

LA COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR: FONCTIONS ET PRATIQUES*

Michel Hétu, c.r.**

Introduction	410
I. Historique	410
A. L'émergence des sociétés de gestion des droits d'exécution des oeuvres musicales: premières tentatives de contrôle	410
B. L'émergence de la Commission d'appel du droit d'auteur	411
C. La nouvelle Commission du droit d'auteur	411
D. La retransmission des signaux éloignés	412
II. Les fonctions de la Commission	412
A. La surveillance de l'administration collective des droits d'auteur	412
1. À titre d'organisme de réglementation	413
2. À titre d'arbitre de différends privés	414
3. À titre d'arbitre de l'intérêt public	415
B. L'octroi de licences individuelles	415
C. Les études sur ses attributions	416

© Michel Hétu, 1993.

* L'article reprend l'essentiel d'une allocution prononcée devant l'ALAI CANADA, à Montréal, le 10 décembre 1991.

** L'auteur est vice-président et premier dirigeant de la Commission du droit d'auteur.

III. Les pouvoirs généraux de la Commission	416
A. Les pouvoirs prévus par la loi	416
B. Les pouvoirs non prévus par la loi	417
1. Questions de droit et de juridiction	417
2. Questions de procédure	418
a. Moyens de traiter de ces questions	418
(1) Ordonnances ponctuelles	418
(2) Directives	419
(3) Règles de procédure	419
b. Initiatives particulières en matière de procédure	419
(1) Avis aux participants	420
(2) Les interventions	420
(3) Les demandes de renseignements	420
(4) Obtention de preuve et constitution du dossier	420
(5) Remarques d'ordre général sur la conduite des audiences	421
IV. Les principes et contraintes qui influencent les décisions de la Commission	421
A. Les contraintes imposées par la loi	422
1. Droits de retransmission	422
2. Gestion collective du droit d'auteur	422
3. Titulaires introuvables du droit d'auteur	422
B. Les contraintes imposées par le gouverneur en conseil	423
1. Définition de signaux locaux et éloignés	423
2. Définition de petit système de retransmission	423
3. Fixation de critères	423
4. Appels au cabinet	424

C. Les contraintes imposées par les tribunaux judiciaires	424
D. Les contraintes que s'impose la Commission	424
1. Décisions en matière d'exécution publique	425
a. Transparence	425
b. Cohérence	425
c. Principes de tarification	426
d. Rajustement pour tenir compte des variations de prix	426
e. Usage relatif de la musique	426
2. Décisions en matière de retransmission	427
a. Principes généraux	427
b. Méthodes permettant d'établir la valeur des signaux éloignés	427
c. Principes de rédaction	427
3. Décisions visant les titulaires introuvables	428
Conclusion	428

INTRODUCTION

L'objectif de cet article est d'examiner le rôle de la Commission du droit d'auteur en tant qu'organisme administratif et de faire état des différents outils qu'elle utilise pour parvenir à ses décisions.

Après avoir fait dans une première partie un bref historique des événements qui ont mené à la constitution de la nouvelle Commission du droit d'auteur, nous examinerons les fonctions de cette Commission (partie II), puis ses pouvoirs généraux (partie III). La dernière partie de cet article sera consacrée à l'énumération des différents principes et contraintes qui influencent les décisions de la Commission.

I. HISTORIQUE

A. L'émergence des sociétés de gestion des droits d'exécution des oeuvres musicales: premières tentatives de contrôle

En 1925, la première société de gestion des droits d'exécution des oeuvres musicales a été mise sur pied; il s'agissait de la Canadian Performing Rights Society (CPRS). Cette société, gérante d'un répertoire international considérable d'oeuvres musicales, fixait elle-même les droits d'utilisation de ce répertoire au Canada.

Devant cette situation de monopole et pour s'assurer que la CPRS n'abuserait pas de sa position, le législateur crut bon de prévoir certains mécanismes de contrôle. En 1931, il amenda la *Loi sur le droit d'auteur*¹ (ci-après «la Loi») pour exiger que la société dépose auprès du Ministre une liste des oeuvres composant son répertoire ainsi qu'une liste des tarifs qu'elle exigeait. Il prévit également que, dans les cas où le Ministre jugerait que la société agissait contre l'intérêt public, des commissions d'enquête puissent être mises sur pied; au terme de ces commissions, le Cabinet serait autorisé – s'il le jugeait à propos – à fixer lui-même les droits que pourrait exiger la société. Il est à noter que ce mécanisme d'enquête fut utilisé à deux

reprises: les activités de la CPRS ont été évaluées une première fois en 1932 par le biais de la Commission Ewin, puis une deuxième fois en 1935 par le biais de la Commission Parker.

B. L'émergence de la Commission d'appel du droit d'auteur

L'idée de l'établissement d'une Commission d'appel sur le droit d'auteur émergea à la suite de la Commission Parker. Celle-ci recommanda en effet que soit mis sur pied un tribunal qui réviserait et approuverait, avant qu'ils ne prennent effet, les tarifs relatifs à l'exécution publique des oeuvres musicales, et cela sur une base continue. Les activités de la CPRS seraient ainsi d'autant mieux contrôlées.

En 1936, le législateur prit acte de cette recommandation et amenda la *Loi sur le droit d'auteur* pour créer la Commission d'appel sur le droit d'auteur. Le mandat de ce nouvel organisme sera de réviser et d'approuver, annuellement, les propositions de tarifs soumises par les sociétés de gestion, pour l'exécution publique des oeuvres musicales comprises dans leur répertoire. Les premiers tarifs que la Commission approuva furent ceux de 1937: ils comprenaient 11 items couvrant entre autres l'utilisation de la musique dans les stations de radio, les théâtres, les hôtels, les restaurants et les parcs publics.

C. La nouvelle Commission du droit d'auteur

Au fil des années, avec le développement rapide de la technologie, est né un besoin d'étendre le mandat de la Commission d'appel du droit d'auteur. En effet, de plus en plus les titulaires de droits d'auteur se sont plaints que leurs oeuvres faisaient l'objet d'utilisations non autorisées, et impossibles à contrôler. Pour contrer ce problème, les titulaires de droits d'auteur furent alors encouragés à former des sociétés de gestion qui administreraient d'une façon générale l'utilisation de leurs oeuvres. Devant cette nouvelle situation, il devint évident au législateur que le champ d'activité de la Commission d'appel – jusque là limité au domaine de l'exécution publique des oeuvres musicales – devait être élargi de manière à exercer un contrôle sur les activités de ces nouvelles sociétés.

En 1988, la *Loi C-60*² créa donc une nouvelle Commission sur le droit d'auteur avec une juridiction plus étendue que celle dont avait

1. S.R.C. 1985, c. C-42.

2. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, S.C.R. 1988, c. 15.

joui la Commission d'appel. En plus d'oeuvrer dans le domaine de l'exécution publique des oeuvres musicales, elle assumera une juridiction dans les deux domaines suivants: l'administration collective des droits d'auteur et l'octroi de licences pour l'utilisation d'oeuvres publiées lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable. Dans le cadre de cet article, nous aurons l'occasion d'étudier ces différentes juridictions, mais il nous faut préciser au préalable qu'en 1989 le législateur confia à la Commission une quatrième juridiction.

D. La retransmission des signaux éloignés

En effet, la loi qui mit en vigueur le Traité du libre-échange entre le Canada et les États-Unis³ créa un nouveau droit de rémunération, lorsqu'une oeuvre est retransmise par signaux éloignés. La Commission du droit d'auteur fut alors chargée de fixer ces droits d'auteur et de les répartir entre les différents ayants droit.

II. LES FONCTIONS DE LA COMMISSION

Dans cette partie, nous allons dresser un tableau de ce que fait la Commission et dire pourquoi elle est appelée à faire ce qu'elle fait. La Commission exerce trois types de fonctions: elle surveille l'administration collective des droits d'auteur, elle octroie des licences individuelles et elle effectue des études sur ses attributions.

A. La surveillance de l'administration collective des droits d'auteur

Plusieurs aspects des droits d'auteur sont mieux gérés de façon collective, par l'entremise des sociétés de gestion et par l'octroi de licences générales. Les utilisateurs tout comme les créateurs et producteurs d'oeuvres protégées y ont tout à gagner. Puisqu'il s'agit de gérer de très larges répertoires d'oeuvres créées par une multitude de créateurs venant à la fois du Canada et de l'étranger, l'établissement de sociétés de gestion a comme premier objectif de réduire les coûts de transactions. De plus, ces sociétés se trouvent dans une bonne position pour négocier avec les utilisateurs des tarifs convenables pour l'utilisation des oeuvres; elles ont en effet un poids qu'un titulaire de droit d'auteur n'a pas individuellement. Mais cela étant dit, elles n'ont pas une liberté d'action totale puisqu'il leur faudra tenir compte du fait que la Commission du droit d'auteur intervient dans le processus en révisant et en approuvant leurs propositions de tarifs.

3. S.C.R. 1988, c. 65, art. 61 à 65.

Notons que les sociétés de gestion qui s'intéressent plus particulièrement à la retransmission des signaux (que le législateur nomme les «sociétés de perception») de radio et de télévision se trouvent dans une situation semblable mais légèrement différente. En effet, bien que cela soit une préoccupation, la réduction des coûts n'est pas l'objectif central qui motive leur création. S'agissant d'un régime de licence obligatoire, les retransmetteurs de signaux n'ont pas besoin de l'autorisation des titulaires de droits d'auteur pour faire usage de leurs oeuvres. En conséquence, aucun prix ne peut être négocié sur le marché. Dès lors, le législateur a le droit soit de fixer le prix dans la loi, soit de le fixer dans un règlement, ou plus simplement pour un maximum de flexibilité d'en confier la responsabilité à un organisme public de réglementation. Or, lorsque la Commission d'appel du droit d'auteur existait et remplissait déjà une fonction similaire depuis 50 ans dans le domaine de l'exécution publique des oeuvres musicales, la logique dictait au législateur de choisir la troisième option. La tâche de fixer les tarifs pour la retransmission a donc été confiée à la Commission.

La Commission du droit d'auteur assume donc à l'égard des sociétés de gestion un rôle de surveillance, mais il faut préciser qu'elle agit alors à trois titres: comme organisme de réglementation, comme arbitre de différends privés, puis comme arbitre de l'intérêt public.

1. À titre d'organisme de réglementation

La Commission agit comme organisme de réglementation dans deux domaines, soit celui de l'exécution publique et celui de la retransmission. Dans les deux régimes, en effet, la Commission est appelée à approuver les droits d'auteur à payer pour l'utilisation des répertoires d'oeuvres, et les modalités afférentes. Elle établit en plus les quote-parts que recevra chacune des sociétés de perception (lorsque plus d'une société est concernée).

Dans ces deux domaines, la Commission se trouve en fait à faire de la réglementation économique, qui sort du cadre d'un différend privé. Les tarifs visent en règle générale des catégories d'utilisateurs (ex.: les radiodiffuseurs, les théâtres); les tarifs individuels (ex.: SRC, Radio-Québec) sont nettement l'exception. De plus, la Commission doit certifier les tarifs et cela même si les parties s'entendent; elle peut en effet aller au-delà des ententes. On remarque aussi que les tarifs fixés par la Commission lient tous les utilisateurs, qu'ils aient été ou non des utilisateurs à l'époque de la certification du tarif. D'ailleurs, dans un même ordre d'idée, si un utilisateur a gain de cause, tous les membres de la catégorie en bénéficient. La Commis-

sion peut également soulever d'office des «oppositions», ce qui est une caractéristique importante du régime. Ces différentes observations nous permettent de dire que les tarifs fixés par la Commission sont en réalité des règlements: ils constituent des textes qui établissent des normes de comportement général et impersonnel, adoptés en vertu d'un pouvoir prévu expressément dans une loi. On les publie d'ailleurs dans la *Gazette officielle du Canada*, ce qui affecte en outre la façon de les rédiger.

Lorsqu'elle est appelée à faire de la réglementation, la Commission suit la procédure suivante. Aussi bien dans le dossier de l'exécution publique que dans celui de la retransmission, elle publie dans la gazette officielle les projets de tarifs que les sociétés de gestion – ou de perception – lui ont soumis. Elle reçoit ensuite les oppositions que déposent auprès d'elle les usagers des oeuvres (ex. les radiodiffuseurs, câblodistributeurs, etc.). Puis, se succèdent les audiences publiques, la décision de la Commission et enfin la publication des tarifs certifiés dans la *Gazette du Canada*. Ces derniers seront valides pour une ou plusieurs années. Il est à noter que les décisions de la Commission sont finales, sauf dans le dossier de la retransmission où il existe exceptionnellement un droit d'appel au Cabinet fédéral.

2. À titre d'arbitre de différends privés

En plus de faire de la réglementation, la Commission agit aussi à titre d'arbitre de différends privés lorsqu'un utilisateur potentiel ou une société de gestion – agissant dans d'autres domaines que l'exécution publique et la retransmission – lui demande de fixer les droits d'auteur et les modalités afférentes.

Cette intervention de la Commission est rendue nécessaire parce que ces sociétés de gestion ont comme fonction de gérer un répertoire d'oeuvres et donc d'administrer un «système d'octroi de licences» – c'est-à-dire un système en vertu duquel elles émettent des licences à un prix et à des conditions déterminés à l'avance. En fait, elles donnent accès à leurs répertoires à quiconque en fait la demande, en octroyant des licences non exclusives dont les termes n'ont pas à être définis à chaque fois. Ces sociétés de gestion agissent dans des domaines d'activités comme la photocopie, la reproduction et l'exposition d'oeuvres artistiques, la reproduction mécanique d'oeuvres musicales. Leurs clients peuvent comprendre par exemple des écoles, des bibliothèques, des musées ou des fabricants de disques.

Puisque la loi de 1988 favorise la négociation entre les parties, la Commission n'interviendra qu'à la demande de ces dernières. On

pourrait dire que son rôle s'apparente à une sorte d'arbitrage privé, mais il ne faut pas pousser trop loin cette analogie. D'une part, les audiences que la Commission tiendrait seraient probablement publiques. D'autre part, dans un souci de cohérence, la Commission pourrait être amenée à jouer un rôle plus actif que celui qui lui serait réservé dans le contexte d'un arbitrage privé. Elle pourrait, par exemple, solliciter l'intervention d'usagers éventuels autres que ceux qui l'ont dans un premier temps saisie du différend.

3. À titre d'arbitre de l'intérêt public

Dans le régime général de l'administration collective du droit d'auteur, il devient apparent que les parties peuvent éviter l'intervention de la Commission en ne l'approchant pas ou en concluant une entente. Le cas échéant, elles peuvent la déposer pour échapper à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*⁴, lequel sanctionne... Mais il demeure que le Directeur des enquêtes et des recherches pourra en tout temps demander à la Commission d'examiner une entente s'il juge qu'elle est contraire à l'ordre public. La Commission se trouvera alors à agir à titre d'arbitre de l'intérêt public. C'est là le troisième chapeau qu'elle est amenée à porter dans sa fonction de surveillante de l'administration collective des droits d'auteur.

B. L'octroi de licences individuelles

La *Loi sur le droit d'auteur*, à l'article 70.7, autorise la Commission à octroyer des licences individuelles. Cette deuxième fonction de la Commission diffère considérablement de la première – que nous venons d'étudier – puisqu'elle ne concerne que des intérêts privés. En accordant ce pouvoir à la Commission, le législateur avait pour but d'assurer l'accès du public aux oeuvres même lorsque le consentement de l'auteur (ou des auteurs) est impossible à obtenir. Mais nous devons noter que la Commission ne pourra octroyer une licence qu'à trois conditions.

Dans un premier temps, le titulaire du droit d'auteur devra être introuvable. Il faut remarquer que le législateur parle de titulaire «introuvable» et non pas inconnu ou non identifié. Dans un deuxième temps, il devra s'agir d'une oeuvre publiée. Mais la définition de «publication» que donne la Loi restreint considérablement la marge de manoeuvre de la Commission à l'égard des oeuvres artistiques. Ainsi, la Commission ne pourrait pas octroyer une licence pour la reproduction d'un tableau qui n'aurait pas déjà été reproduit à plusieurs exemplaires. On peut se demander si ce résultat était prévu

4. L.R.C. (1985), c. C-34.

et si cette définition ancienne n'entrave pas l'objectif que s'est fixé le législateur, soit de rendre les oeuvres accessibles au public. Enfin, dans un troisième temps, avant d'octroyer une licence, la Commission devra être convaincue que le demandeur a fait des efforts raisonnables pour localiser le titulaire du droit d'auteur et que le titulaire est par ailleurs introuvable.

Lorsque les trois conditions seront réunies, la Commission pourra octroyer une licence pour autoriser tout acte mentionné à l'article 3 de la Loi.

C. Les études sur ses attributions

Finalement, il nous reste à mentionner une troisième fonction de la Commission. L'article 66.8 de la Loi stipule que la Commission peut effectuer les études que le ministre lui demande d'entreprendre sur ses attributions. Toutefois, ce pouvoir de référence n'a encore jamais été utilisé.

III. LES POUVOIRS GÉNÉRAUX DE LA COMMISSION

La troisième partie de cet article a pour objet les pouvoirs dont la Commission dispose. Nous examinerons d'abord ceux que la Loi lui attribue de façon expresse puis ceux qu'elle doit avoir implicitement pour jouer efficacement le rôle que le Parlement lui a confié.

A. Les pouvoirs prévus par la loi

La nouvelle Commission a conservé les pouvoirs qu'avait l'ancienne Commission, comme celui de faire appel à des experts conseils et celui d'adopter des règles de pratique.

Mais la nouvelle Commission a aussi des pouvoirs que n'avait pas l'ancienne. En effet, les modifications apportées en 1988 à la *Loi sur le droit d'auteur* ont précisé certains pouvoirs généraux dont dispose maintenant la Commission. Quant à la production de documents et à la comparution de témoins par exemple, il a été établi que la Commission possède les pouvoirs d'une cour supérieure d'archives.

La Commission aura aussi le pouvoir de prendre des décisions provisoires. Ce pouvoir est utile pour éviter que des vides juridiques ne se créent lorsque la Commission ne peut approuver un nouveau tarif avant que n'expire l'ancien – dans le cas où la Loi ne prévoit pas la continuation automatique du tarif. Mais les implications de l'utilisation de ce pouvoir demeurent incertaines. Dans le domaine de la retransmission, la question a été soulevée à savoir si la Commission

peut, après avoir fixé un tarif provisoirement, changer rétroactivement les conditions relatives à ce tarif par le biais du tarif final. L'affaire *Bell Canada c. Canada (CRTC)*⁵ a établi qu'une décision finale peut effectivement modifier la situation créée par une décision provisoire.

Un autre pouvoir que détient la nouvelle Commission est celui de modifier avant qu'il n'expire un tarif de longue durée, c'est-à-dire un tarif qu'elle a approuvé pour plus d'une année. Toutefois, un tel tarif ne pourra être révisé que sur demande et pas avant l'écoulement d'un an après l'entrée en vigueur du tarif. De plus, la Commission devra être convaincue que, depuis l'établissement du tarif, des changements matériels se sont opérés relativement aux circonstances qui ont mené à sa décision initiale.

Mais la Loi est plutôt laconique sur les pouvoirs et obligations de la Commission. En conséquence, il est parfois nécessaire de faire des ajouts au tableau des pouvoirs que dresse la Loi. Par exemple, il n'est fait aucune allusion à la tenue d'audiences par la Commission. Or, l'expérience démontre qu'elles sont presque inévitables dans les domaines de l'exécution publique et de la retransmission. Déjà, l'ancienne Commission tenait des audiences – sauf dans les cas où l'opposant demandait à ne pas être entendu; la nouvelle Commission fait de même.

Passons à l'examen plus détaillé des pouvoirs que possède la Commission bien qu'ils ne soient pas prévus par la Loi.

B. Les pouvoirs non prévus par la loi

1. Questions de droit et de juridiction

La Commission a les pouvoirs ancillaires que possède tout tribunal administratif, y compris celui de trancher les questions préliminaires ou collatérales de droit ou de compétence. L'ancienne Commission disposait déjà de questions de droit. En 1986, par exemple, elle a reconnu le statut d'opposant à deux organisations qui ne représentaient pas des utilisateurs, et cela en se fondant sur le fait que la Loi permettait à «quiconque» de déposer une opposition. Sa décision fut maintenue dans l'arrêt *C.B.C. c. Commission d'appel du droit d'auteur*⁶. Il est à noter que la Cour d'appel fédérale a de nouveau été saisie de la question dans l'arrêt *Association canadienne*

5. [1989] 1 R.C.S. 1722.

6. (1986) 8 C.P.R. (3d) 484.

de télévision par câble c. *La Commission du droit d'auteur*⁷. Elle a alors confirmé le fait que la Commission est autorisée à disposer de questions de droit et de juridiction, et entre autres à reconnaître le statut d'opposant.

La Commission elle-même, lorsqu'elle a certifié les premiers tarifs de retransmission, a traité de plusieurs questions de droit ou de compétence, dont les suivantes: la compilation d'une journée de diffusion est-elle protégée par le droit d'auteur? Les émissions sportives sont-elles protégées par le droit d'auteur? Les oeuvres musicales sont-elles transmissibles par télécommunication? Il semble que personne ne remette en question les conclusions auxquelles la Cour fédérale est arrivée dans *JWS Joint Sports Claimants c. The Copyright Board*⁸, à l'effet que la Commission est en mesure de traiter de ces questions. Il est aussi à noter que la Cour suprême du Canada n'a pas jugé bon de réviser l'analyse de la Commission sur la question de la compilation; elle a en effet refusé d'entendre cette affaire en appel.

2. Questions de procédure

Comme tout autre tribunal, la Commission est également maître de sa procédure, sous réserve toutefois des dispositions de la Loi et des exigences de l'équité procédurale⁹. Dans cette section, nous tenterons d'exposer les moyens dont dispose la Commission pour traiter de questions de procédure, et certaines mesures qu'elle a effectivement utilisées à cette fin. Plusieurs de ces mesures ont été employées pour la première fois lors des audiences sur la retransmission.

a. Moyens de traiter de ces questions

La Commission peut traiter de questions de procédure à la fois par le biais d'ordonnances ponctuelles, de directives d'application générale et de règles de pratique. Mais, peu importe le moyen utilisé, la mesure ne peut que suppléer le cadre procédural établi dans la Loi, et elle doit de plus se conformer aux principes généraux de la procédure administrative.

(1) Ordonnances ponctuelles

Des ordonnances peuvent être émises en audience ou dans des décisions interlocutoires. Elles règlent les incidents procéduraux qui

7. (1991) 34 C.P.R. (3d) 521: décision du 16 janvier 1991, T-1662-90.

8. (1991) 36 C.P.R. (3d) 483: décision du 3 juin 1991, A-583-90.

9. Ce principe a été récemment endossé par la Cour fédérale, dans l'affaire *Socor c. La Commission du droit d'auteur*, 12 février 1993, T-108-92 et T-2991-91.

surviennent au cours de tout processus menant à la prise d'une décision administrative.

(2) Directives

À ce jour, la Commission a émis plusieurs directives en matière de procédure. Le but de ces directives est d'énoncer comment se déroulera l'examen des tarifs et quelles seront les limites de temps qui devront être respectées (par exemple, pour produire des demandes de renseignements ou des preuves documentaires). Elles établissent aussi des lignes directrices au sujet des intervenants ou de la manipulation d'information confidentielle. Plusieurs de ces questions devraient éventuellement faire l'objet d'une règle de procédure formelle.

Procéder par voie de directive comporte certes des avantages. Il s'agit d'une formule plus flexible qu'un règlement. Une directive peut aussi être adaptée aux circonstances de chaque espèce. Enfin, elle peut être plus explicite et détaillée qu'une règle formelle, ce qui la rend plus facile à comprendre pour ceux à qui elle s'adresse. Mais la directive n'est pas sans comporter certains inconvénients. Elle doit par exemple être réécrite à chaque fois. À proprement parler, elle ne lie personne; cela peut créer une certaine incertitude. Elle n'est pas non plus sujette au processus d'examen que la Loi prévoit dans le cas de règles de procédure. Finalement, certains éléments – comme l'établissement d'un quorum pour une audience – ne peuvent être définis que par le biais d'une règle de pratique formelle.

(3) Règles de pratique

Une règle de pratique constitue un règlement. Elle est sujette à une prépublication et à l'approbation du gouverneur en conseil. À ce jour, la Commission n'en a pas encore adoptée. Elle préfère en effet traiter chaque dossier séparément, ce qui est justifiable étant donné qu'elle en est encore à explorer le terrain. Or, l'adoption de règles formelles comporte le risque que ces règles s'avèrent dépassées dès leur adoption.

b. Initiatives particulières en matière de procédure

Lorsque nous comparons certaines des pratiques de l'ancienne et de la nouvelle Commission, trois tendances semblent se dégager. La nouvelle Commission pose plus de questions, demande plus d'information et elle se préoccupe davantage de communiquer efficacement avec les utilisateurs d'oeuvres protégées. Passons en revue quelques-unes des mesures qui sont prises à cet égard.

(1) Avis aux participants

En ce qui concerne les propositions de tarifs dans les domaines de l'exécution publique et de la retransmission, la Loi exige uniquement qu'elles fassent l'objet d'avis dans la *Gazette du Canada*; mais, au moins pour deux raisons, la Commission peut vouloir que des avis supplémentaires soient donnés. D'abord, la seule publication dans la *Gazette* peut ne pas remplir les exigences de l'équité procédurale. Ensuite, des avis aux participants peuvent s'avérer utiles dans la mesure où la Commission veut s'assurer qu'elle entend le point de vue du plus grand nombre, cela dans le but de rendre une meilleure décision¹⁰.

(2) Les interventions

L'ancienne Loi permettait à «quiconque» de s'opposer aux tarifs proposés par les sociétés de perception. Depuis 1989, seuls les utilisateurs éventuels peuvent déposer une opposition ou participer à titre d'opposants. Mais cela n'exclut pas les interventions. Si la Commission doit établir des droits justes et raisonnables, il importe qu'elle entende tous ceux qui ont quelque chose à dire, d'autant plus qu'elle peut formuler d'office des objections. Or, la Commission a une politique de «porte ouverte» à cet égard¹¹.

(3) Les demandes de renseignements

Les demandes de renseignements de la part des participants ont toujours été pratique courante devant l'ancienne Commission. Celles provenant de cette dernière étaient par contre plus rares. La nouvelle Commission, elle, s'implique de façon beaucoup plus active dans la cueillette d'informations. À titre d'illustration, elle a adressé à la SOCAN plusieurs demandes de renseignements traitant de questions relatives à la fusion de la SDE et de la CAPAC.

(4) Obtention de preuve et constitution du dossier

La nouvelle Commission a tendance à demander que la preuve soit déposée avant le début des audiences. Elle exige en fait des documents d'information qui lui permettent de mieux comprendre la

10. Dans sa décision du 12 février 1993 (*supra*, note 10), la Cour fédérale a indiqué que la Commission avait le pouvoir d'adopter des règlements à cet effet.

11. Encore ici, la Cour fédérale (*supra*, note 10) a confirmé le bien-fondé de ce pouvoir.

position des parties avant que l'audience ne commence. Le dépôt de mémoires préaudience est requis dans le but premier d'aider à structurer le processus. Également requise, la production d'un énoncé de cause, sorte de déclaration liminaire, permettant de connaître à l'avance la nature des prétentions de chaque participant.

(5) Remarques d'ordre général sur la conduite des audiences

En règle générale, la Commission tient des audiences. Mais, dans certains cas, elle n'en tiendra pas par exemple pour accommoder un petit usager ou pour disposer de certaines questions préliminaires ou intérimaires. Il faut aussi souligner qu'à cette date aucune audience n'a été tenue pour les demandes relatives aux titulaires introuvables. Le processus d'examen de ces demandes est en effet réduit à sa plus simple expression; l'information pertinente est obtenue par écrit ou par téléphone.

Les audiences se déroulent selon les règles applicables aux tribunaux administratifs. Les interrogatoires et les contre-interrogatoires se font sous la direction générale du président de la Commission – en l'occurrence un juge. Quant à la preuve, les règles ordinaires ne s'appliquent pas: le oui-dire est admissible et les seules «règles» de preuve sont la pertinence et la valeur probante. Également à souligner, la Commission demande souvent aux parties qu'elles lui soumettent par écrit leur argumentation.

Ce sont là certains des outils dont se sert la Commission et qui illustrent cette nouvelle tendance que nous avons exposée antérieurement. En définitive, pour faire son travail de façon adéquate, la Commission se dote des instruments qu'elle estime utiles.

Mais, pour terminer, passons aux questions de fond.

IV. LES PRINCIPES ET CONTRAINTES QUI INFLUENCENT LES DÉCISIONS DE LA COMMISSION

À plusieurs égards, la Commission est encadrée dans l'exercice de ses fonctions. Certaines contraintes proviennent de sources externes, telles les lois, les règlements ou les décisions des tribunaux judiciaires; d'autres proviennent plutôt de la Commission elle-même puisqu'elle doit respecter les principes généraux qu'elle a énoncés dans ses décisions autant présentes que passées. Examinons ces contraintes plus en détail.

A. Les contraintes imposées par la loi

1. Droits de retransmission

Le législateur a établi dans la Loi plusieurs paramètres que la Commission doit suivre dans le dossier de la retransmission. À l'article 70.64 de la Loi, il est déjà stipulé que les petits systèmes de retransmission doivent bénéficier d'un taux préférentiel.

L'article 70.63 (2) de la Loi énonce ensuite que la Commission ne peut établir de discrimination entre les titulaires de droits fondée sur leur nationalité ou leur résidence. On peut s'interroger toutefois sur l'utilité de cette disposition, étant donné les conventions internationales auxquelles le Canada a adhéré et où est énoncée cette exigence du traitement national.

La Loi établit finalement à l'article 70.63 (4) que «le gouverneur en conseil peut, par règlement, fixer des critères, dont la Commission doit tenir compte, en vue de la fixation de droits justes et équitables». Sans aucun doute, cette disposition impose indirectement à la Commission l'obligation de fixer des droits qui seront justes et équitables. Nulle part ailleurs dans la Loi il est fait mention de tarifs justes et équitables, mais c'est évidemment ce qui guide la Commission dans l'exercice de toutes ses fonctions.

2. Gestion collective du droit d'auteur

La Commission fait également face ici à une contrainte législative. Avant de demander à la Commission d'examiner une entente qui a été déposée auprès d'elle, nous avons vu en effet que le Directeur des enquêtes et recherches doit juger que l'entente est «contraire à l'intérêt public». Mais la portée de cette contrainte envers la Commission n'est pas claire. De fait, la Commission doit-elle s'en tenir au même principe? Doit-elle uniquement examiner si les droits sont justes et équitables, et les modifier s'ils ne le sont pas? Existe-t-il un lien quelconque entre le concept d'intérêt public et le caractère équitable des tarifs? L'avenir le dira!

3. Titulaires introuvables du droit d'auteur

Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner que la Commission, avant d'octroyer une licence, doit s'assurer que trois conditions sont remplies: le titulaire du droit d'auteur est introuvable, l'oeuvre est publiée et le requérant a fait des efforts raisonnables pour localiser le titulaire. Nous devons rappeler que la définition restreinte de «publication» que donne la Loi impose une contrainte supplémentaire

à la Commission à l'égard des oeuvres artistiques, mais nous soumettons que ce résultat est accidentel et qu'il n'avait pas été prévu par le législateur.

B. Les contraintes imposées par le gouverneur en conseil

Le Cabinet dispose de quatre moyens d'intervention dans le dossier spécifique de la retransmission.

1. Définition de signaux locaux et éloignés

En vertu de l'article 28.01 (3) de la Loi, c'est le gouverneur en conseil qui définit ce qui constitue un signal local. Or, en étendant ou en diminuant la notion de signal local, ce dernier influence le nombre de personnes qui reçoivent des signaux éloignés. Il est donc en mesure d'affecter le montant global des droits de retransmission. En considérant que le gouverneur en conseil peut aussi, comme nous le verrons dans quelques instants, déterminer les critères qui guideront la Commission dans la détermination des tarifs relatifs à la retransmission, cela met en évidence combien le gouvernement est associé de très près à cet exercice.

2. Définition de petit système de retransmission

Le gouverneur en conseil a établi, en vertu de l'article 70.64 (2) de la Loi, qu'un système qui dessert mille locaux ou moins dans une même communauté est un petit système, et qu'il a donc droit à un traitement préférentiel. Fait à noter, la Commission a cru bon d'établir une catégorie de systèmes de grandeur moyenne, desservant entre 1001 et 6000 abonnés.

3. Fixation de critères

Le gouverneur en conseil peut aussi, par règlement, fixer des critères dont la Commission doit tenir compte lorsqu'elle établit la formule tarifaire. Le 28 novembre 1991, il s'est prévalu de cette prérogative et a établi que la Commission devra prendre en considération les droits payés aux États-Unis, les effets de l'application de la Loi sur la radiodiffusion et, finalement, les ententes écrites conclues entre les sociétés de perception et les retransmetteurs.

Une lecture attentive de la première décision de la Commission dans le dossier de la retransmission (octobre 1990) permettait de croire qu'elle avait tenu compte dans une certaine mesure de ces facteurs. Quoi qu'il en soit, elle a reconnu, dans sa deuxième décision (du 14 janvier 1993), qu'elle devait porter une attention particulière aux aspects du dossier portant sur ces critères.

4. Appels au cabinet

Enfin, la formule tarifaire qu'adopte la Commission peut faire l'objet d'un appel au gouverneur en conseil.

La mesure dans laquelle le gouverneur en conseil choisira d'agir demeure par contre incertaine. Pour le moment, son attitude a été réservée puisqu'il n'est pas intervenu lors de la première décision. Mais, dès lors que la Commission doit maintenant tenir compte de critères gouvernementaux, sera-t-il plus actif la prochaine fois, s'il estime que la Commission n'a pas suffisamment considéré ces critères? Cela reste à voir.

De façon générale, on peut se demander si les sociétés de gestion ou les utilisateurs verraient d'un bon oeil que le Cabinet dispose de pouvoirs semblables (critères et droit de révision) dans les autres domaines de compétence de la Commission, ce qu'on ne saurait écarter lors des réformes à venir.

C. Les contraintes imposées par les tribunaux judiciaires

Pour la plupart, les décisions judiciaires portent sur des questions de procédure, ou encore appliquent les principes généraux du droit administratif aux circonstances particulières de la Commission.

Ceci dit, les tribunaux ont établi au moins deux principes de fond auxquels la Commission est soumise. Dans un premier temps, les droits que la Commission établit doivent se fonder sur des bases rationnelles, non arbitraires¹². Ce principe est évidemment plus facile à énoncer qu'à appliquer. Dans un deuxième temps, les droits établis à la suite de négociations de bonne foi seraient «justes et raisonnables»¹³.

D. Les contraintes que s'impose la Commission

Dans ses propres décisions, la Commission a elle-même mis de l'avant certains principes directeurs. En ce domaine, elle dispose en effet d'une mesure importante d'appréciation – le juge Linden, dans l'arrêt *FWS Joint Sports Claimants*, l'a d'ailleurs confirmé – et ce particulièrement lorsqu'il s'agit de questions de fait ou d'opportunité.

Il faut préciser toutefois qu'à proprement parler ces principes ne lient pas la Commission. On peut les remettre en question à

12. *Procan c. S.R.C.*, (1986) 7 C.P.R. (3d) 433 (C.A.F.), aux pages 448-449, *S.R.C. c. Canada (Commission d'appel du droit d'auteur)*, (1990) 30 C.P.R. (3d) 269 (C.A.F.), à la page 278.

13. *Procan c. S.R.C.*, (1986) 7 C.P.R. (3d) 433 (C.A.F.), à la page 450.

n'importe quel moment. De fait, la Commission ne saurait se considérer liée par ceux-ci; ce serait limiter indûment sa discrétion. Ces principes servent de guide tant pour la Commission que pour ceux qui comparaissent devant elle. Ils assurent un minimum de prédiction et de stabilité dans le processus décisionnel.

Passons en revue certains de ces principes.

1. Décisions en matière d'exécution publique

a. Transparence

Un premier principe directeur dans le dossier de l'exécution publique est la transparence. En 1991, lorsque la société de gestion SOCAN a déposé ses premiers tarifs, la Commission a saisi l'occasion pour demander à celle-ci de verser au dossier public des renseignements de nature générale relatifs à la gestion collective des droits d'exécution publique de la musique au Canada. Cette information est généralement à la portée des initiés, mais elle demeure encore peu connue du grand public ou des usagers du répertoire de la SOCAN.

b. Cohérence

La nouvelle Commission se préoccupe du manque apparent de cohérence entre les divers tarifs de la SOCAN. Elle s'en est d'ailleurs expliquée abondamment dans sa décision de 1991, dont nous citons ici quelques extraits.

Il y est établi que «la Commission entend assurer une certaine cohérence entre les divers éléments du tarif pour l'exécution publique de la musique. L'incohérence peut mener à l'injustice». Plus loin, on ajoute que «des structures tarifaires comme les taux varient considérablement, et ce, même pour des usages qui semblent présenter certaines similarités.» Enfin, «il faut davantage que des considérations historiques pour justifier le caractère raisonnable d'un tarif, surtout lorsqu'il s'agit de le comparer à d'autres tarifs»¹⁴.

C'est d'ailleurs un souci de cohérence qui a mené la Commission à établir les droits de la SRC en fonction de ceux que payent les diffuseurs privés. Pour ce faire, elle a comparé la part d'audience de l'une et des autres, de même que l'usage relatif de la musique fait par l'une par rapport aux autres.

14. 31 juillet 1991, Dossier 1990-4, p. 9-11.

c. Principes de tarification

La fusion de la CAPAC et de la SDE a donné l'occasion à la Commission de préciser que son mandat est différent de celui des organismes de régie de services publics. La Commission établit de fait un prix équitable pour les utilisateurs du répertoire de la SOCAN et non un taux de rendement équitable sur le capital ou l'investissement. C'est ce principe qui a permis à la Commission de conclure que les gains en efficacité réalisés par la SOCAN, suite à cette fusion, n'ont pas à être partagés, sous quelque forme que ce soit, avec les usagers, ce que plus d'un auraient souhaité¹⁵.

d. Rajustement pour tenir compte des variations de prix

La nouvelle Commission s'est penchée à plusieurs reprises sur le choix d'un indice en fonction duquel les droits seraient rajustés pour tenir compte des variations de prix dans l'économie en général.

Dans une première décision sur cette question, la Commission a établi «qu'il n'y a pas lieu, en général, d'ajuster de façon automatique les droits à verser uniquement pour tenir compte des pressions inflationnistes que connaît le Canada. [...] L'augmentation automatique fait en sorte que les tarifs eux-mêmes contribuent à la pression inflationniste. [...] La Commission croit plus approprié de se servir de l'indice des prix des produits industriels (IPPI) pour procéder au rajustement. En effet, en matière de programmation télévisée, la musique n'est pas un bien de consommation à proprement parler; elle constitue plutôt l'un des intrants servant à produire un bien de consommation, soit la programmation.»¹⁶

Plus récemment¹⁷, reconnaissant l'importance d'utiliser un indice plus généralement reconnu, elle a adopté l'indice des prix à la consommation (IPC), comme point de départ, et elle l'a réduit de deux points de pourcentage, pour tenir compte de la corrélation historique entre l'IPC et l'IPPI. Ce faisant, elle s'est donné un facteur propre de rajustement au titre de l'inflation.

e. Usage relatif de la musique

La Commission compare souvent l'usage que fait une personne du répertoire de la SOCAN par rapport à d'autres utilisateurs. C'est ainsi, par exemple, que la Commission a établi, en 1991, à 20% du temps d'antenne le niveau en deça duquel une station commerciale

15. 31 juillet 1991, Dossier 1990-4.

16. 7 décembre 1990, Dossier 1989-2, p. 4-5.

17. 18 février 1993, Dossier 1991-13.

qui utilise de la musique protégée a droit à un tarif moins élevé¹⁸. Cette mesure entraîne l'abandon du taux unique pour l'ensemble des stations commerciales, ce que l'ancienne Commission s'était refusé de faire à plusieurs reprises.

2. Décisions en matière de retransmission

a. Principes généraux

La Commission entend que le tarif relatif à la retransmission soit juste et équitable, mais aussi qu'il reflète la situation canadienne, réduise au minimum les inconvénients aux retransmetteurs, soit fondé sur un ensemble de données pour une année témoin, reflète fidèlement la retransmission des émissions, reconnaisse que certaines émissions ont plus de valeur que d'autres, et qu'il soit facile à administrer, à appliquer et à comprendre.

b. Méthodes permettant d'établir la valeur des signaux éloignés

L'une des tâches les plus difficiles pour la Commission consiste à trouver les méthodes appropriées d'évaluation à utiliser pour la fixation de tarifs.

Dans le cas de la retransmission, elle a cherché à identifier un marché concurrentiel pour des signaux semblables aux signaux éloignés. Elle a utilisé les «services spécialisés» comme point de départ, et a ensuite rajusté la valeur de ces signaux pour tenir compte des différences qui existent entre ces signaux et les signaux éloignés, notamment au niveau de la substitution simultanée de programmes. Cette approche, entièrement appropriée lors de la première fixation des droits (octobre 1990), n'a pas été répétée lors de la dernière fixation (janvier 1993), la Commission préférant se servir du prix fixé précédemment comme point de départ.

Cette question d'évaluation est centrale dans tout exercice de tarification. Et pourtant, c'est à ce chapitre que la Commission et tous les intéressés (sociétés et usagers) sont probablement le moins sophistiqués. Beaucoup reste à faire dans ce domaine pour trouver les méthodes appropriées.

c. Principes de rédaction

La Commission a énoncé que le tarif devrait se lire comme un texte réglementaire, devrait se suffire à lui-même, devrait omettre

18. 31 juillet 1991, Dossier 1990-4.

les formules contractuelles, devrait être facile à lire et à comprendre, et devrait équilibrer les droits et les devoirs de ceux qu'il lie.

3. Décisions visant les titulaires introuvables

Le plus souvent, la Commission exige maintenant que le prix qu'elle établit lorsqu'elle émet la licence soit versé en fiducie à une société de gestion agissant dans le domaine concerné. Ce montant est remis au titulaire du droit d'auteur s'il se manifeste dans les cinq années qui suivent. Sinon, la société utilise ce montant pour le bénéfice de ses membres.

La Commission procède ainsi pour plusieurs raisons. Le fait d'établir un prix aide à bien faire comprendre au demandeur que l'usage de l'oeuvre protégée a une valeur. Pour l'utilisateur, la licence constitue une véritable police d'assurance; or, il importe qu'il effectue un déboursé réel pour cette police, et le paiement aux sociétés sert justement à cela. Enfin, la Commission demande aux sociétés de gestion de l'aider à retrouver des titulaires de droits lorsqu'elle reçoit des demandes; les droits de licence permettent dans une certaine mesure de les compenser pour leurs efforts.

CONCLUSION

Nous avons pu constater que la Commission du droit d'auteur a beaucoup changé; sa composition est différente, sa juridiction et ses pouvoirs sont plus vastes et définis, enfin sa façon de prendre des décisions a évolué.

En fait, les changements qui se sont opérés ne portent pas tant sur l'objectif que poursuit la Commission – qui est toujours de fixer des droits d'auteur justes et raisonnables pour tous – que sur sa façon d'atteindre ce but. La Commission accomplit maintenant ses tâches avec une approche beaucoup plus active. Cette situation s'explique par plusieurs facteurs dont le fait que ses membres (à l'exception du président) sont dorénavant employés à temps plein et que la Commission dispose maintenant d'un personnel permanent pour l'assister.

Pour assumer cette nouvelle approche, la Commission s'est munie de nouveaux outils de travail et continuera sans aucun doute à en développer d'autres afin de toujours mieux remplir sa tâche. Il s'agit d'un processus évolutif dans lequel il est important que participent ceux qui comparaissent devant la Commission.

Dans un avenir rapproché, la Commission aura toutefois à faire face à un changement important. Le Parlement sera en effet sous peu appelé à approuver la fusion de la Commission du droit d'auteur avec la Commission des oppositions aux marques de commerce. Cette mesure a été annoncée par le ministre des Finances lors de la présentation du budget du 25 février 1992. La mesure législative est incorporée au projet de loi C-93, *Loi budgétaire de 1992 (organismes gouvernementaux)*, déposé à la Chambre des communes le 26 novembre 1992. La création de ce nouveau Tribunal de la propriété intellectuelle marquera un nouveau départ.