appel devant la Cour suprême du Canada afin qu'elle détermine si les enregistrements sonores préexistants incorporés à une bande sonore sont visés par le terme « bande sonore » utilisé dans la définition que fournit l'article 2 de la Loi au terme « enregistrement sonore ». Plus concrètement :

[...] puisque seul un « enregistrement sonore » peut donner droit à l'application d'un tarif en vertu de l'art. 19, la reproduction d'un enregistrement sonore préexistant qui fait partie inté-

103. (2009), 78 C.P.R. (4th) 64.

104. 2011 CAF 70.

grante de la bande sonore d'une œuvre cinématographique peut-elle donner droit à l'application d'un tarif quand la bande sonore en question accompagne une œuvre cinématographique ?¹⁰⁵

5.4 *Les droits voisins*

Afin de trancher la question en litige, la Cour rappelle brièvement le contexte législatif entourant les « droits voisins » et plus précisément l'objectif visé par l'adoption de l'article 19 de la Loi. Similaires aux droits d'auteur traditionnels prévus au paragraphe 3(1) de la Loi, l'implantation de droits voisins en 1997 avait notamment pour objectif de conférer aux artistes-interprètes et aux producteurs le droit à une rémunération équitable à l'égard de leurs enregistrements sonores :

19. (1) Sous réserve du para. 20(1), l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication – à l'exclusion de la communication visée aux alinéas 15(1.1)d) ou 18(1.1)a) et de toute retransmission – de l'enregistrement sonore publié.

[...]

(2) En vue de cette rémunération, quiconque exécute en public ou communique au public par télécommunication l'enregistrement sonore publié doit verser des redevances :

a) dans le cas de l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale, à la société de gestion chargée, en vertu de la partie VII, de les percevoir ; [...]

En l'espèce, Ré:Sonne est la société de gestion autorisée à percevoir les redevances des artistes-interprètes et des producteurs fixées en fonction des tarifs établis par la Commission lorsqu'un enregistrement sonore est exécuté en public ou communiqué au public par télécommunication.

5.5 *L'analyse*

Le droit à une rémunération équitable suivant les projets de Tarif 7 et de Tarif 9 est sujet à l'interprétation d'« enregistrement

105. *Supra*, note 102, par. 25.

sonore », tel que défini à l'article 2 de la Loi. Ainsi, la Cour devait déterminer si le terme « bande sonore », non défini dans la Loi, est un « enregistrement sonore » permettant à l'Appelante de percevoir des redevances pour son exécution en public ou sa communication au public par télécommunication, tel que prévu à l'article 19 de la Loi. La définition « d'enregistrement sonore » est la suivante :

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

« enregistrement sonore » Enregistrement constitué de sons provenant ou non de l'exécution d'une œuvre et fixés sur un support matériel quelconque ; *est exclue de la présente définition la bande sonore d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle accompagne celle-ci.*

[Les italiques sont nôtres.]

Suivant les principes clairement établis et reconnus en matière d'interprétation législative¹⁰⁶, la Cour est d'avis qu'une « bande sonore » doit être considérée comme un « enregistrement sonore » au sens de l'article 2 de la Loi, donnant ainsi droit à une rémunération équitable en vertu de l'article 19 de la Loi, seulement dans la mesure où une telle bande sonore n'accompagne pas une œuvre cinématographique. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Lebel écrit :

Lorsqu'il accompagne un film, l'enregistrement de sons qui constituent une bande sonore n'est pas visé par la définition « d'enregistrement sonore » et ne déclenche pas l'application de l'art. 19. Un enregistrement sonore préexistant est constitué de sons enregistrés. Or, la Loi ne précise pas que l'enregistrement préexistant d'un « son » qui accompagne un film ne peut pas constituer une « bande sonore » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 2. À mon avis, un enregistrement sonore préexistant ne peut pas être exclu du sens de « bande sonore », à moins que le législateur exprime explicitement une telle intention dans la Loi. Il aurait pu le faire, par exemple, en

106. *Ibid.*, par. 32 : « [...] l'interprétation législative vise à discerner l'intention du législateur à partir des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi, son objet et l'intention du législateur. »

excluant uniquement « l'ensemble des sons qui constitue une bande sonore ». ¹⁰⁷

[Les italiques sont nôtres.]

La Cour mentionne également que l'historique législatif peut aider à discerner quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a choisi le libellé particulier d'une disposition. À cet égard, la Cour est confortée dans son interprétation par les commentaires formulés lors des séances du Comité permanent du patrimoine canadien (le « Comité ») portant sur l'adoption de l'article 19 de la Loi. De tels propos avaient également été cités par la Commission pour appuyer sa décision. En effet, le Comité avait clairement indiqué qu'il n'y avait aucune intention, à l'article 19 de la Loi, d'inclure une rémunération équitable pour un enregistrement sonore qui accompagne un film ou une émission télévisée. La bande sonore allait être un enregistrement sonore qui donnerait droit à une rémunération équitable lorsqu'elle serait diffusée séparément du film ou de l'émission télévisée.

L'Appelante invoquait notamment certaines décisions étrangères à l'appui de ses prétentions. À l'instar de la Commission et de la Cour d'appel fédérale, la Cour considère qu'elle ne peut être liée par de telles décisions compte tenu des différences manifestes entre la loi canadienne et les lois étrangères en matière de droit d'auteur.

Ré:Sonne prétendait également qu'une telle interprétation de la Loi serait incompatible avec la *Convention de Rome*¹⁰⁸. Toutefois, la Commission avait jugé que l'article 19 de la Loi avait justement été adopté afin que le Canada se conforme à la *Convention de Rome*. À cet effet, la Commission mentionnait que « la Convention [de Rome] prévoit expressément qu'aucune protection n'est exigée dans le cas de l'utilisation indirecte d'un enregistrement sonore, par exemple lorsqu'il est incorporé dans une bande sonore [...] »¹⁰⁹.

5.6 Les conclusions

Suite à son analyse, la Cour rejette le pourvoi de Ré :Sonne puisqu'elle est d'avis que « [l]a Commission n'a pas commis d'erreur en concluant que le terme « bande sonore » comprend les enregis-

107. *Supra*, note 102, par. 36.

108. *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, 496 R.T.N.U. 43.

109. *Supra*, note 103, par. 38.

trements sonores préexistants et que ces enregistrements sont donc exclus de la définition d'« enregistrement sonore » lorsqu'ils accompagnent une œuvre cinématographique »¹¹⁰. En effet, une telle interprétation est compatible avec l'esprit de la Loi, l'intention du législateur ainsi que les obligations internationales du Canada en matière de droit d'auteur.

5.7 Ce que l'on retient

Cet arrêt offre un bref rappel intéressant du régime des droits voisins, mais c'est toutefois l'application des principes d'interprétation législative qui retient l'attention. Bien que les artistes-interprètes prétendent être traités différemment des auteurs et compositeurs¹¹¹, la Cour était appelée à discerner l'intention du législateur et non à réformer le régime des droits voisins afin de le rendre plus équitable aux droits d'auteur traditionnels. En effet, il appartient au législateur d'adopter les dispositions législatives, tel qu'il l'a fait en reconnaissant les droits moraux des artistes-interprètes sur leurs prestations dans le Projet de Loi C-11.

CONCLUSION

Passant par les arrêts *Bishop*, *Robertson*, *Théberge* et *CCH*, la pentalogie permet de réviser des concepts clés en matière de droit d'auteur canadien, mais surtout aussi de prendre acte de l'adaptation du régime législatif canadien, principalement sur les questions de l'exception d'utilisation équitable et le principe de la neutralité technologique.

On retient notamment la concrétisation du principe de la neutralité technologique alors que la Cour a été claire dans l'arrêt *ESA c. SOCAN* en affirmant que la Loi s'applique uniformément aux supports traditionnels et aux supports plus avancés sur le plan technologique. Quant à l'exception d'utilisation équitable, la Cour a eu l'occasion de réaffirmer qu'il s'agit avant tout du droit des utilisateurs. On retient notamment qu'il convient d'adopter le point de vue de l'utilisateur lorsque l'on procède à l'analyse du caractère équitable et non celui du fournisseur de services ou de l'auteur des copies.

110. *Supra*, note 102, par. 52.

111. En ligne : <<https://artisti.ca/Message-de-la-presidence-Artisti>>, consulté le 5 mars 2013.

Bien que les décisions de la Cour puissent sembler un coup dur pour les créateurs et les sociétés de gestion collective, force est de constater que l'adoption du Projet de Loi C-11 et les décisions de la Cour ne sont que la reconnaissance du rôle que jouent les nouvelles technologies dans la diffusion et la promotion des œuvres des créateurs canadiens. Pour preuve, une récente étude¹¹² du groupe de recherche NPD Group concluait que le téléchargement illégal de musique via des sites « peer-to-peer » était en baisse, et ce, au profit des sites de musique offrant la transmission en continu. C'est une bonne nouvelle lorsque l'on considère que, dans l'arrêt *Rogers c. SOCAN*, la Cour a confirmé que l'écoute de musique en ligne sans téléchargement emporte le versement de redevances. Ainsi, il n'est pas impossible de croire que l'avenir s'annonce peut-être moins sombre que les créateurs et les sociétés de gestion collective le prétendent !

112. En ligne : <<http://techno.lapresse.ca/nouvelles/internet/201302/27/01-4626040-le-telechargement-illegal-de-musique-diminue.php>>, consulté le 4 mars 2013.