

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]

**Société du barreau du Haut-Canada
15^e Congrès biennal national**

**Nouveaux développements en droit et
politiques des communications**

**Ottawa (Ontario)
Le 23 avril 2010**

C'est avec un grand intérêt que j'ai lu l'introduction de la dernière publication de mon ami Peter Grant. Ce qui m'a le plus intéressé, bien entendu, est la façon dont les décisions de la Commission du droit d'auteur ont passé avec succès le contrôle judiciaire compte tenu des questions soulevées, à savoir quelle est l'incidence des cours de justice sur la réglementation relative aux communications et au droit d'auteur au Canada, et les questions subséquentes qui ont été posées. Dans le cadre de leur fonction de surveillance des décisions des tribunaux, les cours de justice ont-elles limité les excès ou ont-elles entravé l'efficacité des organismes ou des tribunaux? J'ai été à la fois réviseur et révisé, et je conclus que très peu d'excès sont commis ou ont été commis en ce qui concerne les limitations et que les cours de justice n'ont pas compromis l'efficacité de la Commission durant la période examinée.

Le taux de succès des contrôles judiciaires est intéressant, mais au bout du compte il n'est pas concluant. Il existe différentes façons d'examiner le bilan de la Commission du droit d'auteur en matière de contrôle judiciaire. Premièrement, compte tenu du nombre de demandes de contrôle judiciaire présentées et du peu de réussites, force est de constater que les décisions de la Commission sont solides. En deuxième lieu, il est évident que les décisions de la Commission cadrent avec le mandat qui lui est conféré en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Le taux de réussite ou la cote obtenue revêt un plus grand intérêt pour un avocat que pour la Commission. Pour la Commission, à titre d'organisme de réglementation, une décision, même si elle est contraire à la sienne, apporte de la certitude, car elle permet au moins à la Commission de connaître la limite de son pouvoir de décision.

Pour répondre à la première question, à savoir si les contrôles judiciaires ont permis de limiter les excès, je répondrai oui, mais avec une certaine réserve. Les exemples les plus éloquentes de limitation des excès, du moins du point de vue de la Commission, sont les décisions de la Cour d'appel fédérale (CAF) sur le régime de copie pour usage privé (*SCPCP c. Canadian Storage Media Alliance et al.; Apple Canada Inc. c. SCPCP*), qui portent sur la mémoire intégrée dans un lecteur MP3 et sur les lecteurs comme tels.

Dans la première décision, la Cour a conclu que la mémoire intégrée n'était pas un « support audio ». 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 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. Une autre conséquence 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 demandé à la Commission d'homologuer un tarif relatif au lecteur MP3, car ce dispositif correspondait à la définition existante. La Commission était du même avis et était prête à établir un tarif pour un lecteur MP3 ou un iPod. Les opposants ont présenté encore une fois une demande de contrôle judiciaire et, dans une décision de huit « paragraphes incisifs », la CAF a annulé la décision de la Commission une fois de plus.

Premièrement, du point de vue de la Commission, le fait que ces deux décisions soient annulées, soit environ 12 % des décisions ayant fait l'objet d'un contrôle judiciaire, n'a guère d'importance. Bien entendu, la Commission n'aime pas que ses décisions soient infirmées, mais ce qui est le plus important c'est la certitude qu'une décision confère au régime d'établissement des taux. Nous savons, par exemple, que toute tentative de la SCPCP, dans l'état actuel du droit, d'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 n'ai jamais rédigé une décision en me demandant ce que la CAF pourrait bien en penser. 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 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.

Je connais le système et je sais qu'il y a différentes interprétations et des points de vue divergents. En ce qui a trait à la Commission du droit d'auteur, selon moi, la Cour a limité ce qu'elle considérerait comme un abus de compétence relativement au régime de copie pour usage privé. On pourrait conclure que, d'après la CAF, la Commission a dépassé les bornes et cherchait à déterminer, étant donné la logique de la situation, que la mémoire intégrée ou l'iPod comme tel correspondait à la définition du support audio, de sorte qu'une redevance soit perçue.

Selon moi, compte tenu de la norme de contrôle appliquée au cours des vingt dernières années, les cours de justice n'ont pas nui à l'efficacité de la Commission du droit d'auteur. Au contraire, elles ont amélioré l'efficacité de la Commission, en raison de la retenue dont la Cour fait preuve à l'égard des décisions de celle-ci.

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 perplexes 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. 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 le résultat et pour expliquer la démarche suivie aux fins de l'établissement du tarif.

Selon moi, une telle conclusion, bien qu'il n'y ait eu aucune suite, 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'ACR, 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 remédié à ce manquement en présentant assez d'éléments de preuve 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 auparavant. La CAF constitue-t-elle un obstacle? Pas vraiment. Cependant, cette décision soulève certaines questions déconcertantes.

Je me pencherai 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, la norme de contrôle applicable était la norme de la décision manifestement raisonnable pour ce qui est de l'interprétation de la loi relevant de la compétence et de l'expertise de la Commission.

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. La demande soulevait trois questions. Premièrement, les fournisseurs de services Internet peuvent-ils affirmer qu'ils ne fournissent à d'autres que des moyens de télécommunications nécessaires et, par conséquent se prévaloir de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi*? En deuxième lieu, une communication ne s'effectue-t-elle qu'à l'endroit où se trouve le serveur à partir duquel l'information est transmise, et uniquement à cet endroit? Troisièmement, les intermédiaires Internet peuvent-ils être assujettis au paiement de redevances au motif qu'ils autorisent la communication d'œuvres musicales sur Internet?

Le juge Evans a examiné la décision *AVS* et a constaté que la Cour avait peut-être passé outre une norme qui commandait moins de déférence. 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 aussi 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.

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 l'organisme, comme la Commission du droit d'auteur.

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 des questions 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. Il a finalement conclu que les questions relatives à l'interprétation des faits, comme celles que la Commission avait 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 auquel la CAF a procédé dans 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 les décisions de la CAF et de la CSC qui datent 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 contrôles, 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.