

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

Allocution de l'honorable
Robert A. Blair
Président de la Commission du droit d'auteur du Canada

Association du Barreau de l'Ontario – Section du divertissement, de l'information et des communications et Section de la technologie de l'information et du commerce électronique

*La Commission du droit d'auteur du Canada : Développements récents
et conseils pratiques concernant les règles à suivre devant la Commission*

Ottawa (Ontario)
1^{er} mai 2018

Le 1^{er} mai 2018, l'Association du Barreau de l'Ontario a offert à ses membres un atelier de formation sur le sujet suivant: [TRADUCTION] « La Commission du droit d'auteur du Canada : Développements récents et conseils pratiques concernant les règles à suivre devant la Commission ». Quatre grands thèmes ont été abordés :

1. Rôle de la Commission et transformation de ce rôle à la lumière de la jurisprudence récente, des modifications législatives et des progrès technologiques;
2. Différences entre les instances introduites devant la Commission et les procédures judiciaires et leurs conséquences pour les avocats qui plaident devant la Commission;
3. Stratégies principales pour mieux réussir devant la Commission;
4. Que peut-on attendre des consultations en cours sur la réforme de la Commission du droit d'auteur?

Le président de la Commission a participé à la discussion entre experts à laquelle participaient M^e Sarah Kilpatrick (animatrice) et M^{es} Gerald (Jay) Kerr-Wilson et Matthew Estabrooks. Même si la formule retenue ne prévoyait pas de communications officielles de la part des participants à la discussion, le président a préparé ce qui suit en vue de sa participation.

L'honorable Robert A. Blair

Je tiens d'abord à remercier les organisateurs de cette activité de m'avoir invité à y participer. Je suis ravi de pouvoir prendre part à la discussion.

I. Rôle de la Commission et transformation de ce rôle à la lumière de la jurisprudence récente, des modifications législatives et des changements technologiques

Il est relativement facile de définir le mandat de la Commission du droit d'auteur : son rôle consiste à fixer les redevances et les tarifs pour l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur lorsque la gestion de ces œuvres a été confiée à une société de gestion.

Toutefois, derrière ce simple énoncé, il existe une foule d'enjeux économiques et juridiques, de demandes en ressources et de problèmes d'application pratique. Cette situation s'explique par le fait que, même si le mandat qui lui a été confié est demeuré relativement stable, le rôle de la Commission et les facteurs qui influent sur la façon dont elle s'en acquitte ont évolué, d'autant plus que cette évolution s'est accélérée au cours des dernières années.

La jurisprudence portant sur les droits des utilisateurs, les conséquences des modifications apportées en 2012 à la *Loi sur le droit d'auteur* (« la Loi ») (en particulier les nouvelles exceptions), la vitesse vertigineuse des progrès technologiques et les changements survenus dans la façon dont les œuvres protégées par le droit d'auteur sont accessibles par le biais d'Internet et des médias, sont tous des facteurs qui ont eu une influence non seulement sur l'industrie des communications et du droit d'auteur, mais également sur la charge de travail de la Commission, sur la façon dont elle doit gérer cette charge de travail ainsi que sur les questions juridiques et économiques avec lesquelles elle doit composer.

J'aimerais aborder la question sous l'angle suivant, pour dégager un thème :

Dans l'arrêt *ESA c. SOCAN*, une des cinq causes célèbres de 2012, les juges Abella et Moldaver ont, au nom de la majorité, expliqué qu'Internet « ne représente qu'un taxi technologique ». ¹ En réponse, le juge Rothstein, qui était dissident, a fait observer avec justesse que, s': « il est certes légitime de voir dans Internet, un taxi technologique [...] celui-ci n'a pas à offrir de courses gratuites ». ²

Le débat quant à savoir qui bénéficie de courses gratuites, ou au moins du tarif Uber plutôt que du tarif régulier pour une course en taxi, se poursuit depuis lors. La Commission se trouve au milieu de cette controverse. Tout cela est bien amusant, mais ce débat comporte son lot de problèmes!

Dans l'arrêt *ESA*, la Cour suprême a statué que le téléchargement d'une œuvre musicale pour la communication au public ne donnait pas lieu à l'application d'un tarif distinct. Les œuvres musicales téléchargées équivalent tout simplement à un exemplaire durable de l'œuvre en magasin – une reproduction – qui est livré par le taxi technologique que représente Internet.

Mais ce n'est pas tout! L'arrêt *Rogers c. SOCAN* ³ (rendu le même jour que l'arrêt *ESA*) nous enseigne que la transmission en continu d'une œuvre par le taxi que représente Internet (vraisemblablement sans égard au nombre de « reproductions » de l'œuvre musicale que peut contenir la transmission en continu) constitue effectivement une communication au public par télécommunication, qui est, par conséquent, protégée par le droit d'auteur.

Il en va également de même, semble-t-il, pour les services suivants :

- La diffusion simultanée sur Internet;
- Les services musicaux sur demande (Spotify, Google Play, Pandora, etc.);
- La webdiffusion en général – mais est-ce important qu'elle soit ou non interactive, semi-interactive ou entièrement interactive?

Bien que l'importance du tarif puisse varier, il semble acquis que le taxi que représente Internet n'offre pas de course gratuite dans ces circonstances.

Mais est-ce bien le cas? Peut-être pas.

Qu'en est-il si l'activité, la communication ou la reproduction tombe sous le coup de l'une ou l'autre disposition découlant des modifications apportées à la *Loi* en 2012? Par exemple :

- L'utilisation équitable à des fins pédagogiques (le sujet litigieux à la mode) – la copie électronique, le contenu en ligne de modules pédagogiques électroniques, par exemple.

¹ *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, au paragraphe 5. [ESA]

² *Ibid.*, au paragraphe 50.

³ *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283.

- La mise à la disposition du public par télécommunication d'œuvres et d'enregistrements sonores musicaux pour des services de musique à la demande. La Commission a déclaré que le droit d'auteur s'applique dans un cas pareil et qu'il faut donc payer, mais la valeur du droit demeure encore très floue.
- Ou, bien entendu, une exception pourrait s'appliquer :
 - stockage/hébergement en nuage;
 - mise en cache;
 - copies de sauvegarde;
 - reproductions éphémères pour les radiodiffuseurs;
 - reproduction dans le cadre d'un processus technologique;
 - contenu non commercial généré par l'utilisateur.

Toutes ces considérations soulèvent, à un moment ou à un autre, la question de savoir si l'utilisation du droit en question donne légalement lieu à la protection du droit d'auteur, ce qui soulève dans la foulée la question de la valeur de ce droit. Et pourtant, nous n'avons même pas encore abordé les problèmes économiques complexes portant sur la question de savoir « si tel est le cas, comment évaluer le droit ? ».

Eh bien, si vous n'êtes pas encore essoufflé, moi je le suis.

Mais pourquoi est-ce que je m'attarde là-dessus? Il y a plusieurs raisons qui peuvent être invoquées :

1. Cela démontre à quel point les questions que la Commission et vous, en tant qu'avocat, êtes appelés à examiner sont intéressantes, vastes et stimulantes. Nous vivons à une époque très stimulante et très prometteuse pour ceux qui œuvrent dans ce domaine.
2. Bien plus important, ce portrait de la situation donne, du moins je l'espère, un aperçu de la complexité de plus en plus grande du rôle que la Commission est appelée à jouer, des exigences en matière de ressources ainsi que du temps qu'il faut consacrer au règlement de ces questions dans le cadre du système actuel. Ces forces et ces facteurs sont relativement nouveaux dans le domaine du droit d'auteur, et le système doit en tenir de plus en plus compte. Ainsi :
 - a) la Commission est souvent appelée à rendre des décisions en première instance sur bon nombre des nouvelles questions juridiques qui sont soulevées dans le contexte que je viens d'exposer. Nous sommes un organisme de réglementation économique. Toutefois, nous devons tout d'abord être en mesure de répondre à la question juridique de l'applicabilité de la protection du droit d'auteur avant de pouvoir continuer à nous acquitter de cette tâche dans un dossier donné;
 - b) la situation que je viens d'exposer permet également d'expliquer les interactions entre la Commission et les parties, avant et après l'audience, de sorte que la Commission peut avoir la certitude qu'elle dispose des renseignements et des données nécessaires pour être

en mesure de trancher des questions juridiques et économiques de plus en plus complexes. Elle donne aussi une idée du temps qui doit être consacré à ce processus.

Cette dernière observation m'amène à formuler un dernier commentaire sur l'évolution du rôle de la Commission, sur lequel nous reviendrons davantage tout à l'heure lorsque nous discuterons des différences entre les procédures judiciaires et les instances qui se déroulent devant la Commission. Pour l'instant, je me contenterai de souligner que la Commission possède un vaste mandat qui comporte un volet d'intérêt public. Il ne s'agit pas simplement de trancher les différends entre les parties qui se retrouvent devant elle. Les tarifs s'appliquent de façon générale et visent aussi d'autres personnes, à la différence des décisions des tribunaux, qui ne lient que les parties au litige. La raison d'être de la Commission est d'établir des tarifs justes et équitables pour tous : les créateurs, les utilisateurs et le public en général.⁴

C'est ce que j'appelle parfois la nature « polycentrique » du mandat de la Commission. Son mandat fait en sorte que la Commission est appelée à adopter une démarche différente par rapport aux tribunaux traditionnels, ce qui entraîne des répercussions sur les processus et les procédures de la Commission et sur les ressources nécessaires pour lui permettre de jouer son rôle et remplir son mandat.

II. Différences entre les instances introduites devant la Commission et les procédures judiciaires et leurs conséquences pratiques pour les avocats qui plaident devant la Commission

La Commission fonctionne selon le même modèle général fondé sur le débat contradictoire et la défense des intérêts que celui sur lequel reposent les tribunaux judiciaires – interrogatoire et contre-interrogatoire de témoins; dépôt de pièces; rapports et témoignages d'experts, observations écrites et orales. Toutefois, comme la Commission est un tribunal administratif, sa procédure est, parfois, beaucoup moins formelle que celle des tribunaux. Et en raison du vaste mandat d'intérêt public confié à la Commission dont nous avons déjà parlé, il y a également d'autres différences importantes à signaler.

Permettez-moi d'insister en particulier sur trois aspects pour illustrer mon propos : les règles de preuve; le recours au bon jugement et à l'expertise de la Commission; et le pouvoir de la Commission de compléter un dossier en partie incomplet. Ces deux derniers aspects sont en quelque sorte liés et je tiens à souligner ici qu'il est important que la Commission assure le maintien de l'équité procédurale dans chacun de ces domaines où elle se démarque des tribunaux.

Les règles de preuve

En premier lieu, comme pour la plupart des tribunaux administratifs, la Commission n'est pas tenue de suivre les règles habituelles en matière de preuve, en particulier celles concernant le ouï-dire. Votre tâche en tant qu'avocat est donc un peu plus souple à cet égard.⁵

⁴ Voir les arrêts *SOCAN c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, 2002 CAF 166, au paragraphe 75, et *Société canadienne de gestion des droits voisins c. SOCAN*, 2003 CAF 302, aux paragraphes 43 et 44.

⁵ Voir, par exemple, l'arrêt *Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2010 CAF 322.

Il est possible que des objections soient parfois soulevées, mais on arrive la plupart du temps à les résoudre sans avoir à recourir à une application stricte des ouvrages de Wigmore ou de Sopinka et Lederman sur la preuve.

Une anecdote qui s'est produite lors de la première audience de la Commission du droit d'auteur à laquelle j'ai participé m'a fait comprendre cette différence. Un témoin expert était en train d'être contre-interrogé. On lui a demandé la provenance d'un certain élément d'information factuelle figurant dans son rapport. Au fur et à mesure qu'il donnait des explications, il est devenu évident que le témoignage présenté dans le rapport n'était pas seulement du oui-dire, mais du oui-dire fondé sur du oui-dire, qui reposait lui-même sur du oui-dire, lequel ne reposait pas entièrement sur des sources scientifiques. Or, dans une salle d'audience remplie d'avocats très compétents, pas une seule objection n'a été soulevée! Et probablement pour de très bonnes raisons : la déclaration factuelle n'était pas vraiment litigieuse. Toutefois, la façon de présenter la preuve était un peu plus souple que ce à quoi j'avais été habitué lorsque je faisais partie de la magistrature au cours des années précédentes, surtout si l'on considère que deux des sources de oui-dire se sont avérées être Twitter et Facebook!

Le recours au bon jugement et à l'expertise de la Commission / pouvoir de la Commission de compléter un dossier partiellement incomplet

Il y a deux autres caractéristiques du rôle de la Commission qui illustrent la différence dans la façon dont un tribunal judiciaire aborde son travail et celle dont la Commission s'acquitte de ses fonctions : i) la Commission a le droit de s'en remettre à son propre jugement et à ses propres connaissances spécialisées, en plus de se fonder sur les preuves produites par les parties; ii) dans la même logique, la Commission a le pouvoir de compléter un dossier partiellement incomplet en effectuant ses propres recherches, sous réserve, bien entendu, de l'obligation pour la Commission de s'assurer en tout temps que l'équité procédurale est respectée.

La première de ces caractéristiques a récemment été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*⁶ et la seconde par la Cour d'appel fédérale, notamment dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada.*⁷

Il y a plusieurs raisons qui expliquent ces caractéristiques du travail de la Commission. Je me contenterai de relever les suivantes :

1. la nature très technique et spécialisée des délibérations de la Commission et la complexité de ses dossiers;
2. la nécessité pour la Commission de faire preuve d'un certain jugement éclairé lorsqu'elle exerce son vaste pouvoir discrétionnaire d'attribuer des valeurs monétaires à des utilisations d'œuvres protégées par le droit d'auteur auxquelles il est difficile d'attribuer une valeur;

⁶ *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615.

⁷ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2010 CAF 139.

3. ce que j'ai appelé la nature « polycentrique » du mandat et des attributions de la Commission.

Par « polycentrique », comme je l'ai déjà précisé, je renvoie aux grandes responsabilités d'intérêt public confiées à la Commission pour établir des tarifs d'application générale qui ne se limitent pas aux parties qui comparaissent devant elle et qui s'appliquent à tous les utilisateurs potentiels de ce tarif. Le rôle qui est confié à la Commission appelle celle-ci à tenir compte de facteurs stratégiques et à pondérer de nombreux facteurs conflictuels qui s'opposent et se recoupent et qui touchent l'industrie en particulier et ses intervenants, de même que l'intérêt public dans son ensemble. L'objectif que vise la Commission dans chaque cas consiste à rendre la décision la plus efficace possible en établissant un tarif utile et pratique. À cet égard, la Commission a besoin des parties autant que les parties ont besoin de la Commission.

C'est ce qui explique les interactions entre la Commission et les parties tant avant qu'après, et parfois pendant l'audience, lorsque la Commission demande aux parties des renseignements supplémentaires ou des éclaircissements, ou encore des réponses à des renseignements ou à des données que le personnel de la Commission a découverts à l'occasion de ses propres recherches en dehors du cadre du dossier officiel présenté par les sociétés de gestion et les utilisateurs concernés. D'ailleurs, la Cour d'appel fédérale a elle-même reconnu que la Commission peut s'adresser aux parties pour leur demander d'autres preuves.⁸

Cela peut continuer encore longtemps et nous pouvons débattre de la fréquence de cette situation et nous demander jusqu'où on peut aller. Je suis conscient du fait que cette question a fait l'objet de nombreux commentaires au cours des récentes consultations. Mais il s'agit d'une caractéristique souvent nécessaire du processus d'établissement des tarifs qui fait partie du vaste mandat d'intérêt public confié à la Commission.

Ainsi, indépendamment des questions juridiques plus larges concernant l'applicabilité ou non de la protection du droit d'auteur et, dans l'affirmative, l'étendue de cette protection, les tarifs eux-mêmes sont complexes. Un simple tarif peut, par exemple, concerner des utilisations, des utilisateurs et des sociétés de gestion multiples et couvrir plusieurs années. Les observations initiales et les éléments de preuve déposés – et même ceux qui sont déposés après la clôture de l'audience – peuvent ne pas répondre à une question particulière qui peut surgir lorsqu'on l'examine de plus près. Il sera peut-être nécessaire d'obtenir d'autres renseignements. Ou encore, la Commission peut soulever des questions qui n'ont pas été abordées par les parties et qui nécessitent, par conséquent, un complément d'information.

Compte tenu de son mandat, il est parfois difficile pour la Commission d'élaborer un tarif viable qui soit compatible avec les objectifs d'intérêt public qu'elle cherche à atteindre, à la lumière des témoignages des experts fournis par les parties. Je ne veux pas par-là être critique ou manquer d'égard à l'endroit des témoignages d'experts. Il ne s'agit pas non plus de simplement accepter ou rejeter l'expert ou le modèle d'une partie plutôt qu'un autre. Il s'agit d'apprécier le témoignage ou le modèle en question en fonction du mandat plus large de la Commission.

⁸ *Association canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2006 CAF 337, aux paragraphes 17 à 19.

Par définition, les parties cherchent à faire valoir un certain point de vue. Ce point de vue peut naturellement correspondre aux hypothèses formulées par leurs experts respectifs. Les experts n'ont pas à tenir compte de l'intérêt d'autrui et il est loisible à la Commission de conclure que leur opinion ou le modèle qu'elles proposent ne cadre pas avec les objectifs plus larges de la Commission. Par conséquent, il se peut que la Commission tienne compte de nouvelles méthodes économiques ou encore de méthodes économiques quelque peu modifiées. Bien entendu, elle doit pour cela communiquer de nouveau avec les parties, parce que, si la Commission envisage d'adopter une solution différente de celle proposée par le témoignage de l'un ou l'autre des experts des parties, l'équité exige que les parties aient l'occasion de présenter des éléments complémentaires.

Je tiens une fois de plus à souligner que, même si la Commission n'est pas astreinte à la rigueur des procédures judiciaires, sa procédure doit néanmoins être équitable. Elle doit accorder aux parties la possibilité de formuler leurs observations lorsqu'une nouvelle situation se présente. En effet, comme l'arrêt *Netflix* nous l'enseigne, même les parties qui interviennent tardivement au débat (ou, plus exactement dans cette affaire, les anciennes parties qui interviennent de nouveau dans le débat) peuvent avoir le droit de présenter de nouveaux éléments de preuve et de formuler des nouvelles observations, du moins lorsque l'objet du tarif que la Commission doit homologuer porte sur des questions qui n'étaient pas visées par le projet de tarif publié dans la *Gazette du Canada*.⁹

Donc, en résumé, lorsque vous êtes chargé d'un dossier devant la Commission, vous n'avez pas tant à vous préoccuper de devoir vous conformer à toutes les règles rigides d'une audience judiciaire normale, mais vous devez apprendre à composer avec un processus qui ne vous permettra sans doute pas de demander à la Commission de s'en tenir au dossier que les parties ont choisi de lui présenter lorsqu'il s'agit pour elle de rendre sa décision, à moins que la Commission ne vous réclame d'autres éléments.

III. Stratégies principales pour mieux réussir devant la Commission : ce qui fonctionne habituellement

Il y a beaucoup de choses à dire à ce sujet. Vous allez sans doute recevoir de nombreux bons conseils de la part d'avocats expérimentés qui ont comparu devant la Commission, en l'occurrence M^{es} Kerr-Wilson et Estabrooks. Permettez-moi simplement de faire quelques suggestions du point de vue de la Commission.

1. Souvenez-vous que les questions en litige sont très complexes et souvent très techniques. Faites en sorte que votre exposé soit aussi compréhensible et structuré que possible. Clarifiez, simplifiez et cernez les questions que vous aborderez et qu'il est nécessaire selon vous que la Commission examine. Assurez-vous que la Commission comprend la raison de ce que vous faites à tout moment.

⁹ *Netflix, Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2015 CAF 289, au paragraphe 51.

2. Les avocats qui gagnent leurs causes sont ceux qui préparent des résumés, des présentations PowerPoint pour faciliter la présentation du témoignage de leur témoin ainsi que des graphiques (qui peuvent parfois être très efficaces, à condition de ne pas être trop simplistes).
3. Assurez-vous que les commissaires vous suivent bien en ce qui concerne la masse de documents qui sont habituellement produits dans le cadre d'une audience. Donnez-leur le temps de se familiariser avec le dossier. Il est inutile de poser des questions pendant trois minutes alors que nous essayons encore de savoir où vous en êtes avec la pièce Sociétés de gestion – 103, dans le relieur 24, à l'onglet 34F, sous-alinéa 16b)(iii) [...] plutôt qu'avec la pièce 33 des opposants, dans le relieur 11 des opposants, onglet [...]. Je crois que vous comprenez le problème.

Je crois qu'il est également important de se rappeler que, même si le personnel de la Commission, et au moins le vice-président, possèdent une vaste expérience en matière d'établissement de tarifs, tous les membres du tribunal à l'audience n'ont peut-être pas les mêmes connaissances approfondies. Le président doit être un juge d'une cour supérieure en fonction ou à la retraite (une juridiction qui traite très peu de dossiers en matière de propriété intellectuelle et encore moins de droit d'auteur), et jusqu'à maintenant, aucun président n'a déjà siégé à la Cour fédérale, ou en sait réellement quelque chose sur ces questions! De plus, aucun des commissaires actuels n'est économiste. En ce sens, le vieil adage qui vaut pour tout bon avocat, quel que soit le contexte, s'applique également en l'espèce : sachez à quel arbitre et devant quel tribunal vous vous adressez.

4. Enfin, je suis impressionné par la capacité des avocats de troquer la mentalité d'« intimidation » à laquelle on assiste souvent devant les tribunaux contre une attitude aussi coopérative que le permet l'intérêt de leurs clients. Sans vouloir porter atteinte au devoir de l'avocat de représenter ses clients de façon vigoureuse et éloquente, je préconise cette attitude, qui représente pour moi une excellente stratégie lorsqu'on plaide devant la Commission.

IV. Que peut-on attendre des consultations en cours sur la réforme de la Commission du droit d'auteur?

J'estime qu'il ne convient pas que le président de la Commission s'étende sur ce sujet pour le moment. Des consultations et des pourparlers sont en cours entre les ministères compétents, la Commission et des intervenants qui viennent de tous les horizons. Rien n'a encore été arrêté définitivement.

J'ajouterai seulement ce qui suit. Ce que la Commission souhaite voir émerger en fin de compte, c'est l'établissement de règles du jeu équitables qui ne favorisent pas un groupe d'intervenants au détriment d'un autre, de même qu'un processus qui permettra à la Commission d'établir des redevances et des tarifs justes et équitables pour l'ensemble des créateurs et des utilisateurs dans l'intérêt public, et ce, d'une manière aussi efficace et opportune que possible.

Je vous remercie encore une fois de m'avoir invité à participer au nom de la Commission du droit d'auteur à cette activité fort utile.