

## [EYB2023REP3563](#)

Repères, Janvier 2023

Yann CANNEVA\*

**Commentaire sur la décision Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Entertainment Software Association – Musique diffusée en continu, passez GO, mais juste une fois**

### **Indexation**

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ; DROIT ADMINISTRATIF**

---

### **TABLE DES MATIÈRES**

#### **INTRODUCTION**

#### **I– LES FAITS**

#### **II– LES MOTIFS DE LA COUR SUPRÊME**

##### **A. Norme de contrôle**

#### **III– LE PARAGRAPHE 2.4(1.1) LDA MET-IL EN PLACE UNE REDEVANCE ADDITIONNELLE POUR LA MISE À DISPOSITION ?**

#### **IV– LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR**

#### **CONCLUSION**

#### **Résumé**

*L'auteur commente cette décision dans laquelle la Cour suprême devait trancher la question du nombre de redevances à appliquer en matière de musique diffusée en continu par Internet aux utilisateurs (services de « streaming »). L'intervention de la Cour fut rendue nécessaire par la position adoptée par la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (ci-après « SOCAN ») à la suite des modifications législatives à la Loi sur le droit d'auteur, d'appliquer dorénavant deux redevances, soit (1) lorsqu'une pièce musicale est mise à la disposition du public sur le serveur du service d'écoute en continu, peu importe si la pièce est utilisée ou non par l'utilisateur et (2) lorsque la même pièce est diffusée en continu ou téléchargée par l'utilisateur.*

#### **INTRODUCTION**

Dans la décision *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Entertainment Software Association*<sup>1</sup>, la Cour suprême rendait, le 15 juillet 2022, une décision attendue relativement aux redevances dues en matière de musique diffusée par Internet aux utilisateurs. Il existait en effet une ambiguïté à la suite de l'introduction du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>2</sup> (ci-après « LDA ») : les obligations du Canada en vertu de traités internationaux justifiaient-elles de modifier la manière dont les redevances sont calculées ?

Pour trancher la question, la Cour suprême était à nouveau appelée à se pencher sur la question de la neutralité technologique voulant qu'un auteur ne devrait pas être défavorisé ou favorisé en fonction, par exemple, du type de médium utilisé par l'utilisateur pour écouter une oeuvre musicale.

La Cour suprême profite également de l'occasion afin de régler une fois pour toutes, souhaitons-le, la question de la norme de contrôle à appliquer en matière de compétence partagée entre les cours de justice et les instances administratives créées en vertu des lois sur la propriété intellectuelle.

## I– LES FAITS

En 1997, le Canada signe le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur (ci-après le « Traité »). Il s'agit de l'un des deux traités internationaux négociés en 1996 qui établissent les droits et mesures de protection des auteurs sur leurs oeuvres dans l'environnement numérique. L'article 8 de ce Traité, qui est pertinent dans le pourvoi, indique :

Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2<sup>o</sup>), 11bis.1)1<sup>o</sup>) et 2<sup>o</sup>), 11ter.1)2<sup>o</sup>), 14.1)2<sup>o</sup>) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs oeuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs oeuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.

Peu après, la LDA est modifiée par la *Loi sur la modernisation du droit d'auteurs*<sup>3</sup> (ci-après la « LMDA »). Ainsi, le paragraphe 2.4(1.1) est introduit à la LDA afin de clarifier l'alinéa 3(1)f) et stipule de cette même loi :

Pour l'application de la [LDA], constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une oeuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

En 2012, la Cour suprême se prononce à deux reprises sur la portée de l'alinéa 3(1)f) LDA qui confère aux auteurs le droit de « communiquer au public, par télécommunication, une oeuvre ». Dans l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*<sup>4</sup>(ci-après « ESA »), la Cour conclut que la transmission d'une oeuvre musicale sur Internet qui entraîne son téléchargement n'équivaut pas à une

communication par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f). Dans l'arrêt *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (ci-après « *Rogers* »), la Cour conclut que les diffusions en continu sur demande étaient visées par l'alinéa 3(1)f).

Après l'entrée en vigueur de la LMDA, la Commission du droit d'auteur du Canada (ci-après la « Commission ») invite toutes les parties concernées à présenter leurs observations sur le sens à donner au paragraphe 2.4(1.1). L'une d'elles, la SOCAN, qui gère le droit conféré par l'alinéa 3(1)f) de « communiquer » des oeuvres musicales pour le compte de titulaires du droit d'auteur, soutient que cette disposition rend caduc l'arrêt *ESA*. La SOCAN souhaite dorénavant que des redevances soient versées par les entités, comme celles qui fournissent des services de musique en diffusion continue, lorsqu'elles mettent des oeuvres musicales sur leurs serveurs Internet de manière que leurs utilisateurs finaux puissent y avoir accès, peu importe que les oeuvres musicales soient par la suite transmises aux utilisateurs au moyen de téléchargements ou de diffusions en continu, ou non transmises. Après avoir entendu les observations présentées par les parties concernées, la Commission se prononce sur plusieurs questions juridiques, notamment : est-ce qu'en vertu du paragraphe 2.4(1.1) LDA, un service de musique en ligne communique au public par télécommunication une oeuvre lorsque celui-ci place une copie de cette oeuvre sur un serveur à partir duquel le public peut la télécharger ?

La Commission répond affirmativement à cette question et accepte le point de vue de la SOCAN. Ainsi, deux redevances seraient payables lorsqu'une oeuvre est rendue disponible en ligne, soit : (1) lorsqu'elle est mise à la disposition du public en ligne et (2) lorsqu'elle est diffusée en continu ou téléchargée. Selon la Commission, une interprétation plus stricte du paragraphe serait contraire aux obligations internationales du Canada énoncées à l'article 8 du Traité qui exige que les États membres offrent une protection distincte et justifiant rémunération à l'égard de l'acte de « mise à la disposition d'une oeuvre ».

La décision de la Commission fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour d'appel fédérale quant à l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) LDA. La Cour d'appel fédérale conclut que la décision de la Commission était déraisonnable puisqu'elle a accordé trop de poids à l'article 8 du Traité plutôt que de se concentrer sur le sens du paragraphe 2.4(1.1) LDA. Si elle l'avait fait, elle aurait constaté que le Parlement ne souhaitait pas créer un nouveau droit de mise à la disposition justifiant rémunération. Ainsi, la Cour d'appel fédérale rejette l'interprétation donnée au paragraphe 2.4(1.1) LDA par la Commission sans toutefois lui en donner un nouveau.

La Cour suprême est finalement saisie de la question afin de confirmer ou d'infirmier l'interprétation donnée au paragraphe 2.4(1.1) LDA par la Commission.

## **II– LES MOTIFS DE LA COUR SUPRÊME**

### **A. Norme de contrôle**

L'arrêt de la Cour suprême vient tout d'abord souligner une certaine incertitude qui régnait suite

à l'arrêt *Vavilov*<sup>6</sup> relativement aux critères de révision à appliquer aux décisions de la Commission en présence d'une compétence partagée avec les cours de justice.

En effet, le régime législatif en propriété intellectuelle représente une certaine anomalie du système de justice où tant les instances administratives que les cours de justice sont appelées à interpréter certaines dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* ou la *Loi sur les marques de commerce*<sup>7</sup> de manière concurrente.

Or, l'arrêt *Rogers* de la Cour suprême rendu en 2012 avait statué que les décisions de la Commission ne devaient pas recevoir un degré élevé de déférence dans les cas où cette dernière statue sur des dispositions pour lesquelles leur expertise est partagée avec les cours de justice. Dans ce contexte, la norme de la décision correcte avait été appliquée par la Cour plutôt que la norme de la décision raisonnable.

Tel que le reconnaît la Cour suprême dans l'arrêt sous analyse, l'arrêt *Vavilov* est venu renverser la jurisprudence antérieure et les arrêts où la norme de la décision correcte a été appliquée doivent être réexaminés à la lumière de *Vavilov*<sup>8</sup>.

La majorité vient confirmer que la norme de la décision correcte s'applique dans les cas de compétence partagée et qu'il convient de reconnaître une nouvelle catégorie qui n'était pas spécifiquement prévue dans *Vavilov*. De son côté, la dissidence des juges Karakatsanis et Martin est plutôt d'avis que de déroger à *Vavilov* et d'ouvrir une autre catégorie d'exception « bafoue le principe du *stare decisis* et [...] va directement à l'encontre de la primauté du droit »<sup>9</sup>. Pour la dissidence, le choix de ne pas inclure la compétence partagée dans les exceptions prévues par *Vavilov* démontrait que l'arrêt *Rogers* avait été infirmé sur la question.

Deux raisons motivent la décision de la majorité, soit l'intention du législateur et la primauté du droit. La majorité fait d'abord un parallèle avec l'exception à l'application de la décision raisonnable où la loi habilitante prévoit expressément un mécanisme d'appel tel que reconnu dans *Vavilov*. La compétence concurrente démontre de la même manière l'intention du législateur de faire intervenir les cours de justice. Quant au principe de primauté du droit, la majorité confirme l'arrêt *Rogers* en statuant que la compétence concurrente risque de soumettre la même question juridique à deux normes selon que la question soit soulevée devant la Commission ou devant la Cour. Cette situation permettrait également des interprétations contradictoires en jurisprudence si une déférence accrue était dévolue aux décisions de la Commission.

Contrairement à l'avis de la dissidence, la majorité estime que la compétence concurrente n'avait pas été traitée dans *Vavilov* et que de permettre une nouvelle exception vient donner effet à *Vavilov* plutôt que l'inverse.

### **III– LE PARAGRAPHE 2.4(1.1) LDA MET-IL EN PLACE UNE REDEVANCE ADDITIONNELLE POUR LA MISE À DISPOSITION ?**

La Cour suprême vient d'abord réaffirmer certains principes en matière d'interprétation des législatives en contexte d'intégration de traités internationaux en droit canadien. La Cour

rappelle que l'analyse du traité est pertinente à l'étape du contexte dans l'interprétation des lois, mais que le texte de loi doit malgré tout primer. L'analyse de la Cour en l'espèce l'amène à conclure que « le Parlement voulait mettre en oeuvre les obligations du Canada découlant de l'article 8 au moyen du paragraphe 2.4(1.1) »<sup>10</sup>.

Malgré tout, la Cour suprême conclut que l'article 8 du Traité ne commande pas l'interprétation donnée par la Commission et que les obligations internationales du Canada peuvent être remplies avec le paiement d'une seule redevance.

En effet, la Cour rappelle que sa jurisprudence précédente dans *ESA* et *Rogers* établissait qu'un téléchargement équivaut à une reproduction au sens de l'alinéa 3(1)a) LDA, faisant intervenir le droit de reproduction de l'oeuvre, tandis que la diffusion en continu équivaut à une communication au sens de l'alinéa 3(1)f) LDA, faisant intervenir le droit distinct d'exécution de l'oeuvre.

La Cour reconnaît ainsi que chaque droit prévu à l'alinéa 3(1) LDA représente des droits distincts et qu'une activité y étant prévue ne peut faire intervenir qu'un seul droit<sup>11</sup>. Pour connaître quel droit s'applique, il faut analyser l'utilisation qui est faite de l'oeuvre.

Il existe une différence fondamentale entre l'utilisation d'une diffusion en continu et d'un téléchargement. La première représente une exécution passagère : « [l]orsqu'elle est terminée, il n'en reste plus que le souvenir »<sup>12</sup>, alors que le second représente une reproduction et « donne à l'utilisateur une copie durable de l'oeuvre »<sup>13</sup>.

L'interprétation de la Commission revient à transformer le téléchargement en deux activités distinctes, justifiant chacune une redevance, ce qui n'est pas compatible avec le texte, la structure et l'objet de la LDA.

Ainsi, si une oeuvre est téléchargée, une seule redevance doit être payée pour la reproduction de l'oeuvre par téléchargement.

Si une oeuvre est disponible en continu, une seule redevance doit être payée pour la communication de l'oeuvre. La mise à la disposition de l'oeuvre sur le serveur et sa communication éphémère à un certain moment dans le temps sont parties d'un seul et même acte de communication.

Au surplus, cette interprétation de la Commission viole le principe de la neutralité technologique. Tel que l'explique la Cour suprême :

Si la *Loi sur le droit d'auteur* accorde aux auteurs le droit de recevoir certaines redevances lorsque leurs oeuvres sont reproduites ou exécutées hors ligne, le principe de la neutralité technologique a pour effet de préserver le droit des auteurs à recevoir les mêmes redevances lorsque leurs oeuvres sont reproduites ou exécutées en ligne. Corollairement, il protège aussi les utilisateurs en empêchant les auteurs d'obtenir plus de redevances simplement parce que leurs oeuvres sont reproduites ou exécutées en ligne.<sup>14</sup>

Or la Cour ne se rend pas à l'argument voulant que le Parlement ait souhaité déroger à ce

principe. La Cour souligne que « Ce qui compte, c'est *ce que* l'utilisateur reçoit, et non la *manière* dont il le reçoit »<sup>15</sup>. Si cette interprétation était retenue, il y aurait alors un déséquilibre entre les droits des auteurs et des utilisateurs en faveur des premiers.

La Cour Suprême confirme donc la décision de la Cour d'appel fédérale ayant infirmé la décision de la Commission.

#### IV– LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR

La Cour suprême a eu maintes fois l'occasion de se pencher sur l'équilibre entre l'intérêt des auteurs d'obtenir une juste compensation pour leur labeur et l'intérêt des utilisateurs d'avoir accès aux oeuvres. Certes, l'ère numérique a opéré un déséquilibre de l'industrie musicale ayant permis aux utilisateurs d'avoir accès facilement aux oeuvres musicales de leurs artistes préférés.

Tel que le rappelle la Cour dans cet arrêt, un utilisateur ne devrait pas être pénalisé selon le médium choisi pour écouter les oeuvres, tant que l'auteur reçoit une compensation adéquate à travers le processus. L'auteur d'une composition musicale ne bénéficie en effet pas d'une compensation pour avoir mis son oeuvre à la disposition du public en écrivant ladite oeuvre. Le droit à la compensation intervient seulement si la composition en question est jouée en concert devant public.

#### CONCLUSION

Finalement, la Cour suprême semble enfin mettre un terme à l'incertitude qui régnait autour de la déférence à accorder aux instances administratives en matière de propriété intellectuelle. Depuis 2012, la question semblait tranchée, la Cour suprême ayant ouvert la porte à la norme de la décision correcte dans l'arrêt *Rogers* pour les matières de compétence concurrente. La consécration de la norme de la décision correcte s'avère bienvenue pour les praticiens qui pourront ainsi plaider avec davantage de certitude cette question.

---

\* M<sup>e</sup> Yann Canneva est avocat et agent de marques de commerce chez Langlois Avocats. Il s'occupe d'une variété de dossiers liés à la propriété intellectuelle. Il tient à remercier Alexandra Provost, étudiante en droit pour sa collaboration à la rédaction du présent texte.

[1.](#) 2022 CSC 30, [EYB 2022-455126](#).

[2.](#) LRC 1985, c C-42.

[3.](#) LC 2012, c 20.

[4.](#) 2012 CSC 34, [EYB 2012-20893](#).

[5.](#) 2021 CSC 35, [EYB 2021-415846](#).

[6.](#) *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, [2019] 4 RCS 653, [EYB 2019-335761](#).

[7.](#) LRC 1985, c T-13.

- [8.](#) Par. 25 de la décision commentée.
- [9.](#) Par. 30 de la décision commentée.
- [10.](#) Par. 49 de la décision commentée.
- [11.](#) Par. 55. de la décision commentée
- [12.](#) Par. 56 de la décision commentée.
- [13.](#) *Ibid.*
- [14.](#) *Ibid*, par. 69.
- [15.](#) Par. 60 de la décision commentée.