

## **Survol de quelques décisions impliquant la commission du droit d'auteur en 2020**

**Caroline Jonnaert\***

RÉSUMÉ .....	163
INTRODUCTION .....	165
1. DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DES TARIFS HOMOLOGUÉS PAR LA COMMISSION .....	167
1.1 Bref rappel des faits .....	167
1.1.1 Contexte .....	167
1.1.2 Recours entrepris .....	168
1.2 Questions en litige .....	169
1.3 Analyse .....	169
1.3.1 Caractère obligatoire des tarifs homologués ....	169
1.3.2 Utilisation équitable .....	171
1.4 Brefs commentaires .....	174

---

© Caroline Jonnaert, 2021.

\* Avocate et agente de marques chez ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques de commerce. L'auteure est également doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteure remercie M<sup>e</sup> Annie Francœur pour ses judicieuses suggestions dans la révision de ce texte.

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

---

2.	DE L'INTERPRÉTATION DU DROIT DE « MISE À DISPOSITION »	177
2.1	Bref rappel des faits	177
2.1.1	Contexte	177
2.1.2	Recours entrepris	179
2.2	Question en litige	180
2.3	Analyse	180
2.4	Brefs commentaires	182
3.	DE L'ÉTENDUE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE LA COMMISSION	183
3.1	Bref rappel des faits	184
3.1.1	Contexte	184
3.1.2	Recours entrepris	185
3.2	Question en litige	185
3.3	Analyse	185
3.4	Brefs commentaires	187
4.	DE L'ÉVALUATION DES REDEVANCES POUR LES « COPIES ACCESSOIRES DE DIFFUSION »	188
4.1	Bref rappel des faits	189
4.1.1	Contexte	189
4.1.2	Recours entrepris	190
4.2	Question en litige	192
4.3	Analyse	192
4.3.1	Principe de neutralité technologique	192
4.3.2	Principe de mise en équilibre	193
4.3.3	Approche historique	193

4.4 Brefs commentaires . . . . .	194
5. DE L'INCIDENCE DE LA COVID-19 SUR CERTAINES DÉCISIONS DE LA COMMISSION . . . . .	195
5.1 Bref rappel des faits . . . . .	195
5.2 Question en cause . . . . .	196
5.3 Analyse . . . . .	197
5.3.1 Tarifs 13.A, 13.B et 13.C de la SOCAN (2018-2022) . . . . .	197
5.3.2 Tarif 21 de la SOCAN (2021-2022). . . . .	198
5.4 Brefs commentaires . . . . .	199
CONCLUSION. . . . .	199



## **RÉSUMÉ**

En 2020, le droit d'auteur aura été marqué certes par la COVID-19, mais également par certains développements législatifs et jurisprudentiels ; cet article se concentre sur ce dernier volet et offre plus particulièrement un bref survol de quelques décisions d'intérêt impliquant la Commission du droit d'auteur.

## **ABSTRACT**

In 2020, copyright law has undeniably been marked by COVID-19, but also by certain legislative and jurisprudential developments; this paper focuses on the latter and provides more particularly a brief overview of a few interesting cases concerning the Copyright Board of Canada.

## **MOTS-CLÉS**

Droit d'auteur, Commission du droit d'auteur, tarif obligatoire, utilisation équitable, droit de mise à disposition, droit de communication au public par télécommunication, interprétation moderne, obligations internationales, pouvoir discrétionnaire, norme de contrôle, copie accessoire de diffusion, neutralité technologique, mise en équilibre, tarif juste et équitable.



## INTRODUCTION

Dire que la COVID-19 aura marqué l'année 2020 relève de l'euphémisme. Plusieurs pans de la société ont en effet été bousculés par cette crise sans précédent, réaffirmant au passage l'importance de la propriété intellectuelle. En outre, nombre de recherches, articles et autres « œuvres » protégées par la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>1</sup> (ci-après « Loi ») ont occupé une place de premier plan dans le contexte de la crise sanitaire. L'accès diffus aux contenus a néanmoins exacerbé la tension entre les intérêts concurrents qui entourent la création<sup>2</sup>, plusieurs auteurs et artistes ayant subi d'importantes pertes de revenus au cours de la pandémie<sup>3</sup>. Un tel contrecoup est intervenu, au moment où différents instruments législatifs conférant une protection accrue aux auteurs et artistes sont (discrètement) entrés en vigueur<sup>4</sup>.

1. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.
2. « 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 » : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, par. 30.
3. Un rapport de la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs conclut d'ailleurs que la crise sanitaire entraînerait une perte de 3,5 milliards d'euros de revenus pour les créateurs. Voir : Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs, *COVID-19 : Crise, Résilience, Relance*, 28 octobre 2020, disponible en ligne à l'adresse suivante : <<https://fr.cisac.org/Actus-Media/Communiqués-de-presse/Le-declin-des-collectes-mondiales-pour-les-créateurs-pourrait-atteindre-3-5-milliards-d-euros-en-2020>> (page consultée le 20 décembre 2020).
4. Dans un autre « registre », mentionnons au passage la publication, en 2020, de la *Déclaration limitant le droit à rémunération équitable pour certains pays parties à la Convention de Rome ou au Traité de l'OIEP*, laquelle a retranché certains pays de la pleine application de la Loi. Le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (ci-après « Traité OIEP ») vise à assurer une protection accrue des droits des interprètes et des producteurs d'enregistrements sonores, notamment dans l'environnement numérique. La ratification de ce traité international signifie que les créateurs canadiens seront rémunérés si leur matériel est exploité dans les pays qui ont également ratifié ce traité (par exemple, par le biais d'un service de musique en ligne). Le Traité OIEP est entré en vigueur au Canada le 13 août 2014. Depuis, le ministre de l'Industrie du Canada a émis différentes déclarations, notamment celle mentionnée dans ce texte, limitant le droit à rémunération équi-

À titre d'exemple, l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique* (l'« ACEUM ») et sa loi de mise en œuvre<sup>5</sup> sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2020 ; l'ACEUM impose notamment une durée de protection du droit d'auteur accrue dans certains cas. On notera également la prise d'effet du *Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles*<sup>6</sup>, dont l'objectif est de reconnaître des droits patrimoniaux et moraux aux artistes du secteur de l'audiovisuel. Ces nouveaux droits, s'ils sont introduits au Canada<sup>7</sup>, devraient permettre d'augmenter les redevances de ces artisans, même si, en raison de la crise sanitaire, de nombreuses productions sont au ralenti, voire à l'arrêt. Ces développements législatifs, tout comme les répercussions de la pandémie sur le droit d'auteur, pourraient faire l'objet d'une, voire de plusieurs analyses approfondies. Telle n'est toutefois pas notre intention dans le cadre de cet article ; nous avons plutôt choisi de nous concentrer sur certains développements jurisprudentiels récents impliquant la Commission du droit d'auteur (ci-après « Commission »).

Il n'est pas inutile de rappeler que la Commission est un organisme de réglementation économique en matière de droit d'auteur, dont le mandat s'articule autour de trois axes<sup>8</sup>. D'une part, la Commission est investie du pouvoir de fixer les redevances à être versées pour l'utilisation d'œuvres protégées par droit d'auteur, lorsque ce droit est géré collectivement par une société de gestion<sup>9</sup>. En sus de ce pouvoir d'homologation, la Commission exerce également (à l'occasion) un rôle

---

table pour certains pays parties à la Convention de Rome ou au Traité de l'OIEP. Ces limitations sont introduites car, de l'avis du ministre, les pays visés par ces déclarations n'offrent pas de protection semblable (sur le plan de l'étendue ou de la durée) à celle prévue dans la *Loi canadienne sur le droit d'auteur*.

5. *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique*, L.C. 2020, ch. 1.
6. *Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles*, adopté à Beijing, le 24 juin 2012, TRT/BELJING/001 (ci-après « Traité de Beijing »). Quoique le traité fût adopté en 2012, son entrée en vigueur dépendait du dépôt des instruments de ratification de 30 pays. Ce quota fut atteint avec la ratification de l'Indonésie, le 28 janvier 2020.
7. En date du 28 avril 2020, date d'entrée en vigueur du Traité de Beijing, le Canada n'avait pas encore ratifié cet instrument international.
8. Partie VII de la Loi.
9. En bref, dans le cadre d'un système de gestion collective, « les titulaires de droits autorisent des organisations de gestion collective à gérer leurs droits, c'est-à-dire surveiller l'utilisation de leurs œuvres, à négocier avec les utilisateurs éventuels, à leur accorder, moyennant paiement d'une redevance appropriée, des autorisations en les assortissant des conditions déterminées, à percevoir les redevances et à les répartir entre les titulaires de droits » : Mihály FICSOR, *Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins*, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Genève, 1990, p. 6, cité dans Daniel GERVAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, Ottawa, 2003, p. 9.



d'arbitre afin de régler certains différends ; elle délivre finalement des licences lorsque le titulaire de droits d'auteur est introuvable. Les décisions abordées dans cet article s'inscrivent principalement dans le contexte de l'établissement de tarifs. Ces affaires recourent néanmoins des thèmes variés, tels que le caractère obligatoire des tarifs homologués par la Commission (Section 1), l'interprétation de dispositions de la Loi (Section 2) et le pouvoir discrétionnaire de la Commission (Section 3) dans l'établissement de redevances (Sections 4), notamment dans le contexte pandémique (Section 5). Chacun de ces sujets sera abordé succinctement dans les prochains développements.

## 1. DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DES TARIFS HOMOLOGUÉS PAR LA COMMISSION

En avril 2020, la Cour d'appel fédérale a rendu l'arrêt fort attendu *Université York c. Copyright Licensing Agency*<sup>10</sup> (ci-après « *Access Copyright* »), dans lequel elle s'est prononcée sur le caractère obligatoire des tarifs homologués par la Commission. Le litige, opposant l'Université York (ci-après « Université ») et la Copyright Licensing Agency (ci-après « Access Copyright »), s'inscrit dans un débat plus large portant sur l'exception d'utilisation équitable<sup>11</sup>.

### 1.1 Bref rappel des faits

#### 1.1.1 Contexte

L'intimée, Access Copyright, est une société de gestion qui administre les droits de reproduction de certaines œuvres littéraires publiées. L'appelante, l'Université, est la troisième université en importance au Canada.

10. *Université York c. Copyright Licensing Agency*, 2020 CAF 77.

11. Art. 29 à 29.2 de la Loi. Nous avons répertorié deux autres décisions d'intérêt rendues en 2020 en matière d'utilisation équitable, à savoir : *Wiseau Studio, LLC et al. v. Harper et al.*, 2020 ONSC 2504 (ci-après « Wiseau ») et *Stross c. Trend Hunter Inc.*, 2020 CF 201 (ci-après « Stross »). Compte tenu du format de cet article et de sa thématique liée à la Commission, nous ne discuterons pas de ces décisions en détail, mais nous y ferons référence, de manière incidente, en notes de bas de page lorsque jugé pertinent. En bref, dans l'affaire *Wiseau*, la Cour supérieure d'Ontario a accueilli l'exception d'utilisation équitable à des fins de critique, de compte-rendu et de communication de nouvelles dans le contexte d'un documentaire. Dans l'arrêt *Stross*, la Cour fédérale a conclu que la reproduction non autorisée de photographies sur un site Internet compilant des données à des fins d'études de marché ne constituait pas une « utilisation équitable » à des fins de recherche ou de communication de nouvelles.

De 1994 à 2010, Access Copyright et l'Université étaient parties à une licence. Cette entente permettait aux professeurs de l'Université de copier des extraits du répertoire d'Access Copyright. Quelque temps avant l'expiration de la licence, Access Copyright a déposé un projet de tarif<sup>12</sup> auprès de la Commission pour les années 2011 à 2013<sup>13</sup>. À la suite de sa publication dans la *Gazette du Canada*, le projet de tarif a fait l'objet de nombreuses oppositions<sup>14</sup>, de sorte qu'Access Copyright a demandé à la Commission d'homologuer un tarif provisoire, ce que la Commission a accepté de faire<sup>15</sup>.

L'Université s'est brièvement conformée au tarif provisoire, mais a décidé de s'y soustraire après avoir mis en place ses « Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel administratif de l'Université (11/13/12) » (ci-après « Lignes directrices »). Pour l'essentiel, les Lignes directrices fournissent des balises au corps professoral et au personnel de l'Université sur l'application de l'utilisation équitable à certaines pratiques de reproduction. En outre, elles précisent à quelles conditions de courts extraits peuvent être reproduits à des fins d'enseignement et de recherche.

### 1.1.2 *Recours entrepris*

La décision de l'Université de se soustraire au tarif provisoire a amené Access Copyright à intenter un recours devant la Cour fédérale, afin de faire exécuter ledit tarif. Plus particulièrement, Access Copyright soutenait que l'Université devait payer les redevances imposées par ce tarif qu'elle jugeait obligatoire. En réponse, l'Université a déposé une demande reconventionnelle, afin d'obtenir une déclaration selon laquelle les reproductions effectuées selon ses Lignes directrices constituaient une utilisation équitable conforme à la Loi<sup>16</sup>.

12. La Loi prévoit qu'une société de gestion peut déposer un projet de tarif auprès de la Commission, en vue de l'établissement des redevances à verser en contrepartie de l'exploitation des droits qu'elle administre. Un projet de tarif est donc une proposition soumise par une société de gestion à la Commission pour homologation et décision. Voir : art. 68 à 70.1 de la Loi.

13. *Projet de tarif des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire, Établissements d'enseignement post-secondaires (2011-2013)*, (2010) 144 *Gaz. Can.* I (Supp), 12 juin.

14. Plus de 100 personnes et établissements d'enseignement se sont opposés au projet de tarif. Voir : *Université York c. Copyright Licensing Agency*, préc., note 10, par. 8.

15. Access Copyright – Tarif provisoire pour les établissements d'enseignement post-secondaires, 2011-2013 (23 décembre 2010).

16. À première vue, cela semble contraster avec l'arrêt *Stross*, dans lequel les politiques de la défenderesse en matière de droit d'auteur n'ont été analysées qu'à

En 2017, la Cour fédérale a accueilli l'action d'Access Copyright et a rejeté la demande reconventionnelle de l'Université<sup>17</sup>. Plus particulièrement, la Cour fédérale a estimé que le tarif de la Commission était opposable à l'Université ; elle a également refusé de rendre le jugement déclaratoire demandé par l'Université, jugeant les Lignes directrices « inévitables »<sup>18</sup>. L'Université a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel fédérale.

## 1.2 Questions en litige

En appel, la Cour d'appel fédérale doit statuer sur le caractère obligatoire du tarif de la Commission et, le cas échéant<sup>19</sup>, sur la qualification des Lignes directrices à titre d'utilisation équitable.

## 1.3 Analyse

### 1.3.1 Caractère obligatoire des tarifs homologués

À titre liminaire, la Cour d'appel fédérale clarifie la notion de « tarif obligatoire » :

Lorsqu'Access Copyright affirme que le tarif en cause est obligatoire, cela signifie que les utilisateurs sont tenus de payer les redevances qui figurent dans le tarif s'ils font une reproduction qui constitue une violation, c'est-à-dire une reproduction qui n'a pas été autorisée par le titulaire du droit d'auteur ou qui ne relève pas de l'exercice des droits conférés aux utilisateurs par la Loi comme l'utilisation équitable. L'obligation pour les utilisateurs de payer des redevances dépend de leur utilisation des œuvres du répertoire d'Access Copyright et non d'une quelconque présomption selon laquelle ils sont tenus de payer.<sup>20</sup> (Nos soulèvements)

---

titre de *facteur*, dans l'évaluation du caractère équitable de l'utilisation en cause. Autrement dit, les politiques ne constituaient qu'un élément d'analyse, contrairement à l'arrêt *Access Copyright*, dans lequel la Cour a semblé se concentrer sur le caractère équitable des Lignes directrices. Voir : *Stross c. Trend Hunter Inc.*, préc., note 11, par. 50-56.

17. *Canadian Copyright Licensing Agency c. Université York*, 2017 CF 669.

18. *Id.*, par. 246-248 et 356-357.

19. La question de l'utilisation équitable ne se posait en effet que si le tarif s'appliquait à l'Université. Voir : *Université York c. Copyright Licensing Agency*, préc., note 10, par. 33.

20. *Id.*, par. 37.

La question qui se pose devant la Cour d'appel fédérale est donc de déterminer si Access Copyright est habilitée à percevoir des redevances de la part de l'Université pour l'utilisation des œuvres de son répertoire, alors que l'Université s'est soustraite au tarif. Au terme d'une analyse sur les rôles respectifs des sociétés de gestion et de la Commission, la Cour conclut par la négative.

Sous la plume de l'honorable juge Pelletier, la Cour d'appel fédérale indique que la mission des sociétés de gestion est d'exploiter « un système d'octroi de licences au profit des personnes qu'elles représentent »<sup>21</sup>. Le tarif correspond alors au montant des redevances à percevoir, en contrepartie de l'octroi de licences<sup>22</sup>. Le fait que le tarif puisse être homologué par la Commission ne le rend pas « obligatoire » à l'égard de tout utilisateur ; « [l']instrument qui rend le tarif opposable aux utilisateurs est [plutôt] la licence que l'utilisateur accepte de la société de gestion »<sup>23</sup> (nos soulignements).

La Cour entame ensuite un examen détaillé de l'historique législatif entourant l'établissement des tarifs par le biais de la Commission. Au terme de cette analyse et à la lumière de l'arrêt *Vigneux*<sup>24</sup>, le juge Pelletier indique que ce cadre législatif a été mis en place « afin de limiter l'emprise sur le marché des sociétés de gestion qui, en raison de leur pouvoir, sont en mesure d'imposer des conditions aux utilisateurs »<sup>25</sup>. Cet objectif, de l'avis de la Cour, « se voit dans l'exigence voulant que les tarifs soient homologués par la [Commission] et dans la possibilité donnée aux utilisateurs d'échapper aux moyens de pression des sociétés de gestion en payant ou en offrant de payer les redevances du tarif homologué »<sup>26</sup>. Le processus d'homologation des tarifs ne les rend pas, par ailleurs, obligatoires<sup>27</sup>. En ce sens, le juge Pelletier précise qu'en publiant les tarifs homologués dans la *Gazette du Canada*, la Commission ne les fixe pas par voie de règlement, mais

21. *Id.*, par. 159.

22. *Id.*, par. 190.

23. *Id.*

24. *Vigneux c. Canadian Performing Right Society Ltd.*, [1943] S.C.R. 348.

25. *Université York c. Copyright Licensing Agency*, préc., note 10, par. 191.

26. *Id.*

27. Rappelons ici que dans le cadre de l'homologation de tarifs, la Commission publie d'abord les projets de tarif dans la *Gazette du Canada* afin de recueillir, le cas échéant, les oppositions des utilisateurs éventuels intéressés ou de leurs représentants, lesquelles doivent lui être transmises dans le délai imparti. Elle procède ensuite à l'examen des projets de tarif et des oppositions (le cas échéant), et homologue les projets de tarif après avoir modifié, s'il y a lieu, le montant des redevances ou les modalités afférentes. Enfin, la Commission publie les tarifs homologués dans la *Gazette du Canada*. Voir : art. 68.2 à 70.1 de la Loi.

les homologues « simplement »<sup>28</sup>. Au vu de ces constats, la Cour d'appel fédérale conclut que les tarifs homologués par la Commission ne sont contraignants que pour les personnes qui choisissent d'obtenir une licence auprès d'une société de gestion<sup>29</sup>.

La Cour d'appel fédérale poursuit en indiquant que « les violations de droits d'auteur ne transforment pas les contrevenants en titulaires de licence tenus de payer des redevances »<sup>30</sup>. Les personnes commettant une contrefaçon peuvent faire l'objet d'une action en violation et être tenues de payer des dommages-intérêts, mais uniquement sur demande du titulaire du droit d'auteur, de son cessionnaire ou du titulaire d'une licence exclusive<sup>31</sup>.

En l'espèce, la Cour établit que le tarif en cause n'est pas opposable à l'Université puisque celle-ci n'est plus partie à la licence pertinente. N'étant ni titulaire du droit d'auteur, ni cessionnaire ou titulaire d'une licence exclusive, Access Copyright n'est pas autorisée à intenter une action pour violation de droits d'auteur à l'encontre de l'Université<sup>32</sup>.

### 1.3.2 Utilisation équitable

Quoique la question de la validité des Lignes directrices de l'Université ne se pose pas étant donné qu'il a été décidé que le tarif n'est pas obligatoire et qu'Access Copyright n'est pas habilitée à intenter une action en violation de droits d'auteur, la Cour d'appel fédérale se penche néanmoins sur la notion d'utilisation équitable. Plus particulièrement, le juge Pelletier étudie l'analyse de la Cour fédérale à ce sujet et établit que celle-ci n'a fait aucune erreur manifeste et dominante<sup>33</sup>.

28. *Université York c. Copyright Licensing Agency*, préc., note 10, par. 145-149.

29. *Id.*, par. 204.

30. *Id.*, par. 205.

31. *Id.* Ces trois formes de contrats ont été analysées dans un arrêt rendu par la Cour d'appel du Québec en 2020, à savoir : *Druide Informatique inc. c. Éditions Québec Amérique inc.*, 2020 QCCA 1197.

32. La Cour indique que la situation diffère dans le cas de la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (ci-après « SOCAN »), laquelle est cessionnaire des droits d'auteur de ses membres et peut donc intenter des actions en violation de droits d'auteur pour son propre compte. Voir : *Université York c. Copyright Licensing Agency*, préc., note 10, par. 197-198 et *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique du Canada c. Kicks Roadhouse Inc.*, 2005 CF 528.

33. *Université York c. Copyright Licensing Agency*, préc., note 10, par. 210-311.

Pour rappel, l'utilisation équitable est une exception de la Loi, voire un droit des utilisateurs, s'interprétant de manière large<sup>34</sup>. Pour s'en prévaloir, le défendeur doit prouver que son utilisation de l'œuvre en cause : (i) constitue une des fins prévues aux articles 29 à 29.2 de la Loi<sup>35</sup> ; et (ii) est « équitable »<sup>36</sup>.

En l'espèce, la Cour d'appel fédérale confirme la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la fin permise est l'éducation. Elle se penche ensuite sur le caractère « équitable » de cette fin, à la lumière des critères établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*<sup>37</sup> (ci-après « *CCH* »), à savoir : le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, les solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre<sup>38</sup>.

Dans le cadre de l'examen du « but de l'utilisation », la Cour accorde une importance considérable à la perspective à adopter. S'il est reconnu que l'analyse doit se faire du point de vue de l'utilisateur<sup>39</sup>, il n'est pas évident, en l'espèce, d'identifier s'il s'agit de l'Université (et de ses professeurs) ou des étudiants (ou des deux). En première instance, la Cour fédérale a conclu que l'Université et les étudiants étaient les deux utilisateurs pertinents ; chacun d'eux poursuivait un but distinct, mais seul celui des étudiants était « équitable »<sup>40</sup>. Or,

34. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 48.

35. Il s'agit des fins d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie ou de satire, de critique ou de compte-rendu et de communication des nouvelles. Voir : art. 29, 29.1 et 29.2 de la Loi. Dans l'arrêt *Stross*, la Cour fédérale a souligné l'importance d'interpréter la fin de « recherche » au regard du principe de « neutralité technologique ». Appliquant ce concept, la Cour a affirmé que le recours à l'intelligence artificielle afin de générer des études de marché n'annihile pas, en soi, la qualification de fin de « recherche ». Plus particulièrement, elle a conclu qu'une « forme informatisée d'études de marché qui mesure l'interaction et les préférences des consommateurs afin de générer des données pour les clients » constituait, en l'espèce, une fin de « recherche » au sens de l'art. 29 de la Loi. Voir : *Stross c. Trend Hunter Inc.*, préc., note 11, par. 24-30. Dans l'affaire *Wiseau*, la Cour supérieure d'Ontario a conclu qu'un documentaire peut constituer une fin de critique, de compte-rendu et de communication de nouvelles, et ce, même si le contenu exposé déplaît aux personnes qui y sont dépeintes. Voir : *Wiseau Studio, LLC et al. v. Harper et al.*, préc., note 11, par. 174-177.

36. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 34.

37. *Id.*

38. Dans l'arrêt *Stross*, la Cour fédérale a rappelé que le caractère « équitable » doit être évalué : (i) selon une approche holistique ; et (ii) en tenant compte de l'intérêt public que sous-tendent les dispositions de la Loi relatives à l'utilisation équitable. Voir : *Stross c. Trend Hunter Inc.*, préc., note 11, par. 33, et 35-36.

39. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 34, par. 54.

40. La Cour fédérale a conclu que, du point de vue des étudiants, l'utilisation visait à leur permettre l'accès aux documents dont ils ont besoin pour leur éducation ;

l'Université, s'appuyant sur l'arrêt *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*<sup>41</sup> (ci-après « *Alberta (Éducation)* »), plaide que la perspective à adopter est plutôt celle de l'étudiant. La Cour d'appel fédérale conclut différemment, distinguant l'arrêt *Alberta (Éducation)* des faits devant elle.

Dans l'arrêt *Alberta (Éducation)*, la Cour suprême du Canada devait déterminer si le fait, pour des enseignants, de faire des photocopies en vue de les distribuer en classe aux élèves constituait une utilisation équitable au sens de la Loi. Dans cette affaire, « il n'existait aucune politique ni autre contrainte encadrant les reproductions effectuées par les enseignants »<sup>42</sup>. L'absence d'une telle pratique tendait donc à indiquer que la reproduction était ponctuelle et non systématique, de sorte que l'enseignant et l'élève utilisaient les œuvres en symbiose, dans la poursuite d'un but commun. Or, dans l'arrêt *Access Copyright*, l'Université revendique l'utilisation équitable en s'appuyant sa *pratique générale*, cristallisée dans les Lignes directrices. Dans un tel contexte, indique la Cour d'appel fédérale, la perspective à adopter est celle de l'Université<sup>43</sup>. De ce point de vue, le juge Pelletier estime que le but que vise l'Université en adoptant ses Lignes directrices tend à être inéquitable, son motif inavoué étant davantage mercantile que pédagogique<sup>44</sup>.

---

ce but tendait à être équitable. La Cour s'est ensuite penchée sur les motivations de l'Université. Sur ce point, elle a conclu que l'Université avait créé les Lignes directrices « principalement pour obtenir gratuitement ce qu'elle payait précédemment » ; or, de l'avis de la Cour, un tel but tendait à être inéquitable. Voir : *Canadian Copyright Licensing Agency c. Université York*, préc., note 17, par. 272.

41. *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37.

42. *Université York c. Copyright Licensing Agency*, préc., note 10, par. 233.

43. « Une personne effectuant des copies pour d'autres personnes [peut] plaider l'utilisation équitable si elle [peut] montrer que tous ses usagers [utilisent] les copies "de manière équitable" ou si elle [peut] s'appuyer sur sa "pratique générale" pour établir le caractère équitable de l'utilisation. [...] Lorsqu'un établissement revendique l'utilisation équitable en se fondant sur sa pratique générale, c'est le point de vue de cet établissement qui compte » (nos soulignements) : *id.*, par. 237-238.

44. « Enfin, la Cour fédérale avait le droit de rechercher "le but ou le motif réel de l'utilisation de l'œuvre protégée" [...]. La Cour fédérale a utilisé des termes exceptionnellement forts pour décrire le but de l'Université, particulièrement lorsqu'elle a affirmé que cette dernière agissait "pour obtenir gratuitement ce qu'elle payait précédemment" et "continuer à augmenter le nombre d'inscriptions en réduisant les coûts pour les étudiants, grâce aux économies réalisées lors d'autres activités de l'université" [...]. Il s'agit de conclusions de fait susceptibles de contrôle selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

L'examen à cet égard de la Cour fédérale était légitime, compte tenu des enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *CCH*. Il est révélateur que l'Université conteste les conclusions de fait de la Cour, mais se défende principa-

Poursuivant son analyse du caractère « équitable » des Lignes directrices, la Cour d'appel fédérale conclut que celles-ci tendent vers l'iniquité, notamment au vu de la nature<sup>45</sup> et de l'ampleur<sup>46</sup> de l'utilisation en cause. Plus particulièrement, même si les Lignes directrices n'autorisent qu'une seule copie d'un court extrait d'un ouvrage par étudiant inscrit à un cours, la reproduction globale de ces extraits tend à être inéquitable<sup>47</sup>. Au surplus, rien ne semble empêcher les étudiants de télécharger, de copier et de communiquer des copies permanentes des œuvres qui leur sont fournies par le personnel enseignant de l'Université<sup>48</sup>. Pour ces raisons, le juge Pelletier indique que les facteurs liés au caractère « équitable » tendent à montrer qu'il y a iniquité<sup>49</sup>.

#### 1.4 Brefs commentaires

Le 15 octobre 2020, la Cour suprême du Canada a accueilli les demandes d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale déposées par l'Université et Access Copyright<sup>50</sup> ; les conclusions de la

---

lement en contestant leur pertinence. À mon avis, la Cour fédérale a commis une erreur, mais pas pour les raisons invoquées par l'Université. La Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en considérant l'éducation comme une "fin énumérée" dans son examen du "but" de l'utilisation. Ses conclusions quant au but que visait l'Université en adoptant ses Lignes directrices sont sans équivoque et indiquent clairement qu'il y avait iniquité » (nos soulignements) : *id.*, par. 240-241.

45. Dans l'affaire *Wiseau*, la Cour supérieure d'Ontario a pris en compte les pratiques de l'industrie, afin d'évaluer la nature de l'utilisation en cause. En l'espèce, les œuvres utilisées étaient presque invariablement accompagnées de commentaires illustrant ou corroborant les propos du narrateur ou des personnes interviewées. Cette technique (courante dans le milieu du documentaire) a contribué à conclure que la nature de l'utilisation était « équitable ». Voir : *Wiseau Studio, LLC et al. v. Harper et al.*, préc., note 11, par. 186.
46. Dans l'arrêt *Stross*, la Cour fédérale a indiqué que le fait d'utiliser des photographies de qualité moindre n'affectait pas l'ampleur de l'utilisation, dans la mesure où l'ensemble des œuvres en cause était reproduit et identifiable. Voir : *Stross c. Trend Hunter Inc.*, préc., note 11, par. 45-47.
47. La preuve révèle que chaque étudiant de l'Université a reçu en moyenne 360 copies d'œuvres en 2013. Voir : *Université York c. Copyright Licensing Agency*, préc., note 10, par. 248.
48. Voir *a contrario* l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36. Dans cette affaire sur l'écoute préalable de musique en ligne, la Cour suprême du Canada a pris en compte la nature éphémère des copies lorsqu'elle a examiné la « nature de l'utilisation ». Plus particulièrement, elle a conclu que ce facteur tendait à être équitable, puisqu'aucun utilisateur ne conservait de copie de l'écoute préalable une fois celle-ci terminée, tous les extraits écoutés étant automatiquement supprimés après l'écoute.
49. *Université York c. Copyright Licensing Agency*, préc., note 10, par. 311.
50. *Université York, et al. c. Canadian Copyright Licensing Agency ("Access Copyright"), et al.*, 2020 CanLII 76224 (C.S.C.).



Cour d'appel fédérale pourraient donc éventuellement être amenées à changer. Dans l'immédiat, toutefois, il est permis de retenir les points suivants.

La conclusion selon laquelle les tarifs homologués ne sont obligatoires que pour les parties à une licence conclue avec une société de gestion pourrait avoir des répercussions considérables dans le milieu de l'éducation, mais également à plus large échelle (notamment eu égard au rôle de la Commission et de la gestion collective)<sup>51</sup>. Quoique la décision de la Cour d'appel fédérale soit accueillie favorablement par le milieu académique<sup>52</sup>, la prudence est toutefois de mise. En effet, même s'ils choisissent (éventuellement) de se soustraire aux tarifs homologués par la Commission, les établissements d'enseignement demeurent vulnérables à des recours en contrefaçon (initiés par les titulaires de droit d'auteur, leurs cessionnaires ou les titulaires de licences exclusives) à moins, bien sûr, que leur utilisation ne soit permise par la Loi par exemple, en vertu de l'exception d'utilisation équitable.

En 2012, la portée de l'exception d'utilisation équitable a été élargie afin d'y inclure notamment l'utilisation d'œuvres aux fins d'éducation<sup>53</sup>. Cette exception a grandement divisé les industries de de l'écriture et de

- 
51. Un tel questionnement sur le rôle, voire la pertinence, de la Commission et de la gestion collective avait déjà émergé à la suite de l'arrêt *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57 (ci-après « SRC »), dans lequel la Cour suprême du Canada avait rendu facultatives les décisions arbitrales de la Commission, en vertu de l'art. 70.2 de la Loi. L'arrêt *Access Copyright* semble donc remettre à l'avant-scène ce débat. Néanmoins, certaines voix s'élèvent, soulignant qu'en dépit de ces arrêts, la Commission demeure un acteur clé dans le système de gestion collective, principalement en raison de son expertise (économique) dans l'établissement des tarifs. Voir notamment les propos des professeurs Carys J. Craig et Jeremy de Beer relativement à la « pertinence » de la Commission, à la suite de l'arrêt *Access Copyright*, lors de la conférence « Making Sense of the Making Available Right » du 23 juin 2020. Voir également l'article suivant en lien avec l'arrêt *SRC* : Adriane PORCIN, « Collective Societies in a Transactional World », (2016) 28 *Intellectual Property Journal* 419.
  52. « Cette décision est cruciale en ce qu'elle confère aux établissements d'enseignement le choix quant aux licences éducatives du matériel protégé par le droit d'auteur, mais le secteur de l'éducation doit absolument continuer à travailler pour défendre l'utilisation équitable » : « Décision de la Cour d'appel fédérale : bonne et mauvaise nouvelle pour les éducateurs et étudiants », Communiqué de presse de l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université du 24 avril 2020, disponible en ligne à l'adresse suivante : <<https://www.caut.ca/fr/latest/2020/04/decision-de-la-cour-dappel-federale-bonne-et-mauvaise-nouvelle-pour-les-educateurs-et-etudiants>> (page consultée le 21 décembre 2020).
  53. Pour une analyse sur l'élargissement des exceptions de la Loi en 2012, voir notamment : Érika BERGERON-DROLET, « Les exceptions de la *Loi sur le droit d'auteur* : rétrospective et état des lieux », (2016) *Cahiers de propriété intellectuelle* 301.

l'édition d'une part, et le secteur de l'éducation d'autre part. En outre, lors de la plus récente révision quinquennale de la Loi, Access Copyright a dénoncé l'ajout de l'éducation à la liste des fins permises en matière d'utilisation équitable, décrivant la baisse significative des redevances payées aux auteurs et aux maisons d'édition<sup>54</sup>. C'est donc sans grande surprise que la conclusion de la Cour d'appel fédérale sur le caractère « inéquitable » des Lignes directrices a été accueillie favorablement par les auteurs et éditeurs<sup>55</sup>. Pour le milieu académique, en revanche, cette décision pourrait sonner le glas d'une pratique largement répandue au sein de nombreux établissements d'enseignement canadiens, plusieurs d'entre eux ayant en effet adopté des lignes directrices semblables à celles de l'Université au cours des dernières années<sup>56</sup>. Les répercussions de cette affaire pourraient également être plus vastes et affecter d'autres acteurs, tels que ceux facilitant la reproduction d'œuvres. L'arrêt de la Cour d'appel fédérale fournit néanmoins différentes balises dans l'évaluation du caractère équitable, permettant ainsi à ces différentes parties d'ajuster leurs pratiques, le cas échéant.

Il convient finalement de noter l'incidence potentielle de cette décision sur la « nouvelle réalité académique ». La situation d'urgence provoquée par la COVID-19 a en effet forcé le corps professoral à s'orienter vers l'enseignement en ligne<sup>57</sup>, de sorte que le partage de contenu pédagogique est plus diffus que jamais<sup>58</sup>.

54. Julie DABRUSIN, *Paradigmes changeants*, Ottawa, Comité permanent du patrimoine canadien de la Chambre des communes, 2019, p. 41.

55. « The Court's decision on fair dealing struck the right balance between the public good that is education and the need to reward creators so that teachers and students continue to be well supported by quality Canadian content » : « Federal Court of Appeal decision a mixed outcome for Canadian creators and publishers », Communiqué de presse d'Access Copyright du 24 avril 2020, disponible en ligne à l'adresse suivante : <<https://www.accesscopyright.ca/media/annoncements/federal-court-of-appeal-decision-a-mixed-outcome-for-canadian-creators-and-publishers-1/>> (page consultée le 21 décembre 2020).

56. *Université York c. Copyright Licensing Agency*, préc., note 10, par. 12.

57. Les propos suivants de la Cour suprême du Canada sur le lieu d'enseignement constituent sans doute une première piste de réflexion dans l'analyse de l'exception d'utilisation équitable à des fins d'étude privée, en contexte pandémique : « À mon humble avis, l'adjectif "privée" n'exige pas de l'utilisateur qu'il consulte une œuvre protégée dans un splendide isolement. Étudier et apprendre sont des activités intrinsèquement personnelles, qu'on s'y adonne seul ou avec d'autres. En 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 » : *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, préc., note 41, par. 27.

58. Pour une analyse détaillée de la question, voir : Lisa MACKLEM et Samuel TROSOW, « Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality: Lessons from the COVID-19 Crisis », 32 *I.P.J.* 215.

## 2. DE L'INTERPRÉTATION DU DROIT DE « MISE À DISPOSITION »

En juin 2020, la Cour d'appel fédérale a rendu une décision sur le droit de « mise à disposition », dans laquelle elle a sévèrement critiqué l'analyse de la Commission ; il s'agit de l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*<sup>59</sup> (ci-après « SOCAN »).

### 2.1 Bref rappel des faits

#### 2.1.1 Contexte

La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (ci-après « SOCAN ») est une société de gestion qui administre notamment<sup>60</sup> les droits d'exécution publique d'œuvres musicales pour le compte de certains auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

En mars 2010, 2011 et 2012, la SOCAN a déposé des projets de tarif auprès de la Commission pour homologation<sup>61</sup>. Ces projets de tarif visaient la « communication au public par télécommunication »<sup>62</sup> des œuvres du répertoire de la SOCAN, dans le contexte de services de musique en ligne ; les projets ont fait l'objet d'un examen unique, le tarif 22.A (2011-2013) (ci-après « Tarif »).

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

60. Depuis 2018, la SOCAN administre également les droits de reproduction de certaines œuvres.

61. *Projet de tarifs des redevances à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales*, (2010) 144 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 31 juillet ; *Projet de tarifs des redevances à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales*, (2011) 145 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 28 mai et *Projet de tarifs des redevances à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales*, (2012) 146 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 2 juin.

62. « 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 ; [...] » (nos soulignements) : al. 3(1)f) de la Loi.

En juillet 2012, la Cour suprême du Canada a (notamment)<sup>63</sup> rendu l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*<sup>64</sup> (ci-après « *ESA* »), dans lequel elle a jugé que la transmission par Internet d'une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n'est pas une « communication au public par télécommunication ». Ce principe a été réitéré dans l'arrêt *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*<sup>65</sup> (ci-après « *Rogers* »), rendu le même jour :

[Dans l'arrêt *ESA*], [l]es juges majoritaires de notre Cour statuent que l'œuvre musicale qui est téléchargée n'est pas « communiquée » par télécommunication [...]. La question de 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 ne se pose donc plus.<sup>66</sup>

À la suite de ces décisions, la SOCAN n'était plus autorisée à percevoir de redevances pour le téléchargement d'œuvres musicales.

Quelque temps plus tard, en novembre 2012, le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi relatif au droit de « mise à disposition » a été introduit ; la disposition se lit comme suit :

Pour l'application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.<sup>67</sup>

Au vu de ce nouveau libellé corollaire au droit de « communication au public par télécommunication », la SOCAN a prétendu

---

63. En 2012, la Cour suprême du Canada a rendu de manière assez inédite cinq décisions touchant directement le droit d'auteur, dont l'arrêt *ESA*. Pour une analyse de ces décisions, voir notamment : Nicolas SAPP et David CHAPDELAIN MILLER, « La "pentalogie" », (2013) 25 *Cahiers de propriété intellectuelle* 725.

64. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34.

65. *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35.

66. *Id.*, par. 2.

67. Art. 2.4(1.1) de la Loi.

que le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi rendait non seulement l'arrêt *ESA* caduc, mais qu'il lui permettait, au surplus, de percevoir des redevances lorsque des œuvres musicales sont mises sur des serveurs Internet, afin que des utilisateurs finaux puissent y avoir accès (et ce, peu importe que les œuvres soient par la suite transmises aux utilisateurs au moyen de téléchargements ou de diffusions en continu).

### **2.1.2 Recours entrepris**

En novembre 2012, la SOCAN a saisi la Commission, afin que cette dernière tranche la portée du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi, de manière accessoire à l'homologation du Tarif. La question étant purement juridique, la Commission a invité toute partie susceptible d'être touchée par sa décision à présenter ses observations.

Au terme de son examen, la Commission a rendu une décision en 2017 dans laquelle elle acceptait le point de vue de la SOCAN<sup>68</sup>. Plus particulièrement, la Commission concluait que la mise d'une œuvre sur un serveur de sorte qu'une requête d'un membre du public entraîne la transmission de cette œuvre constitue une « communication au public par télécommunication »<sup>69</sup> au vu du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi. Une telle conclusion a eu pour effet de créer deux actes déclenchant des droits tarifaires distincts :

Le fait de mettre une œuvre à la disposition du public demeure une communication au public par télécommunication, peu importe si la transmission subséquente est un téléchargement ou une diffusion en continu. Ce fait demeure distinct de tout autre acte subséquent de transmission ; les deux actes ne s'intègrent pas pour devenir un acte unique, plus large.<sup>70</sup> (Nos soulignements)

ESA a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour d'appel fédérale, remettant en question la conclusion de la Commission et ses effets.

---

68. SOCAN, CSI, SODRAC – Tarif pour les services de musique en ligne, 2010-2013 – Portée de l'article 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* – Mise à la disposition (25 août 2017), CB-CDA 2017-085.

69. *Id.*, par. 12.

70. *Id.*, par. 16.

## 2.2 Question en litige

Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale doit examiner la décision de la Commission, et plus particulièrement son interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi.

## 2.3 Analyse

Le 5 juin 2020, la Cour d'appel fédérale annule la décision de la Commission sur l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi.

Bien qu'appliquant la norme de la décision raisonnable<sup>71</sup>, c'est-à-dire celle accordant la plus grande déférence à la Commission, la Cour d'appel fédérale conclut de manière lapidaire que la décision de la Commission est non seulement infondée, mais également biaisée<sup>72</sup>. Selon la Cour d'appel fédérale en effet, le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi ne crée pas un nouveau droit exclusif ; il vise plutôt un « acte préparatoire » couvert par le droit de « communication au public par télécommunication » pour lequel il n'est pas justifié d'établir un tarif spécifique<sup>73</sup>.

La Cour d'appel fédérale, sous la plume de l'honorable juge Stratas, critique sévèrement l'approche empruntée par la Commission dans son interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi, le tribunal administratif ayant omis certains éléments contextuels tels que l'arrêt *ESA*, en plus d'accorder une place trop généreuse au droit international. Ce faisant, la Commission n'aurait pas interprété le

71. Dans sa décision, la Cour d'appel fédérale a suivi les récents enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vavilov* sur la question de la norme de contrôle applicable. Ce faisant, elle a appliqué la norme de la décision raisonnable. Le choix de cette norme de contrôle contraste avec trois arrêts antérieurs de la Cour suprême du Canada, dans lesquels il a été établi que la norme de contrôle s'appliquant aux interprétations de la Commission est celle de la décision correcte. Voir : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 ; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45 ; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, préc., note 65 et *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, préc., note 51.

72. « La Commission ne dit jamais explicitement qu'elle avait un résultat souhaité à l'esprit et qu'elle allait interpréter le paragraphe 2.4(1.1) de manière à obtenir ce résultat. Cependant, en examinant les motifs dans leur ensemble, que ce soit délibéré ou non, c'est exactement ce que la Commission a fait : elle a biaisé son analyse en faveur d'un résultat précis » : *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, préc., note 59, par. 49.

73. *Id.*, par. 96-97.

paragraphe 2.4(1.1) de la Loi en tentant de discerner son sens véritable et en l'appliquant fidèlement, mais plutôt en tentant d'atteindre un objectif qu'elle croyait préférable ou juste. Or, tel n'est pas le rôle des décideurs administratifs (pas plus que des tribunaux judiciaires)<sup>74</sup>.

Selon la Cour d'appel fédérale, l'approche convenable aurait été d'expliquer le sens de l'expression « communication au public par télécommunication » en examinant le texte, le contexte et l'objet de cette expression d'une manière réelle et utile<sup>75</sup>, au regard de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. En suivant une telle méthode interprétative, la Commission n'aurait pas élargi indûment la portée du droit de communication<sup>76</sup>.

Plutôt que d'adopter la méthode préconisée par la Cour d'appel fédérale, la Commission a écarté les enseignements de l'arrêt *ESA* au profit du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*<sup>77</sup> (ci-après « *Traité* »). De l'avis de la Commission, le recours au *Traité* était pertinent, car il permettait de prendre en compte le contexte dans lequel le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi a été adopté, l'introduction de cette disposition visant essentiellement à se conformer au *Traité*<sup>78</sup>. Cette interprétation du droit international est durement critiquée par la Cour d'appel fédérale, comme en témoignent les passages suivants :

Sans offrir de raisonnement à l'appui, la Commission a exposé sa propre vision très expansionniste du *Traité* [...].

---

74. *Id.*, par. 40.

75. Il s'agit de la « méthode d'interprétation moderne » telle qu'énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

76. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, préc., note 59, par. 65-67.

77. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996*, R.T. Can. 2014/20. Cet instrument international porte sur la protection des œuvres dans l'environnement numérique. Outre les droits reconnus par la Convention de Berne, le *Traité* confère également le droit de distribution, le droit de location ainsi qu'un droit plus large de communication au public.

78. Essentiellement, l'art. 2.4(1.1) de la Loi a été adopté afin que le Canada se conforme à l'art. 8 du *Traité* relatif au droit de « communication au public », lequel se lit comme suit : « Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)ii), 11bis.1)i) et ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée » (nos soulignements) : art. 8 du *Traité*.

La Commission a fait en sorte que le paragraphe 2.4(1.1) corresponde à son point de vue sur le Traité au point de faire en sorte que la *Loi sur le droit d'auteur* signifie autre chose que ce qu'elle énonce. C'est comme si la Commission avait considéré le Traité – plus précisément son avis sur ce que signifie le Traité – comme étant le droit supérieur qui régit le droit national au Canada et comme si la Commission avait fait en sorte que la loi interne adoptée par le législateur corresponde à ce sens.<sup>79</sup>

De l'avis de la Cour d'appel fédérale, le recours au droit international n'est pas requis en l'espèce : le droit interne étant suffisamment clair, il doit prévaloir. Dénonçant le recours abusif au droit international dans les débats judiciaires et administratifs, la Cour expose le cadre strict dans lequel le droit international peut être invoqué<sup>80</sup> ; la Cour ne se prononce toutefois pas sur le Traité et le respect (ou non) des obligations internationales du Canada en la matière.

Après avoir jugé que l'interprétation de la Loi par la Commission ne pouvait être maintenue, la Cour d'appel fédérale annule la décision administrative, sans toutefois la renvoyer à la Commission, un tel renvoi étant jugé inutile<sup>81</sup>.

## 2.4 Brefs commentaires

La décision de la Cour d'appel fédérale a fait l'objet d'une demande d'autorisation d'appel devant la Cour suprême du Canada ; la prudence s'impose donc quant aux conclusions que l'on peut tirer de l'arrêt *SOCAN*. Malgré tout, dans l'immédiat, il est possible d'énoncer les constats suivants.

L'arrêt *SOCAN* établit que le droit de « mise à disposition » prévu au paragraphe 2.4(1.1) de la Loi vise un « acte préparatoire » couvert par le droit de « communication au public par télécommunication », pour lequel il n'est pas justifié d'établir un tarif particulier. Quoique la Cour n'en fasse pas explicitement mention, une telle conclusion semble s'arrimer avec le principe de neutralité technolo-

79. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, préc., note 59, par. 60 et 71.

80. *Id.*, par. 79-92.

81. *Id.*, par. 102.



gique<sup>82</sup>. Pour certains<sup>83</sup>, l'arrêt *SOCAN* tend également à éviter un chevauchement de droits<sup>84</sup> et, ainsi, une « double rémunération »<sup>85</sup> des titulaires de droits d'auteur. En dépit de sa clarification sur le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi, la Cour d'appel fédérale ne se prononce toutefois pas sur le sens et l'effet définitifs de cette disposition<sup>86</sup>. La question de la portée du droit de « mise à disposition » n'est donc pas entièrement vidée<sup>87</sup>. De la même manière, la question de la conformité du Canada au Traité demeure entière, le juge Stratas s'étant « limité » à discuter de la pertinence de cet instrument international à des fins d'interprétation. À ce chapitre, la Cour fournit un éclairage sur les méthodes interprétatives à privilégier lorsque le droit interne ne présente aucune ambiguïté patente ou latente.

### 3. DE L'ÉTENDUE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE LA COMMISSION

Parallèlement à sa décision sur l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi (Section 2), la Cour d'appel fédérale s'est prononcée le même jour sur le pouvoir discrétionnaire de la Commission

82. « Selon le principe de neutralité technologique, en l'absence d'une intention contraire du législateur, la LDA ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier » : *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, préc., note 51, par. 66.

83. Voir notamment les propos des professeurs Carys J. Craig et Jeremy de Beer lors de la conférence « Making Sense of the Making Available Right » du 23 juin 2020.

84. Voir notamment : *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, préc., note 64 et *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, préc., note 65.

85. Le professeur de Beer propose la définition suivante de ce concept, qu'il qualifie de « royalty stacking » : « By copyright royalty stacking, I mean the layering of multiple payments for permission—through a certified tariff, collective blanket licence or individual contract—to use copyright-protected subject matter », Jeremy DE BEER, « Copyright Royalty Stacking », dans *The Copyright Pentalogy*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2013, p. 335.

86. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, préc., note 59, par. 103-107.

87. Le droit de « mise à disposition » a fait l'objet de peu de traitement jurisprudentiel canadien. Notons toutefois l'affaire *Trader v. CarGurus*, dans laquelle la Cour supérieure de l'Ontario a conclu que la publication non autorisée d'une image sur un site Internet constitue une « mise à disposition » de cette image : « In my view, when CarGurus displayed the photo on its website, it was “making it available” to the public by telecommunication (in a way that allowed a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member), regardless of whether the photo was actually stored on CarGurus' server or on a third party's server » : *Trader v. CarGurus*, 2017 ONSC 1841, par. 33.

dans l'établissement de taux de redevances, dans l'arrêt *CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc.*<sup>88</sup> (ci-après « *Apple* »).

### 3.1 Bref rappel des faits

#### 3.1.1 Contexte

Dans le cadre de cette affaire, des projets de tarifs ont été soumis à la Commission pour homologation par différentes sociétés de gestion, à savoir : CMRRA-SODRAC Inc.<sup>89</sup> (ci-après « *CSI* »), la SOCAN<sup>90</sup> et la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada<sup>91</sup> (ci-après « *SODRAC* »). Plus particulièrement, ces projets portaient sur les taux de redevances à percevoir par chacune de ces sociétés de gestion (selon les droits qu'elles administrent respectivement), auprès des fournisseurs de services de musique en ligne (collectivement, « *Tarif pour les services de musique en ligne* »).

88. *CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc.*, 2020 CAF 101.

89. *Projet de tarifs des redevances à percevoir par CMRRA-SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales au Canada*, (2010) 144 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 17 juillet ; *Projet de tarifs des redevances à percevoir par CMRRA-SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales au Canada*, (2011) 145 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 30 avril et *Projet de tarifs des redevances à percevoir par CMRRA-SODRAC inc. pour la reproduction d'œuvres musicales au Canada*, (2012) 146 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 12 mai.

90. *Projet de tarifs des redevances à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales*, (2010) 144 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 31 juillet ; *Projet de tarifs des redevances à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales*, (2011) 145 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 28 mai et *Projet de tarifs des redevances à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales*, (2012) 146 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 2 juin.

91. *Projet de tarif des redevances à percevoir par la SODRAC pour la reproduction d'œuvres musicales incorporées dans une vidéo de musique, au Canada, par les services de musique en ligne pour l'année 2010*, (2009) 143 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 2 mai ; *Projet de tarif des redevances à percevoir par la SODRAC pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, pour l'année 2011*, (2010) 144 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 19 juin ; *Projet de tarif des redevances à percevoir par la SODRAC pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, pour l'année 2012*, (2011) 145 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 14 mai et *Projet de tarif des redevances à percevoir par la SODRAC pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, pour l'année 2013*, (2012) 146 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 28 avril.

### 3.1.2 Recours entrepris

Dans sa décision sur le Tarif pour les services de musique en ligne<sup>92</sup>, la Commission a conclu : (i) que la SOCAN n'était pas autorisée à percevoir de redevances pour la mise à disposition d'œuvres musicales pour la période précédant l'entrée en vigueur du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi ; et (ii) qu'elle ne disposait pas « d'éléments de preuve suffisamment fiables pour [...] attribuer une valeur à l'acte de mise à la disposition du public d'œuvres musicales »<sup>93</sup>. La SOCAN et CSI ont demandé le contrôle judiciaire de cette décision auprès de la Cour d'appel fédérale.

### 3.2 Question en litige

Dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire dont elle est saisie, la Cour d'appel fédérale doit examiner la décision de la Commission de ne pas fixer de taux de redevance pour le droit de « mise à disposition ». À ce titre, la Cour d'appel fédérale indique que sa décision connexe quant à l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi (Section 2) n'a aucune incidence sur la question qu'elle a à trancher en l'espèce<sup>94</sup>.

### 3.3 Analyse

Au terme de son contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale, sous la plume de l'honorable juge Stratas, indique que la décision de la Commission est raisonnable.

La Cour, citant l'arrêt *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*<sup>95</sup>, rappelle l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont jouit la Commission dans l'établissement de tarifs, ainsi que son degré d'expertise en la matière :

Une décision concernant le montant de la « rémunération équitable » comme celle en cause en l'espèce n'est pas simple, et il ne suffit pas de trier l'information objectivement et logiquement selon des critères juridiques fixes pour y arriver. Il s'agit plutôt d'une décision complexe comportant de multiples aspects pour laquelle il faut apprécier avec finesse les renseignements,

92. CSI, SOCAN, SODRAC – Tarif pour les services de musique en ligne, préc., note 68.

93. *Id.*, par. 193.

94. *CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc.*, préc., note 88, par. 3.

95. *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138.

les impressions et les indications en suivant des critères qui peuvent évoluer et être appréciés différemment de temps à autre selon les circonstances changeantes et en évolution. Par conséquent, la Commission doit jouir d'une [...] latitude [plutôt illimitée] pour rendre sa décision sur une telle question.<sup>96</sup> (Nos soulignements)

Dans ce contexte, la Cour conclut que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable et que les décisions de la Commission concernant l'établissement de tarifs « sont assujetties à relativement peu de contraintes »<sup>97</sup>. Ce type de décisions est en effet largement dominé par les faits, « se tranche en fonction de considérations d'ordre économique et de l'appréciation des faits propres à l'affaire, et comporte peu d'éléments juridiques »<sup>98</sup>. La Cour d'appel fédérale fait donc preuve d'une grande retenue dans le cadre de son contrôle judiciaire, comme en témoigne d'ailleurs le passage suivant :

Les demanderesses soulèvent une pléthore de questions dans le but de démontrer le caractère déraisonnable de la décision. L'approche générale qu'elles adoptent vise à nous inciter à examiner en profondeur le bien-fondé de la décision de la Commission, à apprécier nous-mêmes les éléments de preuve et à substituer notre décision à celle de la Commission. C'est impossible. En vertu de la Loi sur le droit d'auteur, il revient exclusivement à la Commission d'agir ainsi, et non à notre Cour. Il nous est conféré uniquement un rôle de contrôle, qui doit être exercé avec beaucoup de déférence dans un cas comme celui en l'espèce.<sup>99</sup> (Nos soulignements)

Partant de ce constat, la Cour indique que la question de la suffisance de la preuve « relève entièrement du pouvoir de recherche de la vérité de la Commission »<sup>100</sup> et qu'il n'incombe pas à la Cour d'appel fédérale de remettre en cause une telle décision (la Cour confirme également que la Commission est en droit de ne pas suivre sa jurisprudence en réduisant, par exemple, des taux fixés antérieurement)<sup>101</sup>.

96. *Id.*, par. 50.

97. *CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc.*, préc., note 88, par. 5.

98. *Id.*, par. 5.

99. *Id.*, par. 13.

100. *Id.*, par. 27.

101. La Commission est en effet autorisée à s'écarter de ses précédents, lorsque : (i) la question est dominée par des faits et des considérations administratives dont la réponse dépend de circonstances évolutives et (ii) son raisonnement est suffisamment transparent et justifié. Voir : *id.*, par. 17 et 19.

Elle déclare finalement que la décision de la Commission sur l'application rétroactive du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi est raisonnable<sup>102</sup>.

### 3.4 Brefs commentaires

Pour l'essentiel, la décision de la Cour d'appel fédérale rappelle l'étendue du pouvoir discrétionnaire de la Commission dans le cadre de l'homologation de tarifs. À titre de tribunal administratif indépendant, la Commission jouit en effet d'une latitude quasi illimitée lorsqu'elle rend ce type de décisions<sup>103</sup>.

Cette décision, combinée à l'arrêt *SOCAN* (Section 2), jette également un éclairage sur la (nouvelle) norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions de la Commission. Dans les deux affaires, en effet, la Cour d'appel fédérale, suivant les principes énoncés dans le récent arrêt de la Cour suprême *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*<sup>104</sup> (ci-après « *Vavilov* »), a appliqué la norme de la décision raisonnable. Même si « le contrôle selon la norme de la décision raisonnable a pour point de départ la retenue judiciaire et le respect du rôle distinct des décideurs administratifs »<sup>105</sup>, il peut mener à des conclusions diamétralement opposées, comme en témoignent les arrêts *Apple* et *SOCAN*.

Selon la nature de la décision sous contrôle judiciaire, la Commission jouira d'une plus ou moins grande latitude. L'« amplitude » de ce pouvoir discrétionnaire aura une incidence directe sur l'annulation potentielle de la décision de la Commission. Par exemple, l'arrêt *SOCAN* portait sur l'interprétation de la Loi ; en pareil cas, la Commission disposera d'une moins grande latitude en présence « de dispositions légales précises ou de décisions judiciaires bien établies »<sup>106</sup>, de sorte que sa décision pourra plus facilement être annulée si elle ne tient pas compte de ces balises. En revanche, dans l'arrêt *Apple*, la Commission était appelée à apprécier des questions factuelles évolutives, non juridiques, à consonance économique. Or, ce type de décisions est assujéti à relativement peu de contraintes et est donc plus difficile à annuler<sup>107</sup>.

102. *Id.*, par. 28-29.

103. *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, préc., note 95, par. 50.

104. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, préc., note 71.

105. *Id.*, par. 75.

106. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, préc., note 59, par. 33.

107. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, préc., note 71, par. 29.

Enfin, et de manière incidente, l'arrêt *Apple* met en lumière les délais somme toute considérables dans lesquels la décision de la Commission a été rendue<sup>108</sup>. Cet exemple révélateur illustre un problème patent auquel le gouvernement du Canada a voulu remédier en adoptant, le 4 décembre 2020, le *Règlement prévoyant les délais concernant les affaires dont la Commission du droit d'auteur est saisie*<sup>109</sup> (ci-après « Règlement »), dont l'objectif est « l'amélioration de la prévisibilité et des délais des processus décisionnels de la Commission »<sup>110</sup>.

#### 4. DE L'ÉVALUATION DES REDEVANCES POUR LES « COPIES ACCESSOIRES DE DIFFUSION »

En juin 2020, la Commission a rendu une décision dans laquelle elle a fixé le taux de redevance applicable aux « copies accessoires de diffusion », dans un contexte arbitral<sup>111</sup>. La décision visait une licence entre la Société Radio-Canada (ci-après « SRC ») et la SODRAC ; elle faisait suite à un arrêt de la Cour suprême du Canada rendu en 2015<sup>112</sup>.

108. La Commission a d'ailleurs prononcé les commentaires suivants au sujet de la longueur du processus décisionnel : « Divers facteurs expliquent pourquoi la publication de cette décision a tardé. Il convient de noter que la Commission a rendu sept ordonnances, dix décisions et trente-huit avis dans le cadre de l'instance. Un des défis les plus importants auxquels les membres de cette formation ont eu à faire face a été de veiller à la cohérence dans le contexte d'une matrice juridique et factuelle complexe. Les questions nouvelles soulevées par le vaste éventail de services – et leurs combinaisons – sur lesquelles portaient les divers projets de tarif en l'espèce ont nécessité un examen approfondi. Les activités différentes visées et les différentes terminologies utilisées par les sociétés de gestion ont ajouté aux difficultés d'en arriver à un résultat utile et cohérent. Les consultations sur le libellé du tarif ont commencé en juin 2016 et se sont poursuivies pendant plusieurs mois. Étant donné la complexité de l'exercice, plusieurs requêtes ont été faites pour allonger les délais de réponse aux ordonnances de la Commission. Finalement, le processus et la décision connexes traitant de la question très importante de la portée de la "mise à disposition" furent en soi une tâche d'envergure. Nous tenons à remercier les parties pour leurs observations et argumentaires utiles dans le contexte de ce nouveau domaine de droit » : CSI, SOCAN, SODRAC – Tarif pour les services de musique en ligne, préc., note 68, par. 20.

109. *Règlement prévoyant les délais concernant les affaires dont la Commission du droit d'auteur est saisie*, DORS/2020-264.

110. Gouvernement du Canada, « Fiche d'information : Délais concernant les affaires dont la Commission du droit d'auteur est saisie », 23 décembre 2020, disponible en ligne à l'adresse suivante : <<https://www.ic.gc.ca/eic/site/693.nsf/fra/00187.html>> (page consultée le 24 décembre 2020).

111. *SODRAC 2003 Inc. c. SRC*, 2020 CDA 001.

112. *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, préc., note 51.

## **4.1 Bref rappel des faits**

### **4.1.1 Contexte**

À titre liminaire, précisons ce que l'on entend par « copies accessoires de diffusion ». En bref, ces copies s'inscrivent dans le cadre de la diffusion d'œuvres audiovisuelles et accompagnent un processus dit de « synchronisation » :

La synchronisation est le processus consistant à incorporer une œuvre musicale dans une œuvre audiovisuelle. La copie de synchronisation est donc celle réalisée en vue d'incorporer l'œuvre dans la copie finale (maîtresse) d'une œuvre audiovisuelle. Une copie de postsynchronisation de l'œuvre musicale est effectuée chaque fois que l'œuvre audiovisuelle elle-même est copiée, par exemple pour la diffuser, la livrer ou la distribuer.

La copie accessoire est nécessaire ou utile pour arriver à un résultat sans toutefois y être intégrée. La copie accessoire de production est effectuée dans le cadre de la production et de la distribution d'une œuvre audiovisuelle, avant ou après la création de la copie maîtresse : il s'agit d'une forme de copie de synchronisation. La copie accessoire de diffusion vise à faciliter la télédiffusion d'une œuvre audiovisuelle ou à la conserver dans les archives du télédiffuseur, alors que la copie accessoire de distribution a pour objet de préparer ou de conserver le film pour distribution au public : les deux sont des formes de copies de postsynchronisation.<sup>113</sup> (Nos soulignements)

Le recours aux copies accessoires n'est pas un phénomène nouveau. En revanche, les avancées technologiques ont fait croître le nombre de telles copies, de sorte que les systèmes de diffusion modernes numériques engendrent davantage de copies accessoires de diffusion, comparativement aux (anciennes) technologies analogiques. L'accroissement de ces copies est au cœur de l'affaire en cause, opposant la SRC et la SODRAC.

La SRC est à la fois productrice et diffuseuse d'émissions télévisuelles : elle diffuse aussi bien ses propres émissions que celles qu'elle acquiert par le biais de licences ou de cessions de droits

---

113. SODRAC – Demandes de fixation des redevances et modalités d'une licence, 2 novembre 2012, par. 11-12.

d'auteur. Pour sa part, la SODRAC était<sup>114</sup> une société de gestion administrant notamment le droit de reproduction de certaines œuvres musicales.

En 1992, la SRC et la SODRAC ont conclu une entente autorisant la SRC à reproduire des œuvres contenues dans le répertoire de la SODRAC. Cette licence permettait à la SRC de *synchroniser* des œuvres musicales dans des émissions audiovisuelles et d'effectuer toute autre copie accessoire des œuvres, y compris des copies accessoires de production et des copies accessoires de diffusion. En 2008, toutefois, la SRC et la SODRAC n'ont pas été en mesure de s'entendre sur les modalités du renouvellement de la licence, car la SODRAC souhaitait monnayer les copies accessoires de diffusion, en sus des droits de synchronisation, ce à quoi la SRC s'opposait. Le changement de stratégie de la SODRAC coïncidait avec l'adoption, par la SRC, de nouvelles technologies numériques obligeant la création de multiples copies accessoires de diffusion.

#### 4.1.2 *Recours entrepris*

Au terme de ses négociations infructueuses avec la SRC, la SODRAC a saisi la Commission, afin que celle-ci fixe les modalités de leur licence (et plus particulièrement le montant des redevances à percevoir par la SODRAC), conformément au paragraphe 70.2 de la Loi<sup>115</sup>.

Au regard de l'arrêt *Bishop c. Stevens*<sup>116</sup> (ci-après « *Bishop* »), la Commission a précisé que l'activité de la SRC consistant à faire des copies accessoires de diffusion mettait en cause le droit de reproduction, et qu'on ne pouvait inférer des licences de synchronisation l'existence d'une licence permettant de faire de telles copies<sup>117</sup>. Autre-

114. En 2018, la SOCAN a fait l'acquisition de la SODRAC. Depuis, la SOCAN administre la gestion des droits de reproduction pour certaines œuvres qui faisaient partie auparavant du répertoire de la SODRAC.

115. « À défaut d'une entente sur les redevances, ou les modalités afférentes, relatives à une licence autorisant l'intéressé à accomplir tel des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, la société de gestion ou l'intéressé, ou leurs représentants, peuvent, après en avoir avisé l'autre partie, demander à la Commission de fixer ces redevances ou modalités. [...] » : par. 70.2(1) de la Loi.

116. *Bishop c. Stevens*, préc., note 84. Sous la plume de l'honorable juge McLachlin, la Cour suprême du Canada a conclu que « le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre en vertu du par. 3(1) de la Loi ne comporte pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion » : *id.*, p. 485.

117. SODRAC – Demandes de fixation des redevances et modalités d'une licence, préc., note 113, par 16.



ment dit, la SRC devait obtenir une licence de reproduction distincte pour ses copies accessoires de diffusion. La Commission a ensuite fixé la valeur des redevances à percevoir pour une telle licence. Pour ce faire, elle a pris en compte les bénéfices générés par la SRC grâce à l'utilisation de technologies numériques. Elle a déterminé, par ailleurs, la valeur des redevances au regard d'un ratio utilisé antérieurement dans le contexte de la radio commerciale. Cette décision de la Commission a fait l'objet d'un contrôle judiciaire<sup>118</sup> et a, ultimement, été tranchée par la Cour suprême du Canada en 2015 dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*<sup>119</sup> (ci-après « SRC »).

Essentiellement, la Cour suprême du Canada a conclu que les copies accessoires de diffusion mettaient en cause le droit de reproduction<sup>120</sup>. Par conséquent, la SODRAC était en droit de percevoir des redevances, en contrepartie de l'exercice de ce droit par la SRC<sup>121</sup>. La plus haute instance du pays a indiqué qu'une telle compensation pouvait notamment consister en un partage approprié des bénéfices que la SRC tire des copies accessoires de diffusion<sup>122</sup>. L'établissement de la valeur de la redevance doit cependant prendre en compte les principes de « neutralité technologique » et de « mise en équilibre », ce que la Commission avait omis de faire. La Cour suprême du Canada a donc renvoyé le dossier à la Commission, afin que celle-ci évalue le montant à percevoir pour les copies accessoires de diffusion, au regard de ces principes<sup>123</sup>. À ce titre, la plus haute instance du pays a précisé que de telles décisions arbitrales de la Commission visant à fixer les

118. *Société Radio-Canada c. Sodrac 2003 Inc.*, 2014 CAF 84.

119. *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, préc., note 51.

120. La juge Abella, dissidente, a conclu différemment, estimant que l'approche préconisée par la majorité des juges occultait les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre. Favorisant une approche fonctionnelle, la juge Abella a estimé qu'une copie accessoire de diffusion ne constituait pas une reproduction au sens de la Loi. Conclure autrement, a-t-elle précisé, « reviendrait à condamner tant la neutralité technologique que la capacité du droit d'auteur à préserver l'équilibre délicat établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et l'intérêt du public à ce que les œuvres créatives soient diffusées » : *id.*, par. 164.

121. *Id.*, par. 70.

122. *Id.*

123. « La Commission n'a pas tenu compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour fixer les redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la licence légale 2008-2012 en ce qui a trait à la fixation des redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC et de renvoyer la Décision sur la licence légale à la Commission pour réexamen de la fixation des redevances en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre » : *id.*, par. 114.

redevances demeuraient facultatives, en ce sens que l'utilisateur (en l'espèce, la SRC) reste libre d'accepter ou de refuser ces modalités<sup>124</sup>.

## 4.2 Question en litige

À la suite de l'arrêt *SRC*, la Commission procède à un nouvel examen du tarif applicable aux copies accessoires de diffusion, en fonction des balises imposées par celui-ci.

## 4.3 Analyse

Essentiellement, la Commission détermine la valeur des redevances à percevoir par la SODRAC pour les copies accessoires de diffusion, au regard des principes : (i) de neutralité technologique ; et (ii) de mise en équilibre. Pour ce faire, le tribunal administratif privilégie (iii) une approche historique.

### 4.3.1 Principe de neutralité technologique

La « neutralité technologique » prévoit que la Loi ne doit pas être interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie particulière<sup>125</sup>. Dans le cadre de l'évaluation des redevances, ce principe vise à assurer une équivalence de traitement entre les supports numériques et analogiques. Concrètement, il impose à la Commission de déterminer si le recours à la technologie numérique dans la confection des copies accessoires de diffusion confère une valeur ajoutée à la SRC (comparativement à la technologie analogique) :

Lorsque l'utilisateur d'une technologie tire une plus grande valeur de l'utilisation de reproductions d'une œuvre protégée par le droit d'auteur qu'une personne qui en fait une utilisation similaire en se servant d'une autre technologie, le principe de la neutralité technologique suppose que le titulaire du droit d'auteur aurait droit à des redevances plus élevées de l'utilisateur qui obtient la plus grande valeur en question. Bref, il

124. « Je suis d'avis que les licences octroyées par la Commission ne sont pas revêtues d'un caractère obligatoire à l'égard d'un utilisateur ; la Commission a le pouvoir de fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2, mais l'utilisateur reste libre de décider de devenir titulaire de la licence et mener ses activités conformément à cette dernière, ou de refuser de le faire » : *id.*, par. 113.

125. Voir notamment : *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, préc., note 64.

ne serait pas neutre sur le plan technologique de traiter ces deux technologies comme si elles permettaient de tirer la même valeur des reproductions.<sup>126</sup> (Nos soulignements)

En l'espèce, la Commission conclut qu'une augmentation des redevances est justifiée, compte tenu des avantages que tire la SRC dans la réalisation de copies accessoires de diffusion, via la (nouvelle) technologie numérique<sup>127</sup>. Une telle valeur ajoutée découle de certains gains en efficacité, tels que des économies de personnel, d'entretien et de coûts de fonctionnement<sup>128</sup>.

#### 4.3.2 Principe de mise en équilibre

Le principe de mise en équilibre, pour sa part, prescrit à la Commission de tenir compte de certains facteurs, afin de mettre en balance les droits de la SRC et ceux des titulaires du droit de reproduction (représentés par la SODRAC)<sup>129</sup>. Ces facteurs incluent notamment les risques pris par la SRC, l'ampleur de son investissement dans la technologie numérique ainsi que la nature de l'utilisation des œuvres du répertoire de la SODRAC<sup>130</sup>. En l'espèce, la Commission conclut qu'en investissant dans une technologie numérique sophistiquée, la SRC s'est nécessairement exposée à des risques « en termes de compétitivité et de rendement sur cet investissement »<sup>131</sup>. Quant à la nature de l'utilisation des œuvres en cause, celle-ci est accessoire<sup>132</sup>, car « visant à faciliter la diffusion »<sup>133</sup>. Dans ce contexte, le principe de mise en équilibre suppose que les redevances à verser à la SODRAC sont relativement peu élevées<sup>134</sup>.

#### 4.3.3 Approche historique

Au vu de ces constats, la Commission se penche sur la valeur à attribuer aux redevances payables par la SRC pour la confection

126. *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, préc., note 51, par. 71.

127. *SODRAC 2003 Inc. c. SRC*, préc., note 111, par. 49.

128. *Id.*, par. 35-49.

129. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, préc., note 2, par. 30.

130. *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, préc., note 51, par. 75.

131. *SODRAC 2003 Inc. c. SRC*, préc., note 111, par. 59.

132. La Commission a souligné que l'expression « copie accessoire » induit en erreur : bien que ces copies soient créées *accessoirement* aux activités de diffusion de la SRC, elles demeurent névralgiques, car facilitant des diffusions efficaces. Malgré ce caractère important, la Commission a estimé que la nature de ces copies à titre « accessoire » ne changeait pas. Voir : *id.*, par. 61.

133. *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, préc., note 51, par. 1.

134. *Id.*, par. 75.

de ses copies accessoires de diffusion ; pour ce faire, elle privilégie une « approche historique »<sup>135</sup>. Selon cette méthode, elle prend appui sur une licence « comparable » que les parties ont conclue pour des copies accessoires de diffusion dans le passé, avant le passage à la technologie numérique. La Commission ajuste ensuite le montant convenu à l'époque, afin de « le projeter dans la période numérique »<sup>136</sup>. À cette fin, elle prend en compte différents facteurs, tels que l'inflation, les « gains technologiques accrus [...] décou[a]nt du passage des systèmes analogiques aux systèmes numériques »<sup>137</sup>, ainsi que le caractère « accessoire » des copies en cause. Au terme de cet examen, la Commission arrive à une valeur qu'elle estime « juste et raisonnable »<sup>138</sup>, mais également « proportionnelle »<sup>139</sup> au caractère « ancillaire » des copies accessoires de diffusion, dans le processus de diffusion télévisuelle.

#### 4.4 Brefs commentaires

Cette décision s'attarde au volet « économique » de l'établissement des redevances. Plus particulièrement, la Commission évalue le montant des redevances applicables aux copies accessoires de diffusion en appliquant deux concepts phares en droit d'auteur, à savoir celui de la neutralité technologique et celui de l'équilibre (fragile) que sous-tend la Loi. Néanmoins, certains commentateurs se questionnaient, déjà à l'époque de l'arrêt *SRC*, sur la pertinence de tels principes dans le cadre de l'établissement de redevances<sup>140</sup>.

---

135. *SODRAC 2003 Inc. c. SRC*, préc., note 111, par. 87.

136. *Id.*

137. *Id.*, par. 90.

138. *Id.*

139. *Id.*

140. « Premièrement, [l'arrêt] semble arrimer le prix aux bénéfices de l'utilisateur et à la technologie qu'il utilise. Pourtant, dans un marché concurrentiel, deux personnes qui dérivent une valeur différente de l'utilisation d'un même bien paient le même prix pour ce bien, sans égard à la technologie utilisée ou au bénéfice retiré : le prix de la crème est le même, qu'on la verse dans du café ou qu'on s'en serve pour préparer des glaces ; la maison de disques à succès paie les mêmes redevances pour les droits mécaniques que celle qui s'apprête à déposer son bilan. Deuxièmement, la Cour semble faire équivaloir compensation / prix et valeur ; pourtant, prix et valeur sont rarement les mêmes, à moins qu'on ait affaire à un monopoleur discriminant. Troisièmement, la décision paraît sous-estimer à quel point il est difficile de mesurer le risque que prend celui qui utilise une nouvelle technologie » : Mario BOUCHARD, « L'examen parlementaire du droit d'auteur de 2017 : ce qui aurait pu être au programme et qui ne le sera pas », (2017) 29 *Cahiers de propriété intellectuelle* 497, 519-520. Voir également : A. PORCIN, préc., note 51, 421.

Il sera donc intéressant de voir si ces méthodes d'évaluation seront appliquées à l'avenir, et le cas échéant, la façon dont elles le seront.

En tout état de cause, cette décision témoigne de la complexité (et des délais) entourant la fixation de redevances, en plus de mettre en lumière l'expertise singulière de la Commission en la matière<sup>141</sup>. Advenant une éventuelle demande de contrôle judiciaire de cette décision, il serait donc probable que la Cour d'appel fédérale accorde une grande déférence à la Commission, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Apple* (Section 3).

Enfin, il est permis de se demander dans quelle mesure cette décision pourrait lier la SRC, compte tenu de l'arrêt *SRC*, dans lequel la Cour suprême du Canada a, entre autres choses, conclu au caractère facultatif des décisions arbitrales de la Commission<sup>142</sup>.

## 5. DE L'INCIDENCE DE LA COVID-19 SUR CERTAINES DÉCISIONS DE LA COMMISSION

En pleine pandémie, la Commission a (notamment) rendu deux décisions dans lesquelles elle a modulé certains tarifs qui lui ont été soumis pour homologation, afin de rendre compte des conséquences pécuniaires de la crise.

### 5.1 Bref rappel des faits

Les décisions mettent respectivement en cause les projets de tarif suivants :

---

141. Marcel Boyer indiquait à ce titre que la Commission joue un rôle de substitut de marchés concurrentiels : « Il est très difficile d'établir comment il conviendrait de fixer la rémunération juste et équitable, par exemple des auteurs, compositeurs, artistes-interprètes et producteurs, étant donné les caractéristiques très particulières du secteur d'activité et l'absence d'un processus adéquat. La notion de rémunération appropriée, juste ou équitable ne fait pas problème, puisque tous s'entendent pour dire qu'elle correspond au niveau de rémunération qui s'établirait sur un marché concurrentiel où acheteurs et vendeurs consentants, tous preneurs de prix (c'est-à-dire incapables de fixer le prix), traiteraient librement jusqu'au point où la valeur marginale d'une transaction additionnelle pour les acheteurs (demande) égalerait exactement le coût marginal de cette même transaction pour les vendeurs (offre). La Commission du droit d'auteur a ainsi pour fonction de se substituer à un tel marché concurrentiel pour établir quel serait le prix ou la rémunération de concurrence sur ce marché s'il existait et fonctionnerait de manière efficace ». Voir : Marcel BOYER, « Concepts et principes économiques invoqués devant la Commission du droit d'auteur du Canada et appliqués dans ses décisions », (2011) 23 *Cahiers de propriété intellectuelle* 1083, 1095.

142. *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, préc., note 51, par. 113.

- Tarifs 13.A, 13.B et 13.C de la SOCAN (2018-2022)<sup>143</sup> ; et
- Tarif 21 de la SOCAN (2021-2022)<sup>144</sup>.

Dans le premier cas, les projets de tarif visent l'utilisation du répertoire administré par la SOCAN dans divers moyens de transport en commun, tels que les avions, les trains, les autobus et les navires à passagers<sup>145</sup>. Dans le second, le projet déposé par la SOCAN s'applique aux « installations récréatives exploitées par une municipalité, une école, un collège, une université, une société agricole ou autres organismes communautaires semblables »<sup>146</sup>.

## 5.2 Question en cause

En l'espèce, la Commission n'a pas à « trancher de questions litigieuses ». En effet, les projets de tarif ont été publiés dans la *Gazette du Canada* afin de recueillir, le cas échéant, les oppositions des utilisateurs éventuels intéressés ou de leurs représentants<sup>147</sup>. Aucune objection n'a toutefois été soulevée ou maintenue, et la Commission estime que les projets de tarif sont « justes et équitables »<sup>148</sup>. Dans ce contexte, la Commission homologue les projets de tarif, sous réserve de certains ajustements qu'elle apporte compte tenu de la crise sanitaire. Ce sont ces modulations qui nous intéressent particulièrement dans le cadre de cet article.

143. Tarifs 13.A, 13.B et 13.C de la SOCAN, 2020 CDA 11.

144. Tarif 21 de la SOCAN (2021-2022), 2020 CDA 12.

145. *Projet de tarif des redevances à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales (2018-2020)*, (2017) 151 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 29 avril et *Projet de tarif des redevances à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales (2021-2022)*, (2019) 153 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 18 mai.

146. *Projet de tarif des redevances à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales (2021-2022)*, (2019) 153 *Gaz. Can. I (Supp.)*, 18 mai.

147. Art. 68.2 et 68.3 de la Loi.

148. « La Commission fixe des redevances et des modalités afférentes en vertu de la présente loi qui sont justes et équitables, [...] » (nos soulignements) : art. 66.501 de la Loi.

### **5.3 Analyse**

#### **5.3.1 Tarifs 13.A, 13.B et 13.C de la SOCAN (2018-2022)**

Les projets pour les tarifs 13.A, 13.B et 13.C visent respectivement les redevances à percevoir pour les années 2018 à 2022, pour l'utilisation du répertoire administré par la SOCAN : (i) à bord d'un avion ; (ii) sur des navires à passagers et (iii) dans des trains, autobus et autres moyens de transport en commun (à l'exclusion des avions et des navires à passagers). Seuls les projets pour les tarifs 13.A et 13.C font l'objet de réajustements par la Commission.

Dans le cas du tarif 13.A, le taux de redevances annuel proposé est calculé comme suit :

a. Musique au sol : 2,32 \$ par siège pour chaque avion en service durant l'année, au prorata du nombre de jours pendant lesquels l'avion est en service durant l'année.

b. Musique faisant partie de la programmation en vol : 5,49 \$ par siège pour chaque avion en service durant l'année, au prorata du nombre de jours pendant lesquels l'avion est en service durant l'année.

Aucune redevance n'est due au titre de a) si une redevance est payée au titre de b).

Pour l'application de ce tarif, un avion n'est pas « en service » s'il n'est plus détenu, loué ou exploité sous contrat par l'utilisateur ou si pendant toute période de 15 jours consécutifs ou plus, il n'a pas été utilisé pour transporter les passagers du titulaire de la licence pour cause de maintenance conformément à la réglementation.<sup>149</sup> (Nos soulignements)

Consciente que la pandémie a eu « des conséquences inattendues pour l'industrie du transport et que l'activité économique a été gravement perturbée en 2020 », la Commission retranche du tarif 13.A la référence à un avion qui n'est pas en service « pour cause de maintenance conformément à la réglementation »<sup>150</sup>. Dès lors, si un avion n'est pas en service pour une période de 15 jours consécutifs ou plus, aucune redevance ne sera exigible pour cette période, pendant

149. Tarifs 13.A, 13.B et 13.C de la SOCAN, préc., note 143, par. 9-10.

150. *Id.*, par. 13.

l'application du tarif en cause. Dans l'optique de préserver un tarif « juste et équitable », la Commission mentionne que la période de référence de 15 jours consécutifs d'inactivité « permet en outre de tenir compte des titulaires de droit dont les droits sont également touchés par la pandémie »<sup>151</sup>.

Concernant le tarif 13.C, le taux de redevances proposé est de « 1,13 \$ par personne par année, en fonction du nombre maximum de passagers autorisé par voiture, autobus ou autre moyen de transport en commun, sous réserve d'une redevance annuelle minimale de 67,32 \$ »<sup>152</sup>. Compte tenu des répercussions économiques de la crise sanitaire sur l'industrie du transport, la Commission modifie le tarif 13.C en ajoutant la condition que les redevances exigibles doivent être calculées « au prorata de l'activité économique »<sup>153</sup>. Autrement dit, précise la Commission, « si un utilisateur exerce ses activités pendant moins de 12 mois chaque année, les redevances exigibles seront réduites d'un douzième pour chaque mois complet d'inactivité »<sup>154</sup>, en vertu du tarif. De l'avis de la Commission, l'utilisation d'un mois complet d'inactivité comme point de référence tient compte des intérêts des titulaires de droits, également fragilisés par la pandémie<sup>155</sup>.

### 5.3.2 Tarif 21 de la SOCAN (2021-2022)

Pour l'essentiel, le projet de tarif 21 établit que si une installation récréative est exploitée par une organisation communautaire à l'occasion d'activités récréatives qui seraient autrement assujetties à certains tarifs spécifiques<sup>156</sup>, une redevance annuelle fixe de 198,58 \$ pour chaque installation est exigible, dans la mesure où le revenu brut tiré par le titulaire de licence au cours de l'année visée par la licence ne dépasse pas 17 500 \$<sup>157</sup>. Au-delà du plafond de 17 500 \$, toutefois, l'utilisateur ne peut plus bénéficier du tarif 21 et doit se conformer aux tarifs spécifiques, pour chacune des activités en cause.

151. *Id.*

152. *Id.*, par. 17.

153. *Id.*, par. 28.

154. *Id.*

155. *Id.*

156. Il s'agit des tarifs suivants : Tarif 5.A (Expositions et foires), Tarif 7 (Patinoires), Tarif 8 (Réceptions, congrès, assemblées et présentations de mode), Tarif 9 (Événements sportifs, y compris le hockey mineur, le patinage artistique, le patinage sur roulettes, le patinage sur glace, les spectacles jeunesse sur glace et les rodéos amateurs), Tarif 11.A (Cirques, spectacles sur glace, etc.) et Tarif 19 (Exercices physiques et cours de danse).

157. Tarif 21 de la SOCAN (2021-2022), préc., note 144, par. 10-11.



Afin de s'assurer que les redevances tarifaires demeurent « justes et équitables », la Commission ajoute au tarif 21 la condition que les redevances exigibles « soient calculées tous les mois au prorata de l'activité économique »<sup>158</sup>. Par conséquent, « si un titulaire de licence est en activité pendant moins de 12 mois chaque année, les redevances exigibles seront réduites d'un douzième pour chaque mois complet d'inactivité »<sup>159</sup>, selon ce tarif. À nouveau, la Commission indique que son point de référence (en l'espèce, un mois complet d'inactivité) permettait de tenir compte des intérêts des titulaires de droits<sup>160</sup>.

#### 5.4 Brefs commentaires

Ces deux décisions tendent à souligner le rôle qu'occupe la Commission dans l'établissement de tarifs « justes et équitables ». Pour s'acquitter de ce mandat, la Commission doit, certes, s'appuyer sur des principes juridiques et économiques comme l'ont d'ailleurs démontré les arrêts *Apple* et *SRC*, mais elle doit, au surplus, s'ajuster aux modèles d'affaires en constante évolution, notamment en contexte pandémique. Mais justement, s'agissant d'un contexte évolutif, il sera intéressant de voir dans quelle mesure ces ajustements survivront. En filigrane, se posera (peut-être) la question du caractère rétroactif des décisions de la Commission : un « faux problème »<sup>161</sup> juridique, selon certains, mais qui est néanmoins susceptible de créer des difficultés d'application pratique.

### CONCLUSION

En 2020, la Commission s'est prononcée dans plusieurs affaires d'intérêt ; des décisions qu'elle a rendues antérieurement ont également fait l'objet de contrôles judiciaires par la Cour d'appel fédérale. Dans un contexte si fertile, nous avons arrêté notre choix sur des décisions apportant un éclairage (nouveau) sur certains concepts clés de la Loi, ou encore en raison de leur impact pratique, notamment en temps de crise sanitaire.

Plus particulièrement, l'arrêt *Access Copyright* (Section 1) précise que les tarifs homologués par la Commission ne sont contraignants que pour les personnes qui choisissent d'obtenir une licence auprès d'une société de gestion, en plus de fournir certaines balises

158. *Id.*, par. 12.

159. *Id.*

160. *Id.*

161. M. BOUCHARD, préc., note 140, 514.

dans l'analyse de l'utilisation équitable. L'arrêt *SOCAN* (Section 2), quant à lui, apporte certaines précisions sur la portée du droit de « mise à disposition » et la place que peut occuper le droit international dans l'interprétation de la Loi. Lue concurremment avec l'arrêt *Apple* (Section 3), cette décision jette un éclairage sur la (nouvelle) norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions de la Commission. À cet égard, la Cour d'appel fédérale tendra vers une plus grande déférence lorsque la Commission tranche des questions relevant de son expertise économique, (probablement) comme dans les deux dernières affaires étudiées (Sections 4 et 5). Ces décisions, si elles mettent en exergue la tension qui existe entre les intérêts concurrents des créateurs et des utilisateurs, témoignent également du rôle singulier de la Commission.

Depuis sa création, la Commission a vu son mandat et ses responsabilités évoluer<sup>162</sup>. Lors de la plus récente modification de la Loi, le mandat de la Commission dans le cadre de la fixation de redevances justes et équitables<sup>163</sup> a été clarifié. Ces changements législatifs ont également imposé que les affaires dont la Commission est saisie soient (dorénavant) instruites « avec célérité et sans formalisme »<sup>164</sup>. Depuis, « la Commission a investi une grande partie de ses énergies et ressources »<sup>165</sup> afin d'accroître la rapidité<sup>166</sup>, la prévisibilité et la clarté de ses procédures<sup>167</sup>. Plusieurs mesures ont en effet été mises en œuvre depuis l'entrée en vigueur des modifications apportées à la Loi, et certaines ont vu le jour en 2020<sup>168</sup>. Parmi « ce travail

162. Sur l'évolution de la Commission, voir notamment : Jeremy DE BEER, « La Commission du droit d'auteur du Canada : vingt années à "faire" l'histoire juridique », (2010) 22 *Cahiers de propriété intellectuelle* 593.

163. Art. 66.501 de la Loi.

164. *Id.*, art. 66.502.

165. Commission du droit d'auteur du Canada, *Rapport annuel 2019-2021*, disponible en ligne à l'adresse suivante : <[https://cb-cda.gc.ca/sites/default/files/inline-files/40-092-CopyrightBoard-AnnualReport-FR-Accessible\\_2.pdf](https://cb-cda.gc.ca/sites/default/files/inline-files/40-092-CopyrightBoard-AnnualReport-FR-Accessible_2.pdf)> (page consultée le 1<sup>er</sup> février 2021).

166. Il existe une controverse entourant les délais devant la Commission depuis de nombreuses années, sachant qu'il peut s'écouler plusieurs années entre le dépôt d'un projet de tarif et son homologation, comme en témoignent d'ailleurs certaines décisions étudiées. « Les motifs avancés pour expliquer ces délais varient. Certains soutiennent que la Commission est sous-financée et qu'elle fait de son mieux compte tenu des contraintes que lui imposent les tribunaux judiciaires, d'autres qu'elle utilise mal les moyens dont elle dispose et qu'on pourrait simplifier le processus. La Commission a admis qu'elle devrait s'en tenir davantage aux échéanciers qu'elle fixe, tout en pointant du doigt les parties pour expliquer les délais » : M. BOUCHARD, préc., note 140, 507.

167. Commission du droit d'auteur du Canada, *Rapport annuel 2019-2021*, préc., note 165.

168. D'autres mesures ont été mises en œuvre dès 2019. Par exemple, au printemps 2019, la Commission a entamé un examen approfondi de l'ensemble de ses

colossal »<sup>169</sup>, on notera à titre d'exemple : (i) l'adoption du Règlement visant l'amélioration de l'efficacité des processus décisionnels de la Commission et (ii) la mise en œuvre d'un nouveau site Internet, dans un souci de transparence et de prévisibilité.

Face à une année si riche en développements, à quoi pouvons-nous nous attendre du côté de la Commission pour la ou les prochaines années ?

Au point de vue jurisprudentiel, plusieurs développements sont à anticiper. Entre autres choses, la décision de la Commission rendue en 2018 concernant le Tarif pour la retransmission de signaux éloignés de télévision (2014-2018)<sup>170</sup> fait l'objet de contrôles judiciaires par la Cour d'appel fédérale. Les arrêts *Access Copyright et SOCAN* ont par ailleurs fait l'objet de demandes d'autorisation d'appel auprès de la Cour suprême du Canada, de sorte que les conclusions tirées dans cet article pourraient être amenées à changer. Sur le plan structurel, la Commission et le ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique ont annoncé que l'année 2020-2021 en serait une de consolidation, « où l'énergie de la Commission sera centrée principalement sur la mise en œuvre d'une structure opérationnelle révisée claire à l'égard de ses processus et pratiques de prise de décision »<sup>171</sup>. En 2021, il est donc à prévoir l'adoption de divers règlements visant à améliorer les processus d'homologation de tarifs ainsi que l'élaboration d'un « tribunal entièrement électronique »<sup>172</sup> dont la mise en œuvre est prévue d'ici 2023. Assurément, il y aura au cours de la ou des prochaines années, de quoi alimenter la réflexion sur le mandat et le cadre structurel de la Commission, mais également sur la portée de différentes dispositions de la Loi.

---

méthodes de travail et processus internes par le biais du projet LEAN. La Commission a également publié quatre avis de pratique entre mars et août 2019, afin d'aider les différentes parties prenantes à mieux interagir avec la Commission. Enfin, la Commission a adopté une nouvelle approche rédactionnelle visant à rendre ses décisions plus claires et concises.

169. Commission du droit d'auteur du Canada, *Rapport annuel 2019-2021*, préc., note 165.
170. Tarif pour la retransmission de signaux éloignés de télévision, 2014-2018 (Quantum), CB-CDA 2018-227.
171. Navdeep BAINS, *Plan ministériel 2020-2021*, disponible en ligne à l'adresse suivante : <<https://cb-cda.gc.ca/fr/a-propos/rapports-et-publications/rapports-ministeriels-et-plans/2020-2021-plan-ministeriel>> (page consultée le 1<sup>er</sup> février 2021).
172. Commission du droit d'auteur du Canada, *Rapport annuel 2019-2021*, préc., note 165.