première copie intégrale de l'oeuvre de la demanderesse. Ainsi, il est possible que, même après *Feist*, un tribunal voulant protéger les efforts investis par un premier compilateur trouvera le moyen de le faire, notamment, en identifiant comme «originales» des sélections ou des organisations de données dont le caractère vraiment personnel ou subjectif est assez contestable, et en retenant la confection d'une première copie intégrale de l'oeuvre du demandeur comme une contrefaçon dont dépendent des versions ultérieures – mêmes celles qui ne reproduisent pas l'organisation de l'oeuvre première.

À présent, il est trop tôt pour savoir si l'application plutôt cynique des leçons de *Feist* faite par la Cour du onzième circuit recueillera plusieurs adhérents parmi les cours inférieures. J'estime que le tribunal du deuxième circuit a mieux compris et suivi la philosophie de la Cour suprême. Mais, si cette estimation est exacte, il faudra constater, à la suite de *Feist*, que la protection par le droit d'auteur des oeuvres d'information aux États-Unis ne pourrait être que précaire.

4.2 CPI Janv 1992

Révision judiciaire de la première décision de la Commission du droit d'auteur en matière de droits de retransmission

H.G. Intven*

Les décisions rendues récemment par la Cour d'appel fédérale dans *ACTC* c. *American College Sports et al.*[1] et dans *FWS* c. *La Commission du droit d'auteur et al.*[2] portent sur diverses questions importantes de droit d'auteur et de droit administratif. Les deux causes découlent de demandes présentées aux termes de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* visant la révision de la première décision de la Commission du droit d'auteur nouvellement créée (pour remplacer la Commission d'appel du droit d'auteur) approuvant un tarif de droits pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision. Les plaidoyers dans les deux causes ont été entendus à Montréal pendant la semaine du 13 mai et les décisions ont été rendues le 3 juin 1991.

La décision de la Commission du droit d'auteur, rendue le 2 octobre 1990, imposait des droits annuels d'environ 51 millions de dollars pour 1990 et 1991 à des retransmetteurs de signaux éloignés, surtout des entreprises de télévision par câble. La Commission a fondé sa décision sur les modifications apportées le 1er février 1989 à la *Loi sur le droit d'auteur*[3], lesquelles ont été adoptées par suite de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*[4]. Avant ces modifications, les entreprises de télévision ou de

© Henry G. Intven, 1992.

* L'auteur est avocat chez McCarthy Tétrault.

1. *Association Canadienne de Télévision par Câble* c. *American College Sports Collective of Canada Inc. et al.*, 81 D.L.R. (4th) 376 (C.F.A.).
2. La *FWS Joint Sports Claimants* c. *La Commission du droit d'auteur et al.*, 81 D.L.R. (4th) 413 (C.F.A.).
3. L.R.C. 1985, c. C-42.
4. L.C. 1988, c. 65, art. 65.

radio par câble n'avaient pas à payer de droits d'auteur au Canada. L'absence de cette protection du droit d'auteur découlait de la décision de la Cour de l'Échiquier dans *Canadian Admiral Corp.* c. *Rediffusion Inc.*[5], décision rendue en 1954, au début de la télévision par câble au Canada.

Les parties et leurs intérêts

Les demandes de révision judiciaire de la décision du 2 octobre de la Commission du droit d'auteur ont soulevé diverses questions. Les parties à la demande de révision étaient de façon générale les mêmes que celles qui avaient comparu devant la Commission, à savoir les onze sociétés de perception de droits d'auteur qui avaient déposé des projets de tarifs de droits à percevoir auprès de la Commission. Ces organismes avaient été mis sur pied avant l'audition dans le but de percevoir et de distribuer des droits à différents producteurs d'émissions de télévision, y compris les studios d'Hollywood, des producteurs canadiens indépendants, des réseaux et des stations de télévision commerciales canadiennes et américaines, le Public Broadcasting Service des États-Unis et les producteurs canadiens d'émissions de télévision éducatives, les principales ligues sportives, et d'autres personnes ou entreprises.

Pour la plupart des questions, les parties adverses se composaient des entreprises qui s'opposaient aux projets de tarifs de droits, menées par l'ACTC, laquelle représente 545 entreprises de télévision par câble réparties dans tout le Canada. Parmi les autres parties adverses, on comptait CANCOM, le revendeur de télévision par satellite, et C-1 Cablesystems (maintenant Regional Cablesystems), principal exploitant de petits systèmes de télévision par câble dans les régions rurales et éloignées du Canada.

Deux grands types de questions ont été soulevés devant la Commission du droit d'auteur. D'une part, il fallait déterminer le montant total des droits à payer (le gâteau) et d'autre part, il fallait déterminer la répartition de ces droits entre les différentes sociétés de perception et les catégories de programmation de télévision qu'ils représentent (la taille des différents morceaux du gâteau). Au cours des auditions de la Commission, la principale préoccupation des parties adverses a été de diminuer la taille du gâteau. Les sociétés de perception avaient toutes avantage à chercher à augmenter la taille du gâteau, mais avaient souvent des intérêts opposés lors-

5. [1954] Ex. C.R. 382.

qu'elles cherchaient à augmenter leur part du gâteau, parfois au détriment des autres sociétés de perception.

Lors de la demande de révision judiciaire, l'ACTC s'est surtout attaquée à la décision en faisant valoir que la preuve réunie hors du processus d'audition par l'un des membres de la Commission du droit d'auteur violait les règles de justice naturelle et privait l'ACTC d'une audition équitable. Toutefois, après que la demande de révision ait été introduite, plusieurs sociétés de perception ont demandé à la Cour d'examiner la décision sous divers aspects de droit d'auteur qui, dans la plupart des cas, auraient augmenté le montant total des droits à payer, ou encore leur part du gâteau.

Dans ces deux arrêts, la Cour a rejeté les dix différents motifs d'attaque de la décision de la Commission. Cet article examine les diverses questions sur lesquelles la Cour d'appel fédérale a statué dans ces arrêts.

La question des renseignements obtenus en l'absence des parties

Aucune des parties n'a contesté que la Commission du droit d'auteur est tenue d'agir de façon quasi judiciaire et qu'elle doit donc mener son processus de prise de décisions conformément aux règles de justice naturelle. L'ACTC a fait valoir que la Commission avait violé ces règles étant donné qu'après que l'audition ait eu lieu mais avant que la décision ne soit publiée, un membre de la Commission, Michel Latraverse, avait téléphoné au personnel et rencontré le personnel d'un autre organisme de réglementation, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), en vue d'obtenir des renseignements sur certains services de télévision spécialisés qu'il supposait être pertinents. M. Latraverse avait par ailleurs obtenu d'autres données statistiques et financières hors du processus d'audition. Les parties à l'audition n'ont pas eu connaissance de ces communications avant que la décision de la Commission ne soit publiée et n'ont pas eu la possibilité de faire part de leurs observations sur les renseignements obtenus.

L'ACTC a fait valoir que la rencontre de M. Latraverse avec le personnel du CRTC violait le principe *audi alteram partem* étant donné que la Commission avait ainsi pu obtenir une preuve hors du processus d'audition. À cet égard, le juge MacGuigan, se prononçant sur l'examen au nom de la Cour dans la décision *ACTC*, a émis l'opinion que l'obtention de renseignements en l'absence d'une partie était manifestement une grave faute de jugement. Toutefois, dans les

circonstances, il n'en concluait pas que ces activités invalidaient la décision de la Commission en raison d'un manque d'objectivité. À cet égard, les principales circonstances citées par le juge MacGuigan étaient les suivantes:

- l'opinion de M. Latraverse différait de la décision majoritaire de la Commission;
- il n'y avait aucune preuve que la majorité de la Commission avait eu connaissance des renseignements obtenus par M. Latraverse en l'absence des parties;
- les renseignements obtenus hors du processus d'audition étaient soit des doubles de la preuve déjà déposée devant la Commission, soit peu importants ou sans rapport;
- même si les affidavits du personnel du CRTC (soumis par l'ACTC) laissaient supposer que d'autres questions avaient pu être discutées avec M. Latraverse, le contre-interrogatoire sur l'un des affidavits ne laissait planer aucun doute qu'aucune autre question importante n'avait été discutée;
- en plus de fournir des renseignements à M. Latraverse, les membres du personnel du CRTC avaient émis leur opinion sur l'une des questions clés soulevées devant la Commission. Toutefois, aucune de ces opinions ni aucun des renseignements fournis n'étaient défavorables à la position de l'ACTC.

Sur la foi de ces circonstances, la Cour a distingué la cause des principaux arrêts traitant du principe qu'il est contraire aux règles de justice naturelle qu'un tribunal quasi judiciaire se fie à des renseignements qu'il a obtenus sans que les parties en soient informées et sans donner la chance aux parties de se faire entendre à leur égard[6].

La question des intérêts

La deuxième question de fond soulevée par l'ACTC a trait à son affirmation selon laquelle la décision de la Commission d'accorder des intérêts sur les droits courus avant la publication d'un tarif approuvé dépassait les pouvoirs de la Commission.

6. Voir *Pfizer Co. Ltd. c. Le sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1977] 1 R.C.S. 456 et *Kane c. Le conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, 31 N.R. 214.

Cette question des intérêts antérieurs à la publication est attribuable à la disposition transitoire suivante de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*:

> 149. Il demeure entendu que, peu importe la date à laquelle la Commission certifie pour la première fois un tarif au titre de l'alinéa 70.63(1)d) de la *Loi sur le droit d'auteur*, la prise d'effet de celui-ci est le 1er janvier 1990.

Cette disposition transitoire faisait en sorte que le retard attribuable à la mise sur pied de la nouvelle Commission du droit d'auteur ainsi que les conclusions de ses premières auditions et des appels possibles de ses décisions ne retarderaient pas la mise en oeuvre du nouveau régime de droits de retransmission.

Ce que l'ACTC contestait dans la décision de la Commission, ce n'était pas tant l'effet rétroactif au 1er janvier 1990 de la décision du 2 octobre de la Commission que l'octroi d'intérêts pour indemniser les sociétés de retransmission du retard qu'accusait la certification des tarifs qui est intervenue beaucoup plus tard en 1990. Selon l'ACTC, ce facteur équivalait à une sorte de «pénalité d'intérêt» et elle a fait valoir qu'aucun pouvoir d'imposer un tel fardeau aux retransmetteurs n'existe en l'absence de mesures législatives expresses.

La Cour n'était pas du même avis et a jugé que le pouvoir d'accorder des intérêts pour compenser le paiement tardif des droits attribuable aux retards qu'a accusés le processus d'audition et de certification des tarifs découlait implicitement du texte de la disposition transitoire. Selon la Cour:

> Les dispositions de l'art. 149 sont décrites dans la rubrique comme les dispositions transitoires de la Loi. Vu l'intention manifeste du Parlement d'ordonner la prise d'effet du régime en question le 1er janvier 1990, on peut seulement supposer que celui-ci aurait voulu que les droits soient versés intégralement à partir de ce jour ou, tout au moins, que la Commission ait le droit d'en ordonner ainsi si elle le jugeait opportun, surtout si l'on considère que le sous-alinéa 70.63(1)(a)(ii) a également été édicté par la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*.[7]

7. 81 D.L.R. (4th) 403.

Pour en arriver à la conclusion que le pouvoir d'accorder des intérêts découlait implicitement du texte de la loi, la Cour s'est fondée sur le principe de la nécessité implicite tel qu'il a été récemment reformulé par le juge Gonthier de la Cour suprême du Canada, comme suit:

> Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Bien que les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste.[8]

Pour soutenir ses conclusions, la Cour d'appel fédérale a de plus souligné que la doctrine de la nécessité implicite avait récemment été appliquée à la commission que remplace la Commission du droit d'auteur[9].

En plus des deux questions soulevées par l'ACTC, les questions suivantes l'ont été par diverses sociétés de perception.

Le droit d'auteur et les matches sportifs

La FWS Joint Sports Claimant Collective a posé l'une des questions les plus importantes en matière de droit d'auteur à avoir été adressées récemment devant les tribunaux – à savoir s'il existe un droit d'auteur sur le déroulement d'une activité sportive. Sur cette question, la Commission avait décidé que bien qu'il y ait un droit d'auteur sur la réalisation de la télédiffusion d'un match, ainsi que sur les livres de jeux et les plans de matchs écrits des entraîneurs, sur les insignes et le dessin des uniformes des équipes, aucun de ces éléments n'était utilisé par les exploitants de systèmes de télédiffusion. La Commission avait de plus décidé qu'il n'y avait pas de droits d'auteur sur le déroulement d'un match en soi étant donné que ce déroulement représentait une série d'événements fortuits. À cet égard, la Commission avait rejeté l'argument de la FWS selon lequel le droit d'auteur sur un match équivaut au droit d'auteur sur une chorégraphie.

8. *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, 1756, 60 D.L.R. (4th) 682, 706-7.
9. *Performing Rights Organization of Canada Ltd. c. Canadian Broadcasting Corporation*, (1986) 7 C.P.R. (3d) 433.

Rejetant les efforts de la FWS visant à annuler cet aspect de la décision de la Commission, le juge Linden s'est prononcé comme suit:

> Je suis d'accord avec la Commission. Même si les équipes sportives peuvent essayer de suivre les jeux qui ont été planifiés par leurs entraîneurs, comme les acteurs suivent un scénario, les autres équipes ont pour tâche de les empêcher d'arriver à leurs fins et souvent y réussissent. En outre, l'équipe adverse tente de suivre son propre plan de jeux, qu'à son tour, l'autre équipe essaie de contrecarrer. À la fin, ce qui survient sur le terrain n'est pas habituellement ce qui avait été planifié, mais quelque chose qui est tout à fait imprévisible. C'est l'une des raisons pour lesquelles les matchs sportifs sont si attirants pour les spectateurs. Personne ne peut prévoir ce qui arrivera. Ce n'est pas comme un ballet, où, sauf imprévu, on exécute exactement ce qui est planifié. Personne ne gage sur l'issue d'une représentation du Lac des cygnes. Le ballet peut donc être protégé par le droit d'auteur, mais les événements sportifs par équipe ne peuvent pas l'être malgré le degré élevé de planification dont ils font maintenant l'objet. (Voir Fox, *Canadian Law of Copyright*, 2e éd., 1967, à la p. 139; Nimmer *On Copyright*, 1990, à la p. 2-138; *Canadian Admiral Corp.* c. *Rediffusion Inc.*, [1954] *R.C. de l'É.* 382, à la p. 400.) Un [TRADUCTION] «simple spectacle autonome» ne peut pas être protégé par le droit d'auteur. (Voir *Tate* c. *Fulbrook*, [1908] 1 *K.B.* 821, à la p. 832.) Pour que le droit d'auteur existe, il ne faut pas être en présence de [TRADUCTION] «matériaux changeants» qui «manquent de certitude» ou «d'unité». (Voir *Green* c. *B.C.N.Z.*, [1989] 2 *ALL E.R.* 1056, à la p. 1058, lord Bridge (C.L.)), même si certaines variations peuvent être permises (voir *Kantel* c. *Frank E. Grant*, [1933] *R.C. de l'É.* 84, à la p. 95; voir également *Wilson c. B.C.N.Z.*, (1988) 12 *T.P.R.* 173). Le déroulement d'un match de football ou de hockey est si imprévisible, malgré le degré élevé de planification, qu'on ne peut pas le considérer comme pouvant être protégé par le droit d'auteur. Les arrêts américains ne sont d'aucune utilité en l'espèce, étant donné les différences qui existent au niveau des dispositions législatives et de la jurisprudence. (Voir, par exemple, *Baltimore Orioles* c. *M.L.B. Players Association*, (1986) 805 *F.* 2d 663).

Droits d'auteur sur la «journée de radiodiffusion»

Une autre question qui pourrait bien constituer une des questions les plus importantes en matière de droit d'auteur a été formulée

par la société de perception qui représente les radiodiffuseurs et télédiffuseurs privés canadiens, l'Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc. (ADRRC). Cette société de perception a fait valoir que ses membres étaient titulaires du droit d'auteur sur l'organisation ou la compilation de la journée de radiodiffusion, laquelle se composait d'émissions sur lesquelles des tiers détenaient un droit d'auteur.

Sur cette question, la Commission avait conclu que l'élaboration d'un horaire d'émissions demandait de la créativité et des connaissances et que l'horaire d'émissions d'un radiodiffuseur est une oeuvre littéraire au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Toutefois, la Commission avait décidé que la retransmission des émissions inscrites à l'horaire ne constituait pas la retransmission de l'horaire et donc, que la «journée de radiodiffusion» n'était pas une oeuvre littéraire.

La Cour a statué que la Commission avait raison de refuser la protection du droit d'auteur à la journée de radiodiffusion puisqu'il ne s'agit pas d'une oeuvre littéraire, dramatique ou cinématographique. Citant divers précédents relativement au droit d'auteur sur des compilations, la Cour a jugé que rien n'était susceptible d'être protégé par le droit d'auteur si ce n'est les émissions elles-mêmes et que la simple diffusion des émissions selon un horaire établi n'était pas une oeuvre nouvelle[10]. Il faut souligner que l'ADRRC a produit une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada sur cette question[11].

Questions diverses

Des questions diverses soulevées par différentes sociétés de perception ont été traitées plus succinctement dans le jugement du juge Linden dans *FWS* c. *La Commission du droit d'auteur*. Selon un argument présenté par la FWS, la Commission avait mal interprété un contrat intervenu entre le réseau de télévision ABC et la Ligue nationale de football relativement à l'octroi de droits de retransmission des matches de la Ligue. Après avoir examiné la preuve orale qu'avait prise en considération la Commission pour interpréter le libellé quelque peu ambigu du contrat, la Cour a approuvé l'interprétation de la Commission. De plus, la Cour a statué qu'il était évident que la Commission devait trancher des questions portant sur des droits contractuels, du moins au préalable, puisque cela était accessoire à sa compétence, la Commission ne pouvant évaluer un droit à moins qu'il n'existe[12].

10. 81 D.L.R. (4th) 419, citant: *Macmillan & Co.* c. *Cooper*, (1924) 93 P.C.C. 113 (P.C.); *Football League Ltd.* c. *Littlewood's Pools Ltd.*, [1959] 1 Ch. 637; *Ladbroke* c. *William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.); et *Express Newspapers* c. *Liverpool Daily Post*, [1985] 1 W.L.R. 1089 (Ch.).
11. Le 1er octobre 1991. Il s'agit là de la seule question sur laquelle l'une des parties aux causes examinées dans le présent texte a demandé une autorisation d'appel.

La Cour a de plus repoussé un autre argument soumis par la FWS voulant que la Commission n'ait pas tenu compte de la preuve de la FWS sur la juste valeur marchande de sa programmation, étant donné que la FWS n'avait pas fourni un plan universel pour l'évaluation de la programmation et la répartition des droits entre toutes les sociétés de perception. La Cour a rejeté sommairement cet argument en soulignant que la Commission avait considéré la preuve de la FWS mais qu'elle ne pouvait tout simplement pas l'accepter. La Commission a choisi de retenir les méthodes d'évaluation et de répartition adoptées par les autres sociétés de perception plutôt que celle avancée par la FWS[13].

Quatre autres questions ont été soulevées par la Société de droits d'exécution du Canada, Limitée (SDE) et par L'Association des Compositeurs, Auteurs et Éditeurs du Canada, Limitée (CAPAC), deux sociétés de perception mises sur pied pour percevoir des droits sur des oeuvres musicales (lesquelles se sont depuis regroupées en une seule organisation dont le sigle est SOCAN). La SDE et la CAPAC ont plaidé que la Commission avait omis d'évaluer le contenu musical de la programmation ou d'en tenir compte au moment d'établir le total des droits à payer. Cet argument reposait sur une analyse détaillée du mode de calcul retenu par la Commission pour établir le montant global des droits, lequel utilisait plutôt le prix du marché que paient les exploitants de systèmes de télévision par câble au réseau Arts & Entertainment (A&E). La SDE et la CAPAC ont fait valoir que le prix de gros que paient les exploitants de systèmes de télévision par câble au réseau A&E ne comprenait pas de montant pour les droits sur des oeuvres musicales.

Sans entrer dans les détails, le juge Linden a rejeté cette analyse, déclarant simplement que la Commission avait préféré retenir une autre méthode pour évaluer le contenu musical. Cette conclusion laisse entrevoir le respect accordé à l'évaluation des droits faite par la Commission.

La Cour a adopté une attitude semblable à l'égard d'un autre argument présenté par la SDE et la CAPAC, à savoir que, dans la

12. 81 D.L.R. (4th) 416.
13. *Id.*, p. 417.

répartition des droits, la méthode utilisée pour établir le barème des droits n'était pas pertinente pour déterminer la valeur de l'élément musical des émissions retransmises. La SDE et la CAPAC avaient argumenté que cette formule était injuste pour les sociétés de perception de droits sur des oeuvres musicales puisqu'il n'y avait pas de lien logique entre le coût de la musique et le coût des émissions pour les diffuseurs originaires. Par conséquent, elles faisaient valoir qu'une méthode différente devrait être retenue pour l'évaluation de l'élément musical.

La Cour a repoussé cet argument en faisant observer que la Commission devait tenir compte d'intérêts concurrentiels au moment d'adopter une méthode de répartition et qu'elle avait choisi comme méthode celle qui traitait le plus équitablement les divers intérêts. La Cour a décidé qu'il n'y avait pas là motif d'intervention.

La troisième question formulée par la SDE et la CAPAC visait la décision de la Commission de fixer à 100$ par année le taux applicable aux petits systèmes de câblodistribution, c'est-à-dire un système ne desservant pas plus de 1 000 abonnés. Ces sociétés de perception ont souligné que le paragraphe 1 de l'article 70.64 de la loi exigeait qu'un taux «préférentiel» s'applique à ces petits systèmes, mais elles ont fait valoir que 100$ était si peu que cela équivalait à un taux nominal plutôt qu'à un taux préférentiel. Elles ont plaidé que le taux de 100$ ne tenait pas compte de la valeur des droits de propriété des sociétés de perception ni des facteurs pris en considération au moment d'établir le taux des grands systèmes de télévision par câble, étant surtout attribuable au désir de réduire le fardeau pécuniaire et administratif des petits systèmes. La SDE et la CAPAC ont donc argué que le taux de 100$ devrait être annulé parce qu'il n'était pas raisonnable.

Au nom de la Cour, le juge Linden a statué que, bien qu'il comprenne pourquoi la SDE et la CAPAC s'opposaient à cette méthode de fixation des taux assez peu scientifique, la Commission disposait de beaucoup de discrétion aux termes de la loi et qu'elle avait agi dans le cadre de ses pouvoirs discrétionnaires en fixant à 100$ le taux applicable aux petits systèmes.

La dernière question adressée par la CAPAC et la SDE était de savoir si la Commission avait commis une erreur en établissant une série de taux préférentiels différents pour les systèmes comptant entre 1 000 et 6 000 abonnés. La SDE et la CAPAC ont fait valoir que, même s'il était expressément prévu dans la loi que la Commission avait le pouvoir d'établir le taux applicable aux petits systèmes

(moins de 1 000 abonnés), aucun pouvoir ne lui était accordé pour fixer des tarifs préférentiels différents pour les grands systèmes. La Cour a disposé de cet argument en soulignant que la loi n'interdit pas expressément la création de catégories de systèmes de taille intermédiaire et qu'elle ne voyait donc pas d'erreur à réviser dans cet aspect de la décision.