

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]

**Barreau du Haut-Canada
12^e conférence annuelle sur le droit de la propriété intellectuelle
Rétrospective annuelle**

**Ottawa (Ontario)
Le 18 janvier 2008**

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE SONT-ILS HORS DE CONTRÔLE?

Introduction

Les droits de propriété intellectuelle sont-ils « hors de contrôle »? Les réponses à cette question pourraient varier selon l'interlocuteur à qui on la pose. Les sociétés de gestion collective comme la SOCAN ou la SCGDV pourraient croire que ce n'est pas le cas. L'ACR ou l'un de ses membres pourrait affirmer de manière retentissante : « Nous payons trop cher pour trop de choses! » De manière encore plus surprenante, un propriétaire d'entreprise locale pourrait être prêt à payer la SOCAN pour faire jouer de la musique, mais pas la SCGDV pour faire jouer l'enregistrement sonore.

Le présent exposé n'apporte pas de réponse à la question. Il s'agit plutôt d'examiner le mandat de la Commission, certaines décisions qu'elle a rendues récemment ainsi que la norme de contrôle judiciaire applicable à ses décisions.

La Commission du droit d'auteur

Au début des années 1930, la Commission Parker a recommandé la création d'un tribunal qui serait chargé d'examiner, sur une base continue, les tarifs pour l'exécution des œuvres en public, et ce, avant leur entrée en vigueur¹. En réponse à cette recommandation, la Commission d'appel du droit d'auteur (l'ancêtre de la Commission actuelle) a été créée en 1936 et celle-ci a homologué son premier tarif en 1937. Depuis, la Commission rend chaque année au moins une décision portant sur les tarifs de droit d'auteur².

La Commission du droit d'auteur, telle qu'elle existe aujourd'hui, a été créée en 1989. À titre d'organisme de réglementation économique, la Commission est habilitée à fixer, soit obligatoirement, soit à la demande d'une partie intéressée, les tarifs de redevances à payer pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, lorsque celles-ci sont gérées collectivement³. Les modifications législatives de 1989 sont en fait venues élargir la compétence de la Commission, qui s'étend depuis lors à tous les aspects de la gestion collective du droit d'auteur et qui l'habilite à octroyer des licences pour l'utilisation d'œuvres publiées dont les titulaires du droit d'auteur sont introuvables⁴.

¹ Michel Héту, « The Copyright Board : Functions and Practices », discours présenté à Toronto (Ontario) le 4 décembre 1991 à la conférence intitulée *Copyright : From Beginning to End*, à la page 1 [en anglais seulement]; Rapport de l'honorable juge Parker, commissaire constitué sous l'empire de la *Loi des enquêtes* et de la *Loi modificatrice du droit d'auteur de 1931*, en vertu du décret du Conseil n° 738, en date du 22 mars 1935, J. O. Patenaude, O.S.I., Ottawa.

² Mario Bouchard, « Americans and the Copyright Board of Canada : Why Bother? » (inédit), à la page 1.

³ Voir la partie VII de la *Loi sur le droit d'auteur* [ci-après la Loi] pour les dispositions expresses concernant le mandat de la Commission.

⁴ Article 77 de la Loi.

La Commission est composée d’au plus cinq commissaires⁵. Celui qui occupe le poste de président doit être juge, en fonction ou à la retraite, d’une cour supérieure, d’une cour de comté ou d’une cour de district⁶. Le commissaire qui agit à titre de vice-président est le premier dirigeant et ses fonctions, ainsi que celles du président, sont énoncées dans la Loi⁷. Comme la plupart des tribunaux créés par le législateur, la Commission est habilitée à établir sa propre procédure⁸.

Dans l’exercice de ses fonctions, la Commission traite régulièrement de questions de droit administratif et elle interprète non seulement sa propre loi, mais aussi certains aspects des régimes qu’elle applique⁹. Au départ, la Commission tenait pour acquis qu’elle n’avait pas compétence pour examiner les questions de droit; cependant, en 1993, la Cour d’appel fédérale a jugé que la Commission pouvait traiter de telles questions corollairement à l’exercice de sa fonction principale¹⁰. La jurisprudence a évolué et la Cour d’appel fédérale a fait preuve de la plus grande retenue judiciaire à l’égard des conclusions de la Commission sur certaines questions de droit¹¹. Certaines décisions rendues récemment par la Commission seront examinées en détail ci-après.

La Commission supervise les transactions entre les sociétés de gestion et les utilisateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur. En fixant les tarifs de redevances à payer, la Commission tient compte des observations formulées par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*¹² et *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*¹³ selon lesquelles le régime du droit d’auteur a pour but d’établir, dans l’intérêt public, un équilibre entre la promotion de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et l’obtention d’une juste récompense pour le créateur. Le rôle de la Commission est plutôt unique comparativement à celui d’organismes similaires dans d’autres ressorts qui cherchent à empêcher les sociétés de gestion collective d’abuser de leurs pouvoirs monopolistiques contre les utilisateurs. Dans l’arrêt *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*¹⁴, la Cour d’appel fédérale a conclu ceci :

⁵ Paragraphe 66(1) de la *Loi*.

⁶ Paragraphe 66(3) de la *Loi*.

⁷ Article 66.1.

⁸ Le modèle de directive sur la procédure est accessible à l’adresse <https://cb-cda.gc.ca/about-a-propos/directive-f.html>.

⁹ Pour une description globale des pouvoirs de la Commission et de la façon dont elle interagit avec les sociétés de gestion, voir M. Bouchard, « Collective Management in Commonwealth Jurisdictions : Comparing Canada with Australia », dans D. Gervais (dir.), *Collective Management of Copyright and Related Rights* (Kluwer, 2006), et D. Gervais, « Essai sur le fractionnement du droit d’auteur » (2003), 15 *Cahiers de propriété intellectuelle* 501.

¹⁰ *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d’auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.) [ci-après *ACTC*], aux paragraphes 12-16. Voir aussi *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d’auteur)*, [1992] 1 C.F. 487 (C.A.).

¹¹ *Société canadienne de gestion des droits voisins c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2003 CAF 302 [ci-après *SCGDV c. SOCAN*].

¹² 2004 CSC 13 [ci-après *CCH*].

¹³ 2002 CSC 34.

¹⁴ [1994] A.C.F. n° 1540, aux paragraphes 13-14 [ci-après *ACR c. SOCAN*].

[...] [L]a Commission n'a pas plus pour mission de protéger les consommateurs au détriment des titulaires de droit d'auteur que de protéger des monopoles au détriment des consommateurs.

[...] [L]a Commission a bien compris sa mission lorsqu'elle a déclaré qu'elle devait assurer un certain équilibre au sein du marché entre les titulaires de droit d'auteur et les utilisateurs.

Dans l'arrêt *SCGDV c. SOCAN*, la Cour d'appel fédérale a une fois de plus reconnu que la Commission doit établir un équilibre entre les intérêts divergents des titulaires de droit d'auteur, des fournisseurs de services et du public.

La Commission du droit d'auteur exerce plusieurs fonctions et elle est chargée d'homologuer les tarifs pour ce qui suit : l'exécution publique et la communication au public d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores par voie de télécommunication; la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio; la reproduction et l'exécution publique, par des établissements d'enseignement, d'émissions ou de commentaires d'actualité ainsi que toute autre émission de télévision et de radio; la copie, pour usage privé, d'enregistrements sonores publiés reproduisant des œuvres musicales; et, à la demande d'une société de gestion, l'accomplissement de tout acte assujéti au régime canadien du droit d'auteur.

Le pouvoir de la Commission de délivrer des licences pour l'utilisation d'œuvres ou d'autres objets protégés par le droit d'auteur lorsque les titulaires du droit d'auteur sont introuvables a suscité beaucoup d'intérêt ailleurs dans le monde¹⁵. Au cours des 18 dernières années, la Commission a délivré plus de 200 licences pour ce type d'utilisation (dont certaines visaient des milliers d'œuvres), mais elle a aussi rejeté certaines demandes et retrouvé bon nombre de titulaires « introuvables ». Ce faisant, la Commission a mis au point des normes et modalités d'octroi de licences ainsi qu'une façon de faire pour certaines sociétés de gestion qui jouent un rôle dans le traitement des demandes de licence¹⁶.

La Commission exerce généralement ses fonctions au cas par cas. C'est ainsi qu'elle a acquis, au fil du temps, une expertise pointue ainsi que des connaissances techniques et spécialisées dans le domaine de la gestion collective ainsi qu'en matière de droit administratif, de droit contractuel et de droit d'auteur¹⁷.

Le juge Evans, écrivant au nom de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *SCGDV c. SOCAN*, a examiné la fonction et l'expertise de la Commission et il a conclu que, bien que la question soumise à la Commission (celle de savoir si la Commission avait le pouvoir de fusionner des tarifs) était une question de droit et que la décision de la Commission allait probablement faire jurisprudence, cette question ne devait pas être tranchée par une cour de justice lors d'une instance en violation du droit d'auteur, car elle portait sur le pouvoir de la Commission d'accorder une réparation étrangère à celle qu'accorde une cour de justice. Ainsi, au paragraphe 56, le juge Evans a conclu que, compte tenu des expertises respectives de la Commission et de la Cour d'appel fédérale et de

¹⁵ Paragraphe 77(1) de la Loi.

¹⁶ Mario Bouchard, « Americans and the Copyright Board of Canada : Why Bother? » (inédit), à la page 5.

¹⁷ *SCGDV c. SOCAN*, au paragraphe 42.

la nature de la question en litige, la Commission était plus à même de décider si ses pouvoirs lui permettaient d’homologuer un tarif unique lorsque les parties n’avaient pas proposé un tel tarif ni consenti à son homologation.

Les questions de fond

En accomplissant son mandat, la Commission a eu l’occasion d’analyser et de trancher bon nombre de questions juridiques qui lui ont été soumises. L’objectif de ses analyses a toujours été d’établir un équilibre entre les intérêts des parties et de trouver des solutions réalisables.

Le tarif 22.A de la SOCAN

Puisque nous sommes réunis dans le cadre d’une rétrospective annuelle, il me semble approprié d’examiner la décision de la Commission sur le tarif 22.A de la SOCAN¹⁸. Le tarif vise la communication au public, par télécommunication, d’œuvres musicales au moyen de transmissions par Internet ou de canaux de transmission similaires. Cette décision constituait la première partie (la deuxième partie sera rendue sous peu) de la deuxième phase d’un processus qui a débuté en 1996. La décision de la phase I du tarif 22.A, qui traitait de diverses questions juridiques, a été rendue en octobre 1999¹⁹. Elle a d’abord fait l’objet d’un contrôle judiciaire en Cour d’appel fédérale²⁰, avant d’être portée en appel devant la Cour suprême du Canada²¹.

Dans sa décision rendue en 2007 à l’égard du tarif 22.A, la Commission s’est penchée sur deux questions bien précises : (1) celle de savoir si la transmission d’un téléchargement est une communication au public par télécommunication au sens de l’alinéa 3(1)f de la *Loi* et (2) celle de savoir si l’offre d’extraits pour écoute préalable constitue, au sens de l’article 29 de la *Loi* et des observations formulées par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *CCH*, une utilisation équitable à des fins de recherche. Je ne traiterai pas du sujet très longuement dans cet exposé, et ce, pour diverses raisons.

La première question semble avoir été résolue par la Cour d’appel fédérale dans sa plus récente décision concernant le tarif 24 (Sonneries) de la SOCAN²². Dans l’arrêt *ACTS c. SOCAN*, la Cour d’appel fédérale a conclu que la transmission d’une sonnerie musicale à un téléphone cellulaire est

¹⁸ Décision du 18 octobre 2007 sur l’homologation du tarif 22.A de la SOCAN (Internet – Services de musique en ligne) pour les années 1996 à 2006, [2007] D.C.D.A. n° 7 [ci-après « décision sur le tarif 22.A »].

¹⁹ Décision du 27 octobre 1999 sur l’homologation du tarif 22 (Transmission d’œuvres musicales à des abonnés d’un service de télécommunication non visé par le tarif 16 ou le tarif 17) [Phase I – Questions juridiques], [1999] D.C.D.A. n° 5.

²⁰ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2002 CAF 166 [ci-après *SOCAN c. ACFI (CAF)*].

²¹ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45 [ci-après *SOCAN c. ACFI (CSC)*].

²² *Association canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6 [ci-après *ACTS c. SOCAN*].

une communication au public par télécommunication. Les demanderessees avaient concédé ce point devant la Commission, mais elles l'ont récusé en Cour d'appel fédérale. Dans une décision unanime, la Cour d'appel fédérale a déclaré ceci :

[19] À mon avis, les demanderessees proposent une définition du terme « communication » qui est trop limitative. Le terme « communication » s'entend de la transmission d'informations d'une personne à une autre. Une sonnerie musicale est une information présentée sous forme de fichier audionumérique apte à être communiqué. Le mode normal de communication d'un fichier audionumérique est sa transmission. La transmission sans fil d'une sonnerie musicale à un téléphone cellulaire constitue une communication, que le propriétaire du cellulaire y accède immédiatement, pour écouter la musique, ou plus tard. Le fait que la technologie employée pour la transmission ne permet pas au propriétaire du cellulaire d'écouter la musique au cours de la transmission ne signifie pas qu'il n'y a pas de communication. À mon avis, dans le contexte d'une transmission sans fil, c'est la réception de la transmission qui complète la communication.

[20] Cette conclusion s'accorde avec l'arrêt *SOCAN* (précité). Dans cet arrêt, le juge Binnie, qui écrivait pour la majorité, a expliqué que la transmission d'informations par Internet constitue une « communication » une fois que l'information est reçue (voir le paragraphe 45). On ne sait pas avec certitude si cette question était en litige dans cette affaire, ou si elle a été débattue. Il se peut qu'il s'agisse d'une observation incidente. Dans un cas comme dans l'autre, cette affirmation est incontestablement véridique. S'agissant du sens du mot « communication », je ne perçois aucune distinction digne de mention entre les transmissions dont il était question dans l'affaire *SOCAN* et les transmissions en cause dans la présente espèce. Je conclus que les transmissions constituent des communications.

Ce faisant, la Cour d'appel fédérale a conclu que certaines décisions judiciaires antérieures²³ n'étaient d'aucun secours pour les demanderessees, puisqu'elles « ne laiss[aient] planer aucun doute au sujet de la conclusion que les transmissions en litige [étaient] effectivement des communications »²⁴.

La cour a également conclu que la communication par télécommunication d'une sonnerie à partir du site Internet d'un fournisseur de services de télécommunications sans fil vers le téléphone cellulaire d'un client constitue une communication « au public ». La juge Sharlow a déclaré ceci :

[43] À mon avis, la conclusion de la Commission du droit d'auteur suivant laquelle les transmissions en litige en l'espèce tombent sous le coup de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* est compatible avec le libellé de cette disposition et avec son contexte. Elle s'accorde aussi avec le bon sens. Si une entreprise de télécommunications sans fil devait transmettre une sonnerie déterminée simultanément à tous les abonnés qui l'ont demandée, cette transmission

²³ *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676 [en anglais seulement]; *Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.); et *ACTC*.

²⁴ *ACTS c. SOCAN*, au paragraphe 30. Pour une analyse complète sur la question de savoir si la transmission d'un téléchargement est une communication au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)a) de la Loi, voir la décision de la Commission du 18 octobre 2007, aux paragraphes 86-100.

constituerait une communication au public. Il serait illogique d'en arriver à un résultat différent pour la simple raison que les transmissions sont effectuées une par une et qu'elles ont donc lieu à des moments différents.

La deuxième question est, pour sa part, toujours d'actualité. Dans l'arrêt *CCH*, la Cour suprême a conclu que pratiquement tout ce que les conseillers juridiques faisaient dans le cadre de la préparation d'un conseil à un client constituait de la « recherche » au sens de l'article 29 de la *Loi*. Elle a également conclu que la recherche effectuée à des fins commerciales peut constituer une utilisation équitable. Rien dans cette décision ne permet de distinguer facilement la recherche effectuée par un avocat dans le but d'informer un client de celle effectuée par un spécialiste des relations gouvernementales dans le but d'informer un client de la meilleure façon d'influencer les décisions de politique publique. En clair, l'arrêt *CCH* établit que l'utilisation équitable constitue un droit des utilisateurs plutôt qu'une exception prévue par la *Loi* et qu'elle commande une interprétation large.

L'utilisation équitable était au cœur d'une des questions en litige dans la décision de la Commission sur le tarif 22.A. La Commission a conclu que l'écoute d'un extrait préalable à la décision d'acheter le téléchargement d'une œuvre musicale sur Internet constituait une utilisation équitable à des fins de recherche. Cette décision fait actuellement l'objet d'une demande de contrôle judiciaire.

Dans le cadre de l'instance relative au tarif d'Access Copyright, qui a été entendue par la Commission en 2007 et qui est actuellement en délibéré, la question de l'utilisation équitable sera examinée de nouveau, mais cette fois dans le contexte des reproductions reprographiques d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans les écoles primaires et secondaires. Il s'agit d'une question qui aura des répercussions considérables et, bien entendu, je ne suis pas disposé à en discuter maintenant.

Les questions de nature procédurale

La norme de contrôle²⁵

L'examen des décisions de la Cour d'appel fédérale sur la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions de la Commission du droit d'auteur est aussi complexe que toute tentative de rationaliser les décisions de la Cour suprême du Canada en la matière. Le juge Berger de la Cour d'appel de l'Alberta l'a décrit ainsi dans un contexte différent, lequel pourrait néanmoins s'appliquer ici :

[TRADUCTION] La confusion entourant la norme de contrôle demeure une source de perplexité chez les juges chargés du contrôle judiciaire. Il est difficile de se retrouver dans un tel labyrinthe de complexités. Au cœur des sentiers sinueux de l'analyse se trouvent deux obstacles, le caractère raisonnable et le caractère manifestement déraisonnable, lesquels exigent de l'esprit

²⁵ Il est à noter que le présent exposé a été préparé avant que la Cour suprême ne rende sa décision dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, le 7 mars 2008.

juridique qu'il distingue, entre autres nuances, l'examen « poussé » et l'examen « assez poussé ». Il n'est pas facile non plus de faire la distinction entre les questions de fait, les questions de droit et les questions mixtes de droit et de fait. Les juges doivent discerner la « question de droit isolable » qui émane de ce qui serait autrement qualifié de question mixte de fait et de droit. Il s'agit d'un parcours épuisant²⁶.

Je mets au défi quiconque ne serait pas d'accord avec l'observation qui précède de rationaliser les arrêts *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*²⁷ et *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*²⁸, deux décisions de la Cour suprême du Canada rendues respectivement les 22 et 23 mars 2007.

Je vais commencer mon analyse des décisions de la Cour d'appel fédérale sur la norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission en examinant l'arrêt *AVS Technologies Inc. c. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency*²⁹. Dans cette affaire, la cour était appelée à examiner l'interprétation de la Commission à l'égard d'une définition figurant à l'article 79 de la *Loi*. L'interprétation en question permettait de décider si les CD vierges étaient assujettis aux redevances sous le régime de la copie privée. Le juge Linden, s'exprimant au nom de la cour, a déclaré ceci :

[5] À notre avis, il s'agit principalement d'une question de droit, c'est-à-dire de l'interprétation de la loi que la Commission administre. Une telle détermination relève manifestement de la compétence de la Commission. C'est dans son champ d'expertise. Il s'agit d'une question polycentrique qui traite des intérêts des artistes, des fabricants, des importateurs, des consommateurs qui font des enregistrements sonores, des consommateurs qui ne le font pas et ainsi de suite. Le but de la Partie VIII de la *Loi* est principalement économique — c'est-à-dire qu'il vise à rémunérer de façon juste les artistes et autres créateurs pour leur travail en établissant des redevances justes et équitables. Ce sont des questions qui relèvent de l'expertise de la Commission à qui on a confié le pouvoir de décider, notamment, de la manière de fixer les redevances, des personnes qui doivent les acquitter, du montant de ces redevances, ainsi que des conditions de paiement (voir le paragraphe 83(8)). Par conséquent, la Commission doit connaître l'industrie qu'elle réglemente mieux que la Cour. Donc, en appliquant le critère « fonctionnel et pragmatique » de l'arrêt *Pushpanathan c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 982, et après avoir examiné les facteurs énoncés, la norme de contrôle appropriée sur cette question, même en l'absence d'une clause privative, est la norme de la décision manifestement déraisonnable, étant donné qu'il faut faire preuve d'une très grande retenue judiciaire à l'égard de la Commission sur cette question. (Autres causes dans lesquelles cette norme a été appliquée à la Commission sur d'autres questions techniques : *SOCAN c. A.C.R.*, [1999] A.C.F. n° 389 (C.A.F.); *A.C.R. c. SOCAN*, [1994] 58 C.P.R. (3d) 190 (C.A.F.); *Réseau Premier Choix Inc. c. Association canadienne de télévision par câble*, [1997] A.C.F. n° 1723 (C.A.F.).)

²⁶ *Chauvet c. Alberta (Workers' Compensation Board, Appeals Commission)*, 2007 ABCA 155, au paragraphe 17.

²⁷ 2007 CSC 14.

²⁸ 2007 CSC 15 [ci-après *CCD c. VIA Rail*].

²⁹ [2000] A.C.F. n° 960 [ci-après *AVS*].

Donc, en ce qui a trait à l'interprétation de la législation que la Commission applique, notre point de départ est la norme de la décision manifestement déraisonnable.

Dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI (CAF)*, la Cour d'appel fédérale a réexaminé la question de la norme de contrôle applicable dans le contexte de la phase I du tarif Internet de la SOCAN. La demande de contrôle judiciaire dont elle était saisie soulevait les trois questions suivantes. Premièrement, les fournisseurs de services Internet peuvent-ils prétendre fournir uniquement les moyens nécessaires pour que d'autres puissent communiquer et, à ce titre, être à l'abri en application de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi*? Deuxièmement, est-ce qu'une communication a lieu là où se trouve le serveur qui transmet l'information, et ce, uniquement à cet endroit? Troisièmement, les intermédiaires Internet peuvent-ils être tenus de payer des redevances parce qu'ils autorisent la communication de musique transmise par Internet?

Le juge Evans a examiné l'arrêt *AVS*. Il a fait remarquer que le critère du caractère manifestement déraisonnable était rarement utilisé en l'absence d'une clause privative solide et que la cour avait possiblement omis de considérer un critère exigeant une retenue judiciaire moindre. Plus important encore, il a conclu que la cour n'avait pas tenu compte du fait que les questions de droit tranchées par la Commission pourraient également devoir être tranchées par une cour de justice dans l'exercice de sa compétence, en première instance, lors de poursuites pour violation du droit d'auteur.

Le juge Evans a ensuite examiné les décisions antérieures invoquées dans l'arrêt *AVS* et il a conclu qu'elles ne lui étaient pas d'un grand secours. Il a aussi fait remarquer qu'avant de procéder à l'analyse pragmatique et fonctionnelle visant à établir la norme de contrôle applicable, la cour doit d'abord se demander si c'est au tribunal administratif ou à la cour de justice que le législateur avait eu l'intention de conférer l'examen de la question en cause.

Après avoir examiné les facteurs 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 devait examiner les conclusions de droit tirées par la Commission selon la norme de la décision correcte. Il a ajouté que, lorsque la loi habilitante d'un organisme administratif ne prévoit pas de droit d'appel et ne contient pas de clause privative solide, il appert que c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique « par défaut » lors d'un contrôle judiciaire visant l'interprétation et l'application, par le tribunal indépendant et spécialisé, de sa propre loi constitutive. La Commission du droit d'auteur correspond à cette description.

La question se limitait donc à savoir s'il existe des raisons qui justifient d'appliquer une autre norme que celle de la décision déraisonnable à l'égard de la conclusion de la Commission en l'espèce. Le juge Evans a poursuivi son analyse en se demandant quelle serait la norme appropriée lorsque la Commission du droit d'auteur interprète des dispositions de la *Loi* pouvant être invoquées dans des instances judiciaires autres que les demandes de contrôle judiciaire. Dans de telles instances, l'expertise de la Commission ne pourrait être supérieure à celle des cours de justice et la norme de contrôle applicable serait celle de la décision correcte. En fin de compte, le juge Evans a conclu qu'il valait mieux laisser à la Commission le soin d'interpréter les faits tels

qu'elle les avait établis et que les conclusions qu'elle avait tirées à cet égard commandaient davantage de déférence en contrôle judiciaire. En l'absence de clause privative ou de droit d'appel, la norme du caractère simplement raisonnable, plutôt que celle du caractère manifestement déraisonnable, était la norme de contrôle appropriée à l'égard de la décision de la Commission. On aurait pu penser que cela réglait la question de manière définitive, mais ce n'était pas le cas, aussi surprenant que cela puisse paraître.

Dans l'arrêt *SCGDV c. SOCAN*, la Cour d'appel fédérale a procédé de nouveau à une analyse de la norme de contrôle appropriée pour décider si la Commission avait commis une erreur en homologuant un tarif unique. Le juge Evans a conclu que, compte tenu des expertises respectives de la Commission et de la Cour d'appel fédérale et de la nature de la question en litige, la Commission était mieux placée pour décider si elle avait le pouvoir d'homologuer un tarif unique lorsque les parties n'avaient pas proposé un tel tarif ni consenti à son homologation. Il a conclu qu'il s'agissait non pas d'une question de droit pertinente dans le cadre d'une instance pour violation du droit d'auteur, mais bien d'une question de nature spécialisée.

En outre, le juge Evans a fait remarquer que les cours de justice semblent généralement hésitantes à appliquer la norme de la décision manifestement déraisonnable à l'égard des conclusions tirées par les tribunaux administratifs sur des questions de droit lorsque celles-ci ne sont pas protégées par une clause privative solide. Par contre, il a fait une exception et conclu que la norme de contrôle applicable en l'espèce était celle de la décision manifestement déraisonnable. Il en allait ainsi parce que l'alinéa 69(2)b) ainsi que le paragraphe 68(3) de la *Loi* confèrent à la Commission le pouvoir discrétionnaire de réglementation le plus large possible afin qu'elle puisse concilier l'intérêt public et les intérêts économiques divergents des titulaires de droit d'auteur, des fournisseurs de services et des consommateurs. Le juge Evans a également conclu que la Commission devrait jouir d'une latitude particulière dans l'interprétation d'un pouvoir réparateur ou procédural lorsque l'exercice d'un tel pouvoir fait partie intégrante du régime réglementaire complexe.

Aussi, la question de savoir quelles dispositions de la *Loi* sont en jeu dans le cadre du contrôle a une importance capitale. Ces dispositions sont-elles susceptibles d'être invoquées autant dans les cours de justice que devant la Commission? Soulèvent-elles des questions ayant trait au fondement de l'exercice du pouvoir de la Commission et qui, par conséquent, ne sont pas susceptibles d'être invoquées dans une poursuite pour violation du droit d'auteur? Soulèvent-elles plutôt de questions de procédure qui permettraient d'établir un équilibre entre les intérêts des utilisateurs, des titulaires de droit d'auteur et des fournisseurs de services?

On peut facilement constater, à la lumière de ce qui précède, que la question de la norme de contrôle est loin d'être claire. La Cour suprême semble continuer de consacrer une quantité incroyable d'énergie et de papier à brouiller les cartes. C'est en tout cas ce que démontre l'arrêt *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*³⁰. Dans cette affaire, le juge Major, au nom de la cour, a statué qu'au moment de décider quelle norme de contrôle s'applique, il faut s'en remettre à l'intention du législateur³¹. Lorsque le degré de retenue

³⁰ 2004 CSC 23 [ci-après *Voice Construction*].

³¹ *Voice Construction*, au paragraphe 18.

prescrit par le législateur à l'égard de la décision du tribunal administratif est faible, voire nul, il convient d'appliquer la norme de la décision correcte; tandis que, lorsqu'il prescrit ou mentionne une retenue considérable, c'est la norme de la décision manifestement déraisonnable qui s'applique. Le juge Major a toutefois fait remarquer que, lorsqu'il s'agit d'examiner la décision rendue par un arbitre dans le cadre d'un régime comportant une clause privative faible, les cours de justice hésitent à utiliser le critère du caractère manifestement déraisonnable et s'en remettent plutôt au critère du caractère raisonnable. On pourrait penser que c'est la norme de la décision manifestement déraisonnable qui s'applique dans le cas d'une décision rendue par un tribunal spécialisé, habilité par une loi ancrée dans des politiques d'intérêt général, où la nature de la question relève clairement de l'expertise du tribunal et où la décision attaquée est protégée par une clause privative absolue. Ce n'est cependant pas toujours le cas.

Les cours de justice ont déclaré que la norme de contrôle applicable serait déterminée dans chaque cas en procédant à l'analyse fonctionnelle et pragmatique, telle qu'énoncée dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*³². À mon avis, cela amène les tribunaux à consacrer d'innombrables heures et quantité d'énergie à décider ce qui devrait pourtant être évident dès le départ.

À mon avis, nous consacrons beaucoup trop de temps à déterminer s'il existe ou non une clause privative et s'il s'agit d'une clause privative partielle, absolue, etc. Les cours d'appel devraient s'employer à trancher les questions en litige et à rendre des décisions justes. Si une décision semble raisonnable, c'est parce que les motifs fournis appuient globalement la conclusion. Lorsqu'une décision est déraisonnable, la cour devrait certainement intervenir pour y remédier. Cela est d'autant plus vrai dans les cas où la différence entre le contrôle judiciaire et la révision en appel est devenue si floue qu'il est presque impossible d'en faire la distinction. Tout a commencé avec l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*³³, dans lequel un droit d'appel absolu et non limité à des questions de droit à l'égard de la décision d'un tribunal administratif était traité comme une demande de contrôle judiciaire. Mais il s'agit là d'un sujet pour un autre débat.

En conclusion, permettez-moi de souligner que les décisions de la Commission du droit d'auteur ne sont pas protégées par une clause privative et que la *Loi* ne prévoit aucun droit d'appel. L'absence de ces deux éléments n'a toutefois pas empêché le juge Evans d'appliquer la norme de la décision manifestement déraisonnable à l'égard de l'interprétation législative qu'avait faite la Commission dans l'affaire *SCGDV c. SOCAN*. Cela indique clairement que la Commission devrait pouvoir interpréter sa loi constitutive librement et être à l'abri de l'intervention judiciaire, à moins qu'elle ne rende une décision manifestement déraisonnable. Sur ce point, le juge Evans et moi sommes d'accord.

³² [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 27.

³³ [1994] 2 R.C.S. 557.

Le caractère adéquat des motifs de décision

Récemment, dans l'arrêt *ACR c. SOCAN (2006)*³⁴, la Commission a vu une de ses décisions être annulée en Cour d'appel fédérale. La cour a conclu à l'unanimité que les motifs fournis par la Commission au sujet de la quantification de l'augmentation des redevances justifiaient l'intervention, parce que la Commission n'avait pas expliqué adéquatement la quantification de l'augmentation. L'affaire a donc été renvoyée à la Commission pour qu'elle « tranche à nouveau les questions litigieuses à l'égard desquelles les motifs qui ont été prononcés ont été jugés insuffisants ». Les motifs en question concernaient la sous-estimation antérieure de la valeur de la musique ainsi que l'efficacité accrue des stations de radio commerciales grâce à leur utilisation de la musique. Le juge Evans a réitéré la norme de contrôle appropriée en déclarant ce qui suit :

[16] La Commission a droit à la plus grande retenue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'elle possède de fixer un taux; les décisions discrétionnaires qui relèvent de son expertise sont donc uniquement susceptibles de révision compte tenu de leur caractère manifestement déraisonnable. Toutefois, il faut expliquer le fondement de la décision d'une manière qui permet à la Cour, dans le cadre d'un examen judiciaire, de déterminer, sur la base des motifs considérés selon le contexte, si la décision était rationnellement justifiable. Lorsque la décision d'un tribunal administratif est susceptible de révision selon la norme du caractère raisonnable, l'examen judiciaire est fondamentalement axé sur ces motifs : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, paragraphes 48 et 49 ainsi que 54 et 55.

Il s'est appuyé sur les paragraphes 17 à 22 de l'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*³⁵ pour établir ceci :

[11] Le « caractère suffisant » doit être évalué à la lumière des fonctions remplies par les motifs : accroître la qualité des décisions, garantir aux parties que leurs observations ont été prises en considération, permettre d'assujettir la décision à un examen judiciaire valable et fournir une ligne de conduite future aux personnes réglementées [...] Et ce qui est tout aussi important, il faut apprécier le caractère suffisant des motifs par rapport au contexte dans lequel ils s'inscrivent, notamment le dossier du décideur, les questions litigieuses auxquelles les motifs se rapportent et l'étendue de l'expertise du décideur.

Le juge Evans a reconnu que la difficulté, pour la Commission, de justifier la quantification de la sous-estimation en se référant simplement à l'ensemble de la preuve découlait en partie du fait que l'ACR n'avait pas présenté de preuve indiquant les taux de rendement respectifs des stations de radio qui utilisaient beaucoup de musique et de celles qui ne le faisaient pas. Il a en outre reconnu que les parties ont la responsabilité de produire des éléments de preuve pertinents à l'appui de leur position. Ce n'était pas le cas en l'espèce. En dépit de cela, le juge Evans a conclu que les lacunes dans les motifs de la Commission justifiaient une intervention.

³⁴ 2006 CAF 337 [ci-après *ACR c. SOCAN (2006)*].

³⁵ [2001] 2 C.F. 25 (C.A.).

L'arrêt *ACR c. SOCAN (2006)* de la Cour d'appel fédérale a été rendu avant que la Cour suprême du Canada ne statue dans l'arrêt *CCD c. VIA Rail*. Dans cet arrêt, la Cour suprême a fait la déclaration suivante :

[103] Mais peu importe le qualificatif employé pour décrire la norme du caractère raisonnable applicable, la cour de révision devrait faire montre de déférence lorsque « les motifs, considérés dans leur ensemble, sont soutenables comme assise de la décision » (*Ryan*, par. 56) ou si « la décision [du tribunal spécialisé pourrait] être maintenue selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit » (*National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1369, le juge Gonthier). Le « caractère flagrant ou évident », pour la cour de révision, d'une erreur d'analyse n'est pas, face à l'inévitable subjectivité que cela comporte, un indice fiable pour déterminer si une décision donnée est insoutenable ou si elle reflète une interprétation déraisonnable des faits ou du droit.

[104] [...] [C]'est sur la façon dont un tribunal interprète la question à laquelle sa loi habilitante lui demande de répondre et les facteurs dont il doit tenir compte, et non sur la réponse précise à laquelle il arrive, que devrait porter l'enquête de la cour de révision :

On doit [...] commencer par se demander [...] si ce tribunal a interprété d'une manière manifestement déraisonnable les dispositions de sa loi constitutive qui précisent la façon dont il doit procéder pour répondre à des questions particulières. Si le tribunal n'a pas donné à sa loi constitutive une interprétation manifestement déraisonnable, les cours de justice ne doivent pas alors entreprendre une étude approfondie de la question de savoir si les conclusions du tribunal sont déraisonnables.

Entreprendre une étude approfondie des conclusions précises d'un tribunal, dans le cas où on ne peut pas dire qu'il a interprété sa loi constitutive d'une manière irrationnelle ou déraisonnable, constituerait une incursion injustifiée dans le domaine de la réévaluation de la preuve. Lorsqu'un tribunal spécialisé a établi une méthode d'analyse appropriée à ses besoins et que ses motifs servent de guide rationnel, les cours de révision ne devraient pas modifier à la légère son interprétation et son application de sa loi habilitante.

Ces observations donnent à penser que l'arrêt *ACR c. SOCAN (2006)* ne reflète plus l'état actuel du droit. Je ferais remarquer que la Cour suprême a conclu que les motifs de la Commission n'ont pas besoin d'être écrits dans le but d'aider une cour de révision et, plus important encore, qu'ils doivent seulement, considérés dans leur ensemble, être soutenables comme assise de la décision. Il semble s'agir d'une norme beaucoup moins rigoureuse que celle employée par la Cour d'appel fédérale.

En se fondant sur l'arrêt *Voice Construction*, on peut soutenir que le caractère raisonnable d'une décision devrait être évalué non pas en décortiquant chaque facette de la décision, mais en considérant celle-ci dans son ensemble. Dans la mesure où la décision attaquée s'inscrit dans la sphère du raisonnable, les cours de justice ne devraient pas intervenir. Requérir d'un décideur expert en son domaine qu'il justifie la détermination d'une valeur se situant clairement dans la

sphère du raisonnable semble aller à l'encontre des décisions rendues par la Cour suprême dans *Voice Construction* et *VIA Rail*.

Conclusion

Pour conclure, je me permets d'affirmer que l'incertitude n'épargne personne. Afin de clarifier la situation, la Commission continuera d'appliquer le droit de façon cohérente et logique, tout en conciliant les intérêts divergents des titulaires de droit d'auteur, des utilisateurs et du public. Ce n'est pas toujours facile, comme en témoignent les propos non éclairés de certains éditorialistes du *National Post* au sujet de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale du 10 janvier 2008 dans *Apple Canada Inc. c. Société canadienne de perception de la copie privée*³⁶ ainsi que les commentaires formulés par l'Association canadienne des radiodiffuseurs à la suite de la décision de la Commission sur le tarif de la radio commerciale, laquelle a été examinée dans l'arrêt *ACR c. SOCAN (2006)*.

Je terminerai en formulant un dernier commentaire. Selon moi, il conviendrait d'abandonner la pratique consistant à attaquer des questions ayant été concédées devant la Commission par voie de contrôle judiciaire. Comme la Commission l'a fait remarquer dans sa décision sur le tarif 22.A :

Contester par voie de contrôle judiciaire une question qui a été concédée devant la Commission pourrait déclencher l'application de certains principes visant les contestations indirectes de décisions administratives, point que la Cour examinera certainement. D'autres pourraient vouloir garder à l'esprit les conséquences pratiques de cette façon de faire. Si une proposition juridique concédée devant la Commission peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, la Commission n'aura d'autre choix que de vérifier chaque principe juridique fondant chacune de ses décisions, y compris les principes que personne n'a attaqués. La Commission insisterait alors pour que les parties fournissent, sans nul doute à des frais élevés, les éléments de preuve nécessaires pour traiter chacune des questions : voir, par exemple, le paragraphe 38 de la décision *SOCAN 24*, où la Commission se penche sur la question de savoir si une sonnerie constitue une partie importante d'une œuvre selon le paragraphe 3(1) de la Loi, justement pour éviter pareille contestation³⁷.

Cette pratique ne fait que prolonger des instances qui prennent déjà beaucoup de temps.

³⁶ 2008 CAF 9.

³⁷ Décision sur le tarif 22.A, note 20, au paragraphe 91.