

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

**Discours présenté par
le juge William J. Vancise,
président de la
Commission du droit d'auteur du Canada**

[Traduction de la version originale anglaise]

**Séminaire organisé conjointement par
l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada
et
l'Université McGill**

**Montréal (Québec)
Le 10 août 2010**

Contrôle judiciaire : un bien ou un mal

Je suis devant vous pour une cinquième fois, mais, cette fois-ci, il y a une histoire inusitée derrière ma participation. En effet, en lisant le programme, j'ai découvert que j'étais conférencier invité, et ce, sans que l'on me l'ait demandé! C'est comme si mon mandat avait été renouvelé!

Aujourd'hui, j'aimerais vous parler de l'incidence, s'il en est une, qu'ont les cours de révision, dans ce cas-ci, la Cour d'appel fédérale (CAF), sur les décisions de la Commission du droit d'auteur, et de l'effet potentiel de ces décisions sur l'efficacité de la Commission.

Comme j'ai été, et que je suis toujours, à la fois un réviseur, à titre de membre de la Cour d'appel de la Saskatchewan, et un révisé, à titre de président la Commission, j'ai en quelque sorte un point de vue unique sur la question.

À mon avis, les cours de révision jouent un rôle utile, car elles font en sorte que les excès, qui, je tiens à le préciser, ne sont pas très nombreux, sont réprimés ou limités. Comme je l'indiquerai plus tard, le contrôle judiciaire n'a aucune incidence sur l'efficacité de la Commission. Par contre, il contribue à l'application d'une certaine rigueur intellectuelle dans le processus d'établissement des tarifs.

Le mandat de la Commission est de fixer des tarifs justes et équitables. Pour ce faire, la Commission doit prendre en considération les intérêts des titulaires des droits ainsi que ceux des utilisateurs d'œuvres protégées.

Peter S. Grant de chez McCarthy Tétrault a publié récemment l'ouvrage *An Annotated Guide to Judicial Decisions relating to the Regulation of Communications and Copyright in Canada*¹ dans lequel il pose différentes questions concernant le rôle des cours de justice dans le contrôle des décisions de la Commission et du CRTC et la façon dont ces tribunaux ont passé le contrôle avec succès. Il constate que 20 des 24 décisions ayant fait l'objet d'un contrôle depuis la création de la Commission en 1989 ont été maintenues. Il convient de souligner que deux décisions de la Commission ont été maintenues récemment, ce qui porte le total de décisions ayant fait l'objet d'un contrôle à 26 et le taux de réussite à 22 sur 26 ou 84 %. Plus récemment, la CAF a rendu la décision *Access Copyright*, laquelle ne peut être considérée ni comme un échec ni comme une réussite, puisque la Cour n'a renvoyé qu'une petite question à la Commission, mais qui, selon moi, constitue une réussite.

Le taux de réussite ou d'échec du contrôle judiciaire est intéressant, mais, en fin de compte, il n'est pas concluant. Il y a plusieurs façons d'évaluer le bilan de la Commission en matière de contrôle judiciaire. Premièrement, compte tenu du nombre de demandes de contrôle judiciaire et du peu de succès, force est de constater que les décisions de la Commission sont solides, et que cette dernière agit dans les limites de sa compétence, établie par la loi. En second lieu, il est évident que les décisions de la Commission correspondent au mandat conféré à la Commission par la *Loi sur le droit d'auteur*.

¹ ISBN 978-0-9865242-1-9 (en anglais seulement)

Le taux de réussite ou la cote obtenue revêt un plus grand intérêt pour un avocat que pour la Commission. Aux yeux de la Commission, toute décision, même si elle est annulée, apporte de la certitude, car elle permet à la Commission de connaître au moins les limites de son pouvoir de décision.

À la question « La CAF est-elle parvenue à contrôler les excès? », je répondrais oui, mais avec une certaine réserve. Les exemples les plus éloquentes, du moins du point de vue de la Cour, sont les décisions de la CAF sur le régime de copie pour usage privé (*SCPCP c. Canadian Storage Media Alliance et al.*; *Apple Canada Inc. c. SCPCP*), qui traitent de la mémoire intégrée aux lecteurs MP3 et aux lecteurs MP3 comme tels.

Dans le premier jugement, la Cour a conclu que la mémoire intégrée n'était pas un « support audio » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. En outre, la CAF, dans une remarque incidente, qui, comme je l'ai déjà indiqué, au désarroi de mes collègues de la CAF, était une remarque passe-partout, a conclu que le lecteur MP3 comme tel ne relevait pas du régime de copie pour usage privé. Cette décision, de l'avis de la CAF, visait à freiner ou à contrecarrer une tentative de la Commission d'élargir la définition de « support audio » au-delà de l'intention du législateur.

La première décision a-t-elle nui à l'efficacité de la Commission? Non. A-t-elle permis d'apporter de la certitude là où le doute existait? Non plus, car le statut des lecteurs MP3 était encore incertain. A-t-elle entravé le développement ordonné du régime de copie pour usage privé? Oui. Cette décision a eu des effets considérables sur le marché. Elle a engendré de l'incertitude sur les marchés, a rendu illégales les activités quotidiennes innocentes des consommateurs ordinaires et a contribué à faire en sorte que le régime perde toute pertinence à mesure que les nouvelles technologies changent la façon dont les consommateurs copient la musique. Une autre conséquence prévisible est que plus de 50 millions de dollars en redevance n'ont pas été versés aux auteurs, aux compositeurs et aux interprètes.

Environ deux ans plus tard, la SCPCP a encore une fois demandé à la Commission d'homologuer un tarif relatif au lecteur MP3 comme tel, puisque ce dispositif correspondait à la définition de « support audio » au sens de la *Loi*. La Commission, dans une longue décision, s'est penchée sur les questions de l'autorité de la chose jugée et de la préclusion, en plus d'interpréter la *Loi sur le droit d'auteur*, ce qui relève de son domaine d'expertise. Or, le lecteur MP3 était un « support audio » selon la Commission, laquelle était prête à établir un tarif pour le lecteur MP3 ou un iPod. Les opposants ont présenté une demande de contrôle judiciaire et, dans une décision de huit « paragraphes incisifs », la CAF a encore une fois annulé la décision de la Commission.

Quel est le résultat de ces deux décisions?

Premièrement, du point de vue de la Commission, le fait que ces deux décisions soient annulées n'est guère important. Bien entendu, la Commission n'aime pas que ses décisions soient infirmées, mais ce qui est le plus important est la certitude qu'une décision apporte au régime d'établissement des taux. Nous savons, par exemple, que toute tentative de la SCPCP, dans l'état actuel du droit, de faire homologuer un tarif pour un iPod, un lecteur MP3 ou une puce intégrée dans un de ces deux dispositifs est vouée à l'échec.

En second lieu, à titre de président de la Commission, je ne m'inquiète pas outre mesure de la possibilité qu'une décision soit infirmée à la suite d'un contrôle judiciaire. Je ne rédige jamais une décision en me demandant ce que la CAF pourrait ou ne pourrait pas faire. Mon personnel et les avocats en particulier s'inquiètent davantage de savoir si les motifs sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle judiciaire. C'est compréhensible, puisqu'il s'agit de leur travail. Pour ma part, à titre de juge d'appel, je n'ai jamais rédigé une décision en me préoccupant d'un éventuel appel à la Cour suprême du Canada (si je peux me permettre, en passant, mon dossier à ce chapitre depuis les 26 dernières années est assez bon). Mon rôle de président de la Commission est d'assurer la tenue d'audiences équitables et impartiales, de faire en sorte que toutes les parties puissent être entendues et de veiller à ce que la Commission tienne compte des droits de toutes les parties à l'établissement d'un tarif juste et équitable.

Enfin, je connais le système et je sais qu'il y a différentes interprétations et des points de vue divergents. Selon moi, la Cour a limité ce qu'elle considérait comme un abus de compétence relativement au régime de copie pour usage privé. On pourrait conclure que, d'après la CAF, la Commission dépassait les bornes et s'efforçait de trouver une façon d'inclure les lecteurs MP3 dans le régime de copie pour usage privé.

J'aimerais maintenant me pencher sur l'effet des décisions de la CAF sur l'efficacité de la Commission.

À mon avis, je ne crois pas que, compte tenu de la norme de contrôle appliquée au cours des vingt dernières années, les cours de justice ont nui à cette efficacité. Au contraire, ils l'ont améliorée, en raison de la retenue dont la Cour fait preuve à l'égard des décisions de la Commission.

Avant de passer à la norme de contrôle judiciaire, j'aimerais commenter brièvement la décision *ACR c. SOCAN* de la CAF en ce qui a trait à la méthode utilisée par la Commission aux fins de l'établissement du tarif que doivent payer les radiodiffuseurs pour la musique retransmise par les stations de radio commerciales. Ce qui pose problème avec cette décision, et je comprends la différence entre l'atteinte aux principes de justice naturelle fondée sur le caractère inadéquat des motifs ou l'absence de motifs et la norme de contrôle, est qu'elle a laissé perplexe la Commission et les parties qui comparaissent régulièrement devant la Commission. En concluant que la Commission n'avait pas produit de motifs adéquats à l'appui d'une décision dans son domaine d'expertise, domaine que la CAF avait déjà établi comme étant la compétence exclusive de la Commission, la CAF a semé la confusion et a suscité le doute concernant la preuve à présenter afin de réfuter cette conclusion dans le cas où la partie qui présente une demande de contrôle judiciaire n'a pas fourni les renseignements nécessaires pour permettre à la Commission de produire des motifs plus précis et détaillés. Cette décision a soulevé la question de savoir jusqu'où les parties et la Commission devaient aller pour trancher une question qui est susceptible d'influer sur le résultat et pour expliquer la démarche suivie aux fins de l'établissement du tarif. Cette décision a également soulevé la question selon laquelle la Commission a l'obligation de corriger un dossier incomplet.

Selon moi, une telle conclusion, bien qu'il n'y ait eu aucune suite (effectivement le juge

Létourneau n'a pas renvoyé à la décision *ACR c. SOCAN* dans la récente décision *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada inc.*, 2010 CAF 139, dont je traiterai plus loin, concernant l'obligation d'homologuer un tarif en l'absence de preuve), permet que soit éludée la retenue à l'égard des décisions de la Commission. Heureusement, la CAF a uniquement annulé la décision et a renvoyé l'affaire à la Commission afin que le tarif soit établi de nouveau, ce que nous avons fait. Sans surprendre personne, à l'exception de l'Association canadienne des radiodiffuseurs, la Commission a confirmé le tarif qui avait déjà été établi en se fondant en grande partie sur la preuve d'expert présentée par l'ACR. L'ACR a présenté une preuve suffisante pour aider la Commission dans ses délibérations, ce qui a permis à cette dernière de confirmer la conclusion à laquelle elle était parvenue en se fondant sur la preuve limitée dont elle disposait lors de la première instance. La CAF constitue-t-elle un obstacle? Pas vraiment. Cependant, cette décision soulève certaines questions déconcertantes.

La deuxième décision, *SOCAN c. Bell Canada*, porte sur l'obligation de la Commission d'homologuer un tarif en l'absence de preuve à l'appui du projet de tarif.

En résumé, la SOCAN a présenté un projet de tarif pour la communication des œuvres musicales sur Internet et un projet de tarif distinct pour les « Autres sites ». La Commission a homologué la plupart des catégories du projet de tarif, à l'exception de la catégorie « Autres sites », laquelle aurait inclus divers sites qui utilisent de la musique de différente façon, mais dont la musique n'est pas la principale activité et dont l'activité n'est pas liée à l'utilisation de la musique.

La CAF a conclu que la Commission n'avait pas refusé d'homologuer le tarif. En fait, elle a indiqué que la Commission avait produit des motifs « approfondis et convaincants » au soutien de l'exclusion de la catégorie « Autres sites » du tarif. La Cour en a exposé quatre aux paragraphes 20 à 24.

En dernier lieu, la CAF a décrété ce qui suit :

[24] Enfin, tout en reconnaissant le droit de la SOCAN d'être rémunérée pour toute utilisation de son répertoire et l'obligation corrélative des utilisateurs de verser des redevances, la Commission a estimé que, dans ce cas-ci, pour la période visée par la réclamation, elle ne pouvait pas, faute de preuve sérieuse, établir un tarif équitable et raisonnable applicable aux « Autres sites » (non souligné dans l'original). Le paragraphe 117 expose de manière éloquente le dilemme devant lequel se trouvait la Commission :

[117] La Commission a déclaré à plusieurs reprises que la SOCAN a le droit d'être rémunérée pour toute utilisation de son répertoire et que les utilisateurs ne peuvent être dispensés de lui payer des redevances. Ces déclarations restent vraies en principe. Cependant, dans le cas qui nous occupe, il n'a été produit absolument aucun élément de preuve tendant à établir la valeur du répertoire ou même le degré ou la nature de ses utilisations. En outre, nous ne disposons pas de points de repère fiables sur lesquels fonder la fixation d'un taux. En fait, même l'intention de la SOCAN concernant l'application de cet élément du tarif n'est pas claire. Internet est un phénomène à la fois si fluide et si omniprésent qu'il serait imprudent de fixer un taux dont nous pensons que les

conséquences risqueraient de se révéler excessives et, comme nous le disions, socialement inéquitables. En tout état de cause, la SOCAN a déposé pour 2007 et au-delà, des projets de tarifs toujours applicables à « tous les autres sites ». Lorsque la Commission examinera de nouveau ces tarifs, elle attendra des parties qu'elles produisent les éléments de preuve nécessaires à une évaluation adéquate de la situation. [Non souligné dans l'original.]

La CAF a conclu ce qui suit :

[26] À mon avis, il aurait été déraisonnable pour la Commission d'homologuer cette catégorie contestée du projet de tarif 22 en l'absence de la preuve probante nécessaire, sur le fondement de simples conjectures et approximations, surtout compte tenu de la longue période rétroactive visée (1996 à 2006) et du fait que, comme la Commission l'a conclu, ce n'est qu'à la fin de cette période que les sites de réseautage et de partage de vidéo sont devenus populaires.

[27] En outre, rendre une décision du genre de celle que demande la SOCAN, en l'absence de cette preuve, serait un acte arbitraire et déraisonnable. Or, agir de manière arbitraire et déraisonnable lorsque la loi oblige à agir de manière équitable et raisonnable constitue une erreur de droit. La décision de la Commission aurait été à la fois erronée et déraisonnable. [Non souligné dans l'original].

La CAF a également examiné l'argument de la SOCAN selon lequel la loi a un caractère obligatoire et que la Commission a l'obligation d'homologuer un tarif. La CAF a rejeté cet argument. La Cour a aussi fait mention des pouvoirs de la Commission en vertu de l'article 66.7 de la *Loi* et a conclu qu'il s'agissait d'outils complémentaires, lesquels ne doivent pas se substituer à l'obligation d'une partie de produire la preuve nécessaire à l'appui du projet de tarif.

Fait important, la CAF a conclu que la Commission n'était pas obligée d'utiliser ses pouvoirs pour créer un dossier lorsqu'il n'y en avait aucun.

Je me penche maintenant sur la norme de contrôle, en commençant par un bref historique.

La CAF s'est penchée sur la norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission dans la décision *AVS Technologies Inc. c. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency* [2000] A.C.F. No. 960. Dans cette décision, la Cour devait procéder à un contrôle de l'interprétation de la Commission d'une définition prévue à l'article 79 de la *Loi*, laquelle permettrait de déterminer si des redevances pouvaient être perçues sur les CD vierges sous le régime de copie pour usage privé. Le juge Linden, s'exprimant au nom de la Cour, a conclu essentiellement que l'interprétation de la loi relevait de la compétence et du domaine d'expertise de la Commission. Par conséquent, il a utilisé la norme de la décision manifestement déraisonnable comme norme de contrôle.

Dans la décision *SOCAN c. ACFI*, la CAF a réexaminé la norme de contrôle dans le contexte de la phase 1 du tarif Internet de la SOCAN.

Le juge Evans a examiné la décision *AVS* et a souligné que, dans cette affaire, la Cour avait peut-être fait fi de la norme de la décision manifestement déraisonnable, laquelle commande moins de

déférence. Plus important encore, il a conclu que la Cour n'avait pas examiné si les questions de droit tranchées par la Commission, qui pourraient aussi devoir être tranchées par une cour de justice dans le cadre de l'exercice de sa compétence en première instance lors d'actions en justice pour violation du droit d'auteur, exigeraient une analyse fondée sur la norme de la décision correcte plutôt que sur la norme de la décision raisonnable.

Il a examiné les décisions mentionnées dans la décision *AVS*, il a conclu qu'elles étaient insuffisantes et a souligné que, avant de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle, comme il est prévu dans l'arrêt *Pushpanathan*, la cour de justice doit considérer qui, du tribunal ou de la cour de justice, doit trancher la question en cause, selon l'intention du législateur.

Après avoir examiné les éléments habituels, le juge Evans a conclu que ni la nature des droits touchés par la décision de la Commission ni la gravité de ses répercussions n'indiquaient que la cour de justice devait examiner la conclusion de droit de la Commission selon la norme de la décision correcte. Il a conclu que si la loi constitutive d'un organisme administratif ne comporte ni droit d'appel ni clause limitative de recours solide, les cours de justice appliquent « par défaut » la norme de la décision raisonnable lorsqu'elles procèdent au contrôle judiciaire de l'interprétation et de l'application de la loi constitutive par cet organisme.

La dernière question était de savoir s'il y avait des raisons d'appliquer une norme autre que celle de la décision déraisonnable aux conclusions que la Commission a tirées au sujet de la question faisant l'objet du contrôle. Le juge Evans a conclu que lorsque la Commission interprète une disposition de la *Loi* qui est susceptible d'être soulevée dans une instance autre que dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, l'expertise de la Commission ne peut pas être considérée comme étant plus grande que celle des cours de justice et la norme de contrôle applicable dans ces circonstances est celle de la décision correcte. Au final, il a conclu que les questions relatives à l'interprétation des faits, comme celles que la Commission a tranchées, doivent préférablement être tranchées par la Commission et sont assujetties à une norme de contrôle qui commande plus de déférence. Par conséquent, pour ce qui est des décisions de la Commission, la norme de contrôle applicable est celle de la décision simplement déraisonnable.

La véritable question est de savoir quelle norme de contrôle la CAF doit appliquer depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, de la Cour suprême du Canada.

La Cour semble suivre l'approche utilisée avant l'arrêt *Dunsmuir*. En effet, selon l'approche actuelle, la norme de la décision raisonnable doit être appliquée lors du contrôle de l'interprétation et de l'application de sa loi constitutive par un organisme spécialisé indépendant. En ce qui nous concerne, ce n'est que lorsque la Commission et les cours de justice peuvent tout autant être appelées à interpréter la même disposition de la *Loi sur le droit d'auteur* et que la Commission n'exerce donc pas une compétence exclusive, que la norme applicable est la norme de la décision correcte.

Le contrôle judiciaire de la CAF d'autres décisions d'origine législative des tribunaux permet de croire qu'elle appliquera la même norme de contrôle aux décisions de la Commission que celle appliquée avant l'arrêt *Dunsmuir*.

La première étape de l'analyse relative à la norme de contrôle décrite dans l'arrêt *Dunsmuir* consiste à examiner la jurisprudence pour déterminer si la norme d'examen pour ce type particulier de question est déjà établie. La Cour ne doit procéder à une analyse relative à la norme de contrôle que si les critères de contrôle ne sont pas déjà établis dans la jurisprudence.

Dans de nombreux autres cas, la CAF s'est appuyée sur la jurisprudence qui date d'avant l'arrêt *Dunsmuir* pour établir la norme de contrôle sans procéder à une nouvelle analyse.

Dans certains cas, la CAF a cru bon de procéder à une nouvelle analyse plutôt que de s'appuyer sur des décisions antérieures, notamment lorsque l'affaire en cause était très différente. Par exemple, dans la décision *Cousins c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 226, la Cour a conclu que le juge de première instance a commis une erreur en s'appuyant sur des décisions antérieures pour établir la norme de contrôle, car la jurisprudence concernait un tout autre tribunal que celui dont la décision faisait l'objet du contrôle.

La norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission est bien établie dans la jurisprudence qui date d'avant l'arrêt *Dunsmuir*. À en juger par les décisions de la CAF qui ont suivi l'arrêt *Dunsmuir* dans d'autres domaines, la Cour continuera sans doute à appliquer les mêmes normes de contrôle, à moins qu'une question soulevée soit complètement différente de celles examinées dans les décisions antérieures à l'arrêt *Dunsmuir*. Dans ce contexte, la Commission continuera de fonctionner comme elle l'a toujours fait et s'efforcera de rendre des décisions qui assurent l'équilibre entre les points de vue des titulaires des droits d'auteurs et des utilisateurs.