



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Université York c.
Canadian Copyright Licensing
Agency (Access Copyright),
2021 CSC 32

APPEL ENTENDU : 21 mai 2021
JUGEMENT RENDU : 30 juillet
2021
DOSSIER : 39222

ENTRE :

Université York
Appelante

et

Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright »)
Intimée

- et -

Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC), Authors Alliance, Ariel Katz, Association canadienne des bibliothèques de droit, Association canadienne des professeures et professeurs d'université, Fédération canadienne des étudiantes et étudiants, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Centre de droit des affaires et du commerce international, Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, Société de perception de droit d'auteur du Canada, Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, Société collective de retransmission du Canada, CONNECT Music Licensing Service Inc., Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Association canadienne des producteurs médiatiques, Association québécoise de la production médiatique, International Authors Forum, Fédération Internationale des Organisations de Droits de Reproduction, Union internationale des éditeurs, Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers' Council, Writers' Union of Canada, Association des bibliothèques de recherche du Canada, Consortium du droit d'auteur du Conseil des Ministres de l'Éducation (Canada), Music

Canada, Éditeurs de Musique au Canada, Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, Association des professionnels de l'édition musicale, Canadian Independent Music Association, Collèges et Instituts Canada et Universités Canada
Intervenants

ET ENTRE :

Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright »)
Appelante

et

Université York
Intimée

- et -

Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC), Authors Alliance, Ariel Katz, Association canadienne des bibliothèques de droit, Association canadienne des professeures et professeurs d'université, Fédération canadienne des étudiantes et étudiants, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Centre de droit des affaires et du commerce international, Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Société de perception de droit d'auteur du Canada, Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, Société collective de retransmission du Canada, CONNECT Music Licensing Service Inc., Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers' Council, Writers' Union of Canada, Association des bibliothèques de recherche du Canada, Music Canada, Éditeurs de Musique au Canada, Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, Association des professionnels de l'édition musicale, Canadian Independent Music Association et Universités Canada
Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer

MOTIFS DE JUGEMENT : La juge Abella (avec l'accord du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer)
(par. 1 à 108)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

Université York

Appelante

c.

Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright »)

Intimée

et

**Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC),
Authors Alliance,
Ariel Katz,
Association canadienne des bibliothèques de droit,
Association canadienne des professeures et professeurs d'université,
Fédération canadienne des étudiantes et étudiants,
Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-
Glushko,
Centre de droit des affaires et du commerce international,
Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce
électronique,
Société de perception de droit d'auteur du Canada,
Agence canadienne des droits de reproduction musicaux Itée,
Société collective de retransmission du Canada,
CONNECT Music Licensing Service Inc.,
Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de
vidéogrammes du Québec,
Association canadienne des producteurs médiatiques,
Association québécoise de la production médiatique,
International Authors Forum,
Fédération Internationale des Organisations de Droits de Reproduction,
Union internationale des éditeurs,
Association of Canadian Publishers,
Canadian Publishers' Council,
Writers' Union of Canada,
Association des bibliothèques de recherche du Canada,
Consortium du droit d'auteur du Conseil des Ministres de l'Éducation (Canada),
Music Canada,
Éditeurs de Musique au Canada,**

**Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo,
Association des professionnels de l'édition musicale,
Canadian Independent Music Association,
Collèges et Instituts Canada et
Universités Canada**

Intervenants

- et -

Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright »)

Appelante

c.

Université York

Intimée

et

**Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC),
Authors Alliance,
Ariel Katz,
Association canadienne des bibliothèques de droit,
Association canadienne des professeures et professeurs d'université,
Fédération canadienne des étudiantes et étudiants,
Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-
Glushko,
Centre de droit des affaires et du commerce international,
Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce
électronique,
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique,
Société de perception de droit d'auteur du Canada,
Agence canadienne des droits de reproduction musicaux Itée,
Société collective de retransmission du Canada,
CONNECT Music Licensing Service Inc.,
Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de
vidéogrammes du Québec,
Association of Canadian Publishers,
Canadian Publishers' Council,
Writers' Union of Canada,**

**Association des bibliothèques de recherche du Canada,
Music Canada,
Éditeurs de Musique au Canada,
Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo,
Association des professionnels de l'édition musicale,
Canadian Independent Music Association et
Universités Canada**

Intervenants

Répertoire : Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)

2021 CSC 32

N° du greffe : 39222.

2021 : 21 mai; 2021 : 30 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Tarifs — Exécution —
Utilisation équitable — Jugement déclaratoire — Homologation d'un tarif provisoire
pour les établissements d'enseignement postsecondaire accordée à une société de
gestion — Refus d'une université de payer les redevances prévues au tarif provisoire
pour ses activités de reproduction — Recours en exécution intenté par la société de
gestion — Demande reconventionnelle présentée par l'université sollicitant un
jugement déclarant que les reproductions relevant de ses lignes directrices sur*

l'utilisation équitable sont protégées par les droits rattachés à l'utilisation équitable
— *Une société de gestion peut-elle percevoir les redevances fixées par un tarif auprès*
de l'utilisateur qui choisit de ne pas être lié par une licence aux conditions
homologuées? — Le jugement déclaratoire demandé par l'université devrait-il être
accordé? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 29, 68.2(1).

Access Copyright (« Access ») est une société de gestion qui octroie des licences et administre les droits de reproduction d'œuvres littéraires publiées au nom des créateurs et des éditeurs. De 1994 à 2010, un contrat de licence permettait aux professeurs de l'Université York (« Université ») d'effectuer des copies d'œuvres publiées figurant au répertoire d'Access et fixait les redevances applicables. Alors que les négociations étaient en cours en vue du renouvellement de la licence, les rapports entre Access et l'Université se sont détériorés. Access a donc déposé auprès de la Commission du droit d'auteur un projet de tarif visant les établissements d'enseignement postsecondaire. Ne sachant pas si elle serait en mesure de s'entendre avec l'Université avant l'expiration de sa licence, Access s'est adressée à la Commission pour lui demander d'homologuer un tarif provisoire, correspondant en gros au contrat de licence antérieur, pour qu'il s'applique jusqu'à ce que la Commission homologue un tarif définitif. La Commission a fait droit à la demande d'Access et homologué un tarif provisoire. L'Université a d'abord payé les redevances homologuées, mais, par la suite, elle a informé Access qu'elle avait décidé de ne plus être liée par un contrat de licence.

Access s'est adressée à la Cour fédérale pour faire exécuter le tarif provisoire, et l'Université a déposé une demande reconventionnelle en vue d'obtenir un jugement déclarant que toutes les activités de reproduction relevant de ses lignes directrices sur l'utilisation équitable étaient protégées par les droits rattachés à l'utilisation équitable au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le juge de première instance a conclu que le tarif provisoire était opposable à l'Université et que ni les lignes directrices ni les pratiques de cette dernière ne constituaient une utilisation équitable. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté par l'Université relativement à l'exécution du tarif, jugeant que les utilisateurs étaient libres d'accepter ou non les tarifs homologués par la Commission, mais elle a rejeté son appel portant sur la demande reconventionnelle relative à l'utilisation équitable. Access interjette appel devant la Cour de la question du tarif et l'Université interjette appel du rejet de sa demande reconventionnelle relative à l'utilisation équitable.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Le tarif n'est pas opposable à l'Université. Le paragraphe 68.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* n'habilite pas Access à percevoir les redevances fixées par un tarif homologué par la Commission en vertu de l'art. 70.15, auprès de l'utilisateur qui choisit de ne pas être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. Le paragraphe 68.2(1) ne permet pas à une société de gestion d'exercer un recours en cas de violation. La société de gestion est tenue d'octroyer des licences conformément aux modalités d'un tarif homologué, toutefois, il n'est pas possible de contraindre un utilisateur à accepter une licence. L'utilisateur est libre d'obtenir ses

droits par d'autres moyens et, s'il fait une utilisation non autorisée, le recours qui peut être exercé contre lui est une action en violation. Bien que l'incapacité d'Access à intenter une action en violation, parce qu'elle n'est pas titulaire de licences exclusives, puisse lui causer des difficultés, c'est la conséquence de l'entente contractuelle qu'elle a librement choisi de conclure avec ses membres.

Le texte, le contexte législatif, l'objet de la loi et la jurisprudence à l'appui confirment cette interprétation. En tant que société de gestion chargée d'administrer un régime d'octroi de licences portant sur les droits de reproduction applicables à son répertoire d'œuvres publiées, Access exerce ses activités dans le cadre du régime général prévu par la *Loi sur le droit d'auteur* pour la gestion collective (art. 70.1 à 70.6). Les conséquences juridiques de l'homologation d'un tarif en vertu du par. 70.15(1) sont précisées au par. 70.15(2) et à l'art. 70.17. Le paragraphe 70.15(2) précise que le par. 68.2(1), qui fait partie du régime distinct de la *Loi sur le droit d'auteur* relatif à la gestion collective du droit d'exécution et de communication, s'applique « avec les adaptations nécessaires ». L'article 68.2 prévoit que la société de gestion peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les redevances qui y figurent et, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice. L'article 70.17 énonce qu'« il ne peut être intenté aucun recours pour violation d'un droit [. . .] contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué ».

Le libellé du par. 68.2(1) ne précise pas auprès de qui la société de gestion peut percevoir les redevances et à quelles conditions. Lorsque le législateur juge bon

de créer une obligation impérative de payer, il le fait généralement en conférant un pouvoir clair et distinct démontrant que c'était là son intention. Il n'y a nulle part dans la *Loi sur le droit d'auteur* de dispositions semblables imposant l'obligation de payer des redevances homologuées à une société de gestion qui gère un régime de licences. Conclure autrement interpolerait dans cette disposition des mots qui ne se trouvent pas dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

En ce qui concerne le contexte législatif, l'effet combiné du par. 68.2(1) et de l'art. 70.17 crée une dichotomie entre les utilisateurs qui choisissent d'obtenir une licence conformément aux modalités d'un tarif homologué par la Commission et ceux qui choisissent de ne pas obtenir de licence. La violation du droit d'auteur constitue un exercice non autorisé du droit exclusif du titulaire, et une licence constitue une autorisation de se livrer à une utilisation en particulier qui, sans la licence, constituerait une violation. Il est donc élémentaire qu'une personne ne peut pas être à la fois l'auteur d'une violation et titulaire d'une licence. La personne qui a payé ou qui a offert de payer les redevances conformément à l'art. 70.17 est devenue titulaire d'une licence et peut donc être tenue responsable des paiements en souffrance en application du par. 68.2(1). Cependant, la personne qui n'a pas payé ou offert de payer les redevances n'est pas titulaire d'une licence et ne peut être poursuivie que pour violation du droit d'auteur. Le paragraphe 68.2(1) garantit qu'une société de gestion dispose d'un recours en cas de défaut de paiement de la part des titulaires de licences volontaires et que des mesures de recouvrement peuvent être prises en s'adressant à la Cour fédérale.

L'objectif du régime législatif qui s'applique à la gestion collective est de protéger les utilisateurs, et cet objectif a été maintenu à la suite des diverses modifications de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le premier régime ayant encadré une certaine forme de société de gestion au Canada a été créé en réponse à l'émergence des premières sociétés de droits d'exécution, qui s'étaient emparées du contrôle de la grande majorité des compositions « musicales populaires ». Le législateur a jugé nécessaire de réglementer les sociétés de gestion, ce qu'il a fait en investissant la Commission de pouvoirs en matière de fixation des prix pour protéger les utilisateurs contre l'emprise sur le marché potentiellement abusive des nouvelles sociétés. Même si l'homologation d'un état des redevances avait pour effet de fixer le montant maximal que les sociétés pouvaient exiger pour une licence, elle ne liait pas l'utilisateur qui n'avait pas consenti à être lié par les modalités de la licence. Il serait contraire à l'objectif de protection du régime d'habiliter une société à imposer une licence à un utilisateur non consentant. Les utilisateurs ont donc le droit de choisir d'être liés ou non par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué par la Commission.

Il serait inapproprié de connaître de la demande de jugement déclaratoire présentée par l'Université dans la présente instance. Vu la conclusion selon laquelle le tarif provisoire n'est pas contraignant et n'est donc pas opposable à l'Université, il n'y a plus de question en litige entre les parties. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une action en violation du droit d'auteur, étant donné qu'Access n'a pas qualité pour intenter une telle action. De plus, les titulaires de droits d'auteur qui ont qualité pour intenter une action ne sont pas parties à la présente instance et n'ont donc pas eu l'occasion de faire valoir leurs observations quant à l'incidence des activités de l'Université sur leurs

œuvres protégées par le droit d'auteur. L'analyse de lignes directrices sur l'utilisation équitable en l'absence d'un véritable différend entre les intéressés la ferait reposer sur des conclusions approximatives et des hypothèses générales qu'on ne peut rattacher à des cas précis de reproduction d'œuvres.

Toutefois, le raisonnement de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale sur la question de l'utilisation équitable n'est pas retenu. Il est bien établi que la partie qui invoque l'utilisation équitable doit d'abord prouver que l'utilisation était destinée à une fin permise et, ensuite, qu'elle était équitable. Le cadre d'analyse de l'équité — qui est en fin compte une question de fait — comporte six facteurs non exhaustifs : le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, l'existence de solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. À la deuxième étape, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont abordé l'analyse uniquement du point de vue de l'établissement d'enseignement, laissant de côté le point de vue des étudiants qui utilisent ces documents. Cette erreur a entaché leur analyse de plusieurs des facteurs relatifs à l'équité. Les photocopies réalisées par les enseignants universitaires à l'usage des étudiants ont pour but l'éducation de ces derniers. L'argent épargné grâce à l'exercice légitime du droit à l'utilisation équitable concerne précisément cet objectif premier de l'université, et non un objectif commercial inavoué. En fin de compte, la question qui se pose dans une affaire portant sur les pratiques d'utilisation équitable d'une université est celle de savoir si ces pratiques contribuent à la matérialisation du droit des étudiants de recevoir du matériel de cours à des fins d'éducation d'une manière équitable, conformément à l'équilibre sous-jacent entre les droits des utilisateurs et les droits que

la *Loi sur le droit d'auteur* confère aux créateurs. En l'espèce, en concentrant l'analyse sur le caractère institutionnel de la reproduction, le fait que l'utilisation équitable constitue un droit de l'utilisateur a été négligé, de sorte que l'examen de l'équité était terminé avant même d'être commencé.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; **arrêts examinés :** *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; **arrêts mentionnés :** *Reproduction par reprographie, 2011-2013, Tarif provisoire des redevances à percevoir par Access Copyright (Établissements d'enseignement postsecondaires)*, décision de la Commission, 16 mars 2011 (en ligne : <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/fr/366712/1/document.do>); *Tarifs des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire*, CB-CDA 2019-082 (en ligne : <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/fr/453965/1/document.do>); *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. c. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] R.C. de l'É. 244; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society*,

Ltd., [1945] A.C. 108; *Maple Leaf Broadcasting Co. c. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] R.C.S. 624; *Société de droits d'exécution du Canada Ltée c. Lion D'Or (1981) Ltée*, n° T-1615-86, 10 septembre 1987; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.

Lois et règlements cités

Copyright Act, 1911 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46.

Loi de 1921 concernant le droit d'auteur, S.C. 1921, c. 24.

Loi du droit d'auteur, S.R.C. 1927, c. 32, art. 10B(8) [aj. 1936, c. 28, art. 2], (9) [*idem*].

Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931, S.C. 1936, c. 28.

Loi modifiant la Loi modificatrice du droit d'auteur, 1931, S.C. 1935, c. 18.

Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, L.C. 1997, c. 24.

Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives, L.R.C. 1985, c. 10 (4^e suppl.) [anciennement L.C. 1988, c. 15].

Loi modificative du droit d'auteur, 1931, S.C. 1931, c. 8.

Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018, L.C. 2018, c. 27.

Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34.

Loi sur la modernisation du droit d'auteur, L.C. 2012, c. 20.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2 « société de gestion » a), 19, 27, 29, 29.1, 29.2, 30.02, 30.3, 38.1 [aj. 1997, c. 24, art. 20], 38.2, 41.23, 68.2(1), 70.1 à 70.6, 81, 82(1).

York University Act, 1959, S.O. 1959, c. 145.

York University Act, 1965, S.O. 1965, c. 143, art. 4.

Doctrines et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 15 juin 1987, p. 7109.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 26 juin 1987, p. 7667.

Canada. Chambre des communes. Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d'auteur. *Une charte des droits des créateurs et créatrices*, Ottawa, 1985.

Canada. *Rapport de la Commission Royale chargée d'examiner les affaires de la Canadian Performing Right Society, Limited et autres sociétés du même genre*, par James Parker, Ottawa, 1935.

Canada. Consommation et Corporations. *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d'auteur : propositions en vue de la révision de la loi canadienne sur le droit d'auteur*, par Judy Erola et Francis Fox, Ottawa, 1984.

Canada. Ministère du Patrimoine canadien. *Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins au Canada : Perspective internationale*, par Daniel J. Gervais, Ottawa, 2001.

Craig, Carys. « Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32 », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 177.

Craig, Carys J. « Locke, Labour and Limiting the Author's Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002), 28 *Queen's L.J.* 1.

Geist, Michael. « Fairness Found : How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 157.

- Gervais, Daniel J. « Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada : An International Perspective » (2002), 1 *C.J.L.T.* 21.
- Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property : The Law in Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2011.
- Katz, Ariel. « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I » (2015), 27 *I.P.J.* 151.
- Katz, Ariel. « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II » (2015), 28 *I.P.J.* 39.
- Knopf, Howard P. « La gestion collective des droits d’auteur dans la communauté universitaire canadienne : une alternative au statu quo? » (1999), 12 *C.P.I.* 95.
- Macklem, Lisa, and Samuel Trosow. « Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality : Lessons From the COVID-19 Crisis » (2020), 32 *I.P.J.* 215.
- Tawfik, Myra. « History in the Balance : Copyright and Access to Knowledge », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 69.
- Tawfik, Myra J. « The Supreme Court of Canada and the “Fair Dealing Trilogy” : Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law » (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191.
- Trosow, Samuel E. « Bill C-32 and the Educational Sector : Overcoming Impediments to Fair Dealing », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 541.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Pelletier, de Montigny et Woods), 2020 CAF 77, 174 C.P.R. (4th) 1, 448 D.L.R. (4th) 456, [2020] A.C.F. n° 509 (QL), 2020 CarswellNat 4546 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Phelan, 2017 CF 669, [2018] 2 R.C.F. 43, 149 C.P.R. (4th) 375, [2017] A.C.F. n° 701 (QL), 2017 CarswellNat 3757 (WL Can.). Pourvois rejetés.

Guy Pratte et John C. Cotter, pour l’appelante/intimée l’Université York.

Sheila R. Block et *Asma Faizi*, pour l'intimée/appelante Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright »).

Daniel Payette, pour l'intervenante la Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC).

Sana Halwani, pour les intervenantes Authors Alliance et Ariel Katz.

Kim P. Nayyer, pour l'intervenante l'Association canadienne des bibliothèques de droit.

Jeremy de Beer, pour les intervenantes l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université et la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants.

David Fewer, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Ysolde Gendreau, pour les intervenants le Centre de droit des affaires et du commerce international et la Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique.

Matthew Estabrooks, pour l'intervenante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

John E. Callaghan, pour l'intervenante la Société de perception de droit d'auteur du Canada.

Erin Finlay, pour les intervenants l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux Itée, la Société collective de retransmission du Canada, CONNECT Music Licensing Service Inc. et la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec.

Erin Finlay, pour les intervenantes l'Association canadienne des producteurs médiatiques et l'Association québécoise de la production médiatique.

Stéphane Caron, pour les intervenants International Authors Forum, la Fédération Internationale des Organisations de Droits de Reproduction et l'Union internationale des éditeurs.

Brendan van Niejenhuis, pour les intervenants Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers' Council et Writers' Union of Canada.

Howard P. Knopf, pour l'intervenante l'Association des bibliothèques de recherche du Canada.

Wanda Noel, pour l'intervenant le Consortium du droit d'auteur du Conseil des Ministres de l'Éducation (Canada).

Casey M. Chisick, pour les intervenants Music Canada, les Éditeurs de Musique au Canada, l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, l'Association des professionnels de l'édition musicale et Canadian Independent Music Association.

J. Aidan O'Neill, pour l'intervenant Collèges et Instituts Canada.

David Kent, pour l'intervenante Universités Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE ABELLA —

[1] Les présents pourvois soulèvent des questions d'une importance capitale quant aux droits et aux obligations des universités canadiennes et de leurs étudiants sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*¹.

Contexte

[2] Access Copyright est une société de gestion au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle octroie des licences et administre partout au Canada, sauf au Québec, les

¹ À moins d'indication contraire, les dispositions citées dans les présents motifs sont tirées de la version de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, en vigueur au moment du procès et du jugement, avant l'entrée en vigueur de la *Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018*, L.C. 2018, c. 27, qui a modifié certaines parties du régime de gestion collective.

droits de reproduction d'œuvres littéraires publiées, et ce, au nom des créateurs et des éditeurs qui sont titulaires du droit d'auteur sur les œuvres en question. Access Copyright n'est ni cessionnaire ni titulaire d'une licence exclusive relativement au droit d'auteur détenu par ses membres, de sorte qu'elle n'a pas le droit d'ester en justice pour violation du droit d'auteur de ces derniers et que ceux-ci sont libres de concéder leurs droits à des utilisateurs directement ou par l'intermédiaire d'autres entités qu'Access Copyright.

[3] L'Université York (« Université ») est la troisième université en importance au Canada. Ses 11 facultés offrent des programmes d'enseignement de premier, de deuxième et de troisième cycles, ainsi que des programmes de formation professionnelle, essentiellement sur ses 2 campus de Toronto. Au moment du procès, elle comptait plus de 3 000 professeurs à temps plein et à temps partiel et plus de 45 000 étudiants équivalents temps plein. L'Université a été constituée par le gouvernement de l'Ontario par l'adoption de la *York University Act, 1959*, L.O. 1959, c. 145, et a poursuivi ses activités sous le régime de la *York University Act, 1965*, L.O. 1965, c. 143. Selon sa loi constitutive, l'Université a pour mission [TRADUCTION] « le développement de l'enseignement et la diffusion du savoir » ainsi que « l'épanouissement intellectuel, spirituel, social, moral et physique de ses membres et l'amélioration de la société » (art. 4 de la *York University Act, 1965*).

[4] Les professeurs qui enseignent à l'Université choisissent et mettent à la disposition des étudiants inscrits à leurs cours des copies d'œuvres publiées, y compris d'œuvres faisant partie du répertoire d'Access Copyright, et ce, à des fins

pédagogiques. Le matériel didactique est distribué notamment de deux façons : par la distribution de recueils de cours et au moyen d'un système de gestion de l'apprentissage. Un recueil de cours est une compilation de documents qui sont imprimés à l'interne à l'Université ou par des ateliers d'impression externes. Le système de gestion de l'apprentissage est une plateforme en ligne dont les professeurs se servent pour mettre les documents du cours à la disposition de leurs étudiants par voie électronique.

[5] De 1994 à 2010, Access Copyright et l'Université ont entretenu des rapports juridiques stables aux termes d'un contrat de licence qui permettait aux professeurs de l'Université d'effectuer des copies d'œuvres publiées figurant au répertoire d'Access Copyright et qui fixait les redevances applicables. En 2010, les redevances à payer à Access Copyright en application de ce contrat de licence consistaient en un taux fixe annuel de 3,38 \$ par étudiant équivalent temps plein et de 0,10 \$ par page copiée dans un recueil de cours destiné à être vendu ou distribué aux étudiants. Access Copyright percevait ces redevances, les distribuait à ses membres, et elle effectuait tout contrôle d'utilisation lié à la licence. Le contrat conclu entre Access Copyright et l'Université s'inspirait du « contrat de licence type » qui avait été négocié par l'Association des universités et collèges du Canada, dont tous les membres étaient également titulaires de licences délivrées par Access Copyright.

[6] Les rapports entre Access Copyright et l'Université se sont détériorés en 2010, alors que les négociations étaient en cours en vue du renouvellement de la licence. L'acrimonie qui a marqué ces négociations a finalement abouti aux pourvois

dont notre Cour est saisie. Access Copyright affirme que l'Université a commencé à utiliser, sans lui verser de contrepartie, des documents pour lesquels elle était tenue de lui payer des redevances et qu'elle n'a pas négocié de bonne foi. L'Université a répondu que les facteurs qui avaient précipité cette nouvelle orientation étaient fondés sur des décisions légitimes de se procurer des droits d'utilisation de sources autres qu'Access Copyright et de tirer davantage profit de son droit d'invoquer l'exception relative à l'utilisation équitable.

[7] Ne sachant pas si elle serait en mesure de s'entendre avec l'Université avant l'expiration de sa licence en janvier 2011, Access Copyright a déposé en mars 2010 auprès de la Commission du droit d'auteur du Canada un projet de tarif visant les établissements d'enseignement postsecondaire pour les années 2011 à 2013. Le projet de tarif proposait de porter la redevance annuelle fixe à 45 \$ par étudiant équivalent temps plein pour l'utilisation des œuvres figurant au répertoire d'Access Copyright, et ne prévoyait pas de taux à la page, ce qui aurait obligé l'Université à payer l'équivalent d'une redevance annuelle fixe de plus de deux millions de dollars.

[8] Access Copyright était d'avis que l'homologation d'un tarif par la Commission créerait des rapports juridiques contraignants entre elle et l'Université (et d'autres universités), ce qui aurait pour effet de supplanter le contrat de licence volontaire qui avait défini les droits et les obligations des parties au cours des 16 années précédentes. Selon Access Copyright, les redevances homologuées seraient payables intégralement par l'Université, dès qu'elle ferait une seule utilisation d'une œuvre du répertoire d'Access Copyright qui emporterait violation du droit d'auteur, et ce, que

l'Université accepte ou non d'être liée par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué.

[9] Le projet de tarif d'Access Copyright a été publié dans la *Gazette du Canada*. Un peu plus d'une centaine de particuliers et d'institutions s'y sont opposés.

[10] Compte tenu de l'expiration imminente du contrat de licence, Access Copyright s'est adressée à la Commission du droit d'auteur, en octobre 2010, pour lui demander d'homologuer un tarif provisoire correspondant en gros au contrat de licence antérieur, et ce, pour la période du 1^{er} janvier 2011 jusqu'à la date à laquelle la Commission homologuerait un tarif définitif. Le 23 décembre 2010, la Commission a fait droit à la demande d'Access Copyright et a homologué un tarif provisoire qui prévoyait des redevances correspondant à celles prévues par le contrat de licence antérieur, soit 0,10 \$ la page pour les recueils de cours et 3,38 \$ par étudiant équivalent temps plein (*Reproduction par reprographie, 2011-2013, Tarif provisoire des redevances à percevoir par Access Copyright (Établissements d'enseignement postsecondaires)*), décision de la Commission, 16 mars 2011 (en ligne)).

[11] Après l'entrée en vigueur du tarif provisoire le 1^{er} janvier 2011, l'Université a d'abord payé les redevances homologuées. Toutefois, en juillet 2011, avant le début de l'année universitaire, elle a informé Access Copyright qu'elle avait décidé de ne plus être liée par un contrat de licence. L'Université soutenait que ses activités de reproduction figurant au répertoire d'Access Copyright constituaient une utilisation équitable et que, de toute façon, le tarif provisoire ne lui était pas opposable.

[12] La Commission a tenu une audience en janvier 2016. L'Université et certaines autres universités s'étaient retirées de l'instance en avril 2012 et n'étaient pas représentées à l'audience. Le 6 décembre 2019, la Commission a homologué un tarif définitif pour les années 2011 à 2017 (*Tarifs des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire*, CB-CDA 2019-082 (en ligne)). Les redevances à payer par les universités ont été établies à un taux fixe de 24,80 \$ par étudiant équivalent temps plein pour les années 2011 à 2014 et de 14,31 \$ par étudiant équivalent temps plein pour les années 2015 à 2017.

[13] Dans sa décision, la Commission n'a pas précisé si les tarifs créaient une relation juridique contraignante entre Access Copyright et les universités n'ayant pas signé de contrat de licence.

[14] Access Copyright s'est adressée à la Cour fédérale pour faire exécuter le tarif provisoire pour les activités de reproduction effectuées par l'Université et par ses employés entre le 1^{er} septembre 2011 et le 31 décembre 2013. Access Copyright a cité des exemples d'activités de reproduction effectuées par 5 professeurs relativement à 87 œuvres inscrites à son répertoire. Elle affirmait que ces activités de reproduction n'étaient ni visées par le contrat de licence ni exemptées en vertu de l'exception fondée sur le concept d'utilisation équitable. Elle soutenait que l'Université était donc tenue de payer intégralement les redevances prévues au tarif provisoire. L'Université affirmait que le tarif ne lui était pas opposable, notamment parce qu'elle n'avait pas accepté d'être liée par ses modalités.

[15] L'Université a déposé une demande reconventionnelle en vue d'obtenir un jugement déclarant que toutes les activités de reproduction relevant de ses « Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel de l'Université » publiées le 13 novembre 2012 étaient protégées par les droits rattachés à une utilisation équitable au sens des art. 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi*.

[16] À la Cour fédérale, le juge responsable de la gestion de l'instance a scindé l'instruction en deux phases. La phase I portait sur l'ensemble de la question de savoir si le tarif provisoire était opposable à l'Université et si celle-ci était responsable des activités de reproduction des cinq professeurs. La phase I concernait aussi la demande reconventionnelle par laquelle l'Université affirmait qu'elle avait droit à un jugement déclarant que [TRADUCTION] « les reproductions relevant des “Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel de l'Université (12/11/13)” [. . .] constituent une utilisation équitable ». La quantité de copies non autorisées et l'ampleur de l'obligation imposée à l'Université par le tarif devaient être déterminées à la phase II, le cas échéant. Les présents pourvois font suite uniquement à la phase I du procès.

[17] Le juge de première instance a conclu que le tarif provisoire était opposable à l'Université et que ni les Lignes directrices sur l'utilisation équitable de celle-ci ni ses pratiques ne constituaient une utilisation équitable (2017 CF 669, [2018] 2 R.C.F. 43).

[18] La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté par l'Université relativement à l'exécution du tarif, mais a rejeté son appel portant sur la demande reconventionnelle relative à l'utilisation équitable. La cour a jugé que les utilisateurs étaient libres d'accepter ou non les tarifs homologués par la Commission. Si l'utilisateur ayant choisi de ne pas devenir titulaire de licence sous le régime d'un tarif faisait une utilisation non autorisée d'une œuvre, le seul recours qui pouvait être exercé contre lui était une action en violation du droit d'auteur. Or, Access Copyright n'a pas qualité pour exercer ce recours parce qu'elle n'est pas titulaire du droit d'auteur sur les œuvres en question et qu'elle n'est ni titulaire d'une licence exclusive ni cessionnaire. Même si cette conclusion disposait du litige entre les parties, la cour a poursuivi en examinant le bien-fondé de l'appel de l'Université portant sur la demande reconventionnelle relative à l'utilisation équitable. Elle a conclu que l'Université ne pouvait établir que toutes les reproductions relevant de ses Lignes directrices constituaient une utilisation équitable et elle a donc refusé de rendre le jugement déclaratoire sollicité (2020 CAF 77).

[19] Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que le tarif n'est pas opposable à l'Université. Je n'accorderais cependant pas le jugement déclaratoire demandé par l'Université, et je ne souscris pas non plus à l'analyse de l'utilisation équitable menée par la Cour fédérale et par la Cour d'appel fédérale.

Analyse

[20] La question que soulève le pourvoi d'Access Copyright est celle de savoir si le par. 68.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* l'habilite à percevoir les redevances prévues par un tarif homologué par la Commission du droit d'auteur auprès de l'utilisateur qui choisit de ne pas être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. Plus précisément, la question à trancher est celle de savoir si Access Copyright peut percevoir de l'Université les redevances prévues par le tarif provisoire, même si l'Université a choisi de ne pas être liée par une licence. Bien que le présent pourvoi ne concerne que le tarif provisoire, il est acquis aux débats qu'un tarif provisoire et un tarif définitif ont le même effet.

[21] En tant que société de gestion chargée d'administrer un régime d'octroi de licences portant sur les droits de reproduction applicables à son répertoire d'œuvres publiées, Access Copyright exerce ses activités dans le cadre du régime prévu par la *Loi* pour la « gestion collective relative aux droits visés aux articles 3, 15, 18 et 21 », mieux connu sous le nom de « régime général » (art. 70.1 à 70.6).

[22] En vertu de l'art. 70.12, la société de gestion assujettie au régime général peut, « en vue d'établir par licence les redevances à verser et les modalités à respecter relativement aux catégories d'utilisation », a) soit déposer auprès de la Commission un projet de tarif, b) soit conclure des ententes avec les utilisateurs. La société de gestion qui choisit de déposer un projet de tarif le fait conformément à l'art. 70.13, qui lui permet de « déposer auprès de la Commission [...] un projet de tarif [...] des redevances à percevoir pour l'octroi de licences ». Dans le cas qui nous occupe, Access Copyright a déposé auprès de la Commission un projet de tarif dans lequel elle énonçait

les redevances qu'elle proposait de percevoir pour octroyer des licences de reproduction à des établissements d'enseignement postsecondaire.

[23] Lorsqu'une société de gestion dépose un projet de tarif auprès de la Commission, le par. 70.15(1) oblige celle-ci à « homologue[r] les projets de tarifs après avoir apporté aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires compte tenu, le cas échéant, des oppositions ». En l'espèce, la Commission a homologué le tarif provisoire déposé par Access Copyright.

[24] Le pouvoir de la Commission de modifier et d'homologuer un projet de tarif déposé par une société de gestion est l'une des trois sources des pouvoirs qu'elle possède pour contrôler et fixer les redevances des sociétés de gestion dans le cadre du régime général. La Commission peut également fixer des redevances lorsque la société de gestion et l'utilisateur individuel n'arrivent pas à s'entendre sur les modalités et que l'une ou l'autre lui demande de les fixer (art. 70.2 à 70.4). Elle peut aussi modifier les redevances si les parties concluent, sans son intervention, une entente qui est par la suite déposée auprès de la Commission (art. 70.5 à 70.6).

[25] Les conséquences juridiques de l'homologation d'un tarif en vertu du par. 70.15(1) sont précisées au par. 70.15(2) et à l'art. 70.17.

[26] Le paragraphe 70.15(2) précise que le par. 68.2(1), qui fait partie du régime distinct de la *Loi* relatif à la gestion collective du droit d'exécution et de communication, s'applique « avec les adaptations nécessaires » :

68.2 (1) La société de gestion peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les redevances qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice.

[27] L'article 70.17 est d'un intérêt connexe. Il dispose :

70.17 Sous réserve de l'article 70.19, il ne peut être intenté aucun recours pour violation d'un droit prévu aux articles 3, 15, 18 ou 21 contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué.

[28] La question en litige en l'espèce est une question d'interprétation législative qui, comme notre Cour l'a répété à maintes reprises, nous oblige à cerner l'intention du législateur en tenant compte du sens grammatical et ordinaire du texte ainsi que de l'économie et de l'objet de la loi.

[29] Access Copyright fait valoir qu'il ressort du par. 68.2(1), incorporé par renvoi au par. 70.15(2), que quiconque fait une utilisation par ailleurs non autorisée d'une œuvre visée par un tarif homologué est passible de poursuites en recouvrement de redevances, et ce, peu importe que cet utilisateur ait accepté ou non d'être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. C'est ce qu'on appelle la théorie du « tarif obligatoire ». En l'espèce, il s'ensuit que toute utilisation par l'Université d'une œuvre figurant au répertoire d'Access Copyright qui n'a pas fait l'objet d'une licence distincte ou qui n'a pas été autorisée au titre de l'exception relative à l'utilisation équitable obligerait l'Université à payer intégralement le taux fixe annuel de 3,38 \$ par étudiant équivalent temps plein — et, par extension, les tarifs

considérablement plus élevés homologués aux termes des tarifs définitifs — en plus du tarif à la page applicable aux copies de recueils de cours. Une seule utilisation non autorisée obligerait donc l'Université à payer des redevances annuelles se chiffrant à des centaines de milliers de dollars selon le tarif provisoire et à plus d'un million de dollars par année aux termes du tarif définitif pour la période de 2011 à 2014.

[30] L'Université rejette la théorie du tarif obligatoire. À son avis, le par. 68.2(1) n'accorde à la société de gestion que le droit de percevoir les redevances en souffrance de l'utilisateur qui a accepté d'être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. La société de gestion est tenue d'octroyer des licences conformément aux modalités du tarif homologué, puisque l'art. 70.17 protège contre toute action en violation la personne qui a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué. On ne peut toutefois pas contraindre un utilisateur à accepter une licence. L'utilisateur est libre d'obtenir ses droits par d'autres moyens et, s'il fait une utilisation non autorisée, le recours qui peut être exercé contre lui est une action en violation (voir, de façon générale, Ariel Katz, « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I » (2015), 27 *I.P.J.* 151 (« Spectre I »), et Ariel Katz, « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II » (2015), 28 *I.P.J.* 39 (« Spectre II »)). Bien que l'incapacité d'Access Copyright à intenter une action en violation du droit d'auteur relatif à des œuvres inscrites à son répertoire puisse lui causer des difficultés, c'est la conséquence de l'entente contractuelle qu'elle a librement choisi de conclure avec ses membres. Le paragraphe 68.2(1) ne permet pas à une société de gestion d'exercer un recours en cas de violation du droit d'auteur. Je suis d'accord.

[31] L'analyse commence par l'examen du libellé du par. 68.2(1). Cette disposition ne précise pas auprès de qui la société de gestion peut percevoir les redevances et à quelles conditions. Access Copyright soutient néanmoins que, selon le « sens ordinaire » de cette disposition, le tarif homologué par la Commission a un caractère obligatoire. Access Copyright interpole dans cette disposition des mots qui ne s'y trouvent pas, en postulant qu'une société de gestion peut ester en justice en vue de percevoir les redevances impayées auprès de l'utilisateur qui utilise une œuvre figurant à son répertoire lorsque cette utilisation ne fait pas l'objet d'une licence distincte ou n'est pas exemptée de paiement en raison de l'exception relative à l'utilisation équitable, des conditions que l'on ne retrouve nulle part dans la *Loi*.

[32] Lorsque le législateur juge bon de créer une obligation impérative de payer, il le fait en conférant « un pouvoir clair et distinct démontrant que c'était là [son] intention » (*Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 107, le juge Rothstein). Selon l'art. 19, par exemple, l'artiste-interprète a « droit à une rémunération équitable » et l'utilisateur « doit verser des redevances ». Aux termes de l'art. 81, les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont « droit [. . .] à une rémunération » de la part du fabricant ou de l'importateur de supports audio vierges, et le par. 82(1) prescrit une obligation de paiement correspondante, en précisant que le fabricant et l'importateur sont tenus « de payer à l'organisme de perception une redevance ». Il n'y a nulle part dans la *Loi* de dispositions semblables imposant l'obligation de payer des redevances homologuées à une société de gestion qui gère un régime de licences.

[33] En ce qui concerne le contexte législatif, il résulte de l'effet combiné du par. 68.2(1) et de l'art. 70.17 qu'il existe une dichotomie entre les utilisateurs qui choisissent d'obtenir une licence conformément aux modalités d'un tarif homologué par la Commission et ceux qui choisissent de ne pas obtenir de licence, mais qui peuvent être passibles de dommages-intérêts pour violation du droit d'auteur.

[34] La violation du droit d'auteur constitue un exercice non autorisé du droit exclusif du titulaire (art. 27), et une licence constitue une autorisation de se livrer à une utilisation en particulier qui, sans la licence, constituerait une violation (Elizabeth F. Judge et Daniel J. Gervais, *Intellectual Property : The Law in Canada* (2^e éd. 2011), p. 146; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 29, par. 49, le juge Iacobucci). Il est donc [TRADUCTION] « élémentaire » qu'une personne ne peut pas être à la fois l'auteur d'une violation d'un droit d'auteur et titulaire d'une licence (*Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. c. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] R.C. de l'É. 244, p. 254). Dans le contexte des dispositions en litige en l'espèce, la personne qui a payé ou qui a offert de payer les redevances conformément à l'art. 70.17 est devenue titulaire d'une licence et peut être tenue responsable des paiements en souffrance en application du par. 68.2(1). La personne qui n'a pas payé ou offert de payer les redevances n'est pas titulaire d'une licence et peut être poursuivie pour violation du droit d'auteur.

[35] Le paragraphe 68.2(1) garantit qu'une société de gestion dispose d'un recours en cas de défaut de paiement de la part des titulaires de licences volontaires et

que des mesures de recouvrement peuvent être prises en s'adressant à la Cour fédérale (voir *Sandholm Holdings Ltd.*, p. 249-250).

[36] L'arrêt *SODRAC* de notre Cour appuie nettement cette interprétation du par. 68.2(1) et de l'art. 70.17. Cette affaire portait sur l'effet des art. 70.2 à 70.4 de la *Loi*, qui s'appliquent lorsque la société de gestion et un utilisateur individuel ne peuvent s'entendre sur les redevances. La société de gestion ou l'utilisateur peut s'adresser à la Commission (par. 70.2(1)), qui peut « fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la licence » (par. 70.2(2)). Contrairement à ce que prévoit le tarif général proposé en vertu de l'art. 70.13 et homologué en vertu de l'art. 70.15, le rôle que joue la Commission en matière de fixation de redevances se limite dans ce contexte aux parties qui sont devant elle. L'article 70.4 précise les conséquences juridiques de la fixation des redevances par la Commission :

70.4 L'intéressé peut, pour la période arrêtée par la Commission, accomplir les actes à l'égard desquels des redevances ont été fixées, moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances et conformément aux modalités afférentes fixées par la Commission et à celles établies par la société de gestion au titre de son système d'octroi de licences. La société de gestion peut, pour la même période, percevoir les redevances ainsi fixées et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.

[37] Le juge Rothstein, qui interprétait l'art. 70.4, a conclu que les redevances fixées par la Commission en vertu de l'art. 70.2 ne liaient pas l'utilisateur. La Commission n'a pas le pouvoir « de contraindre l'utilisateur à accepter ces modalités lorsqu'après les avoir examinées, il décide de ne pas effectuer les copies visées par la licence » (*SODRAC*, par. 108). L'utilisateur qui n'accepte pas d'être lié par licence,

mais qui effectue des copies non autorisées « demeur[e] responsable de la violation » (*ibid.*).

[38] Pour en arriver à cette conclusion, le juge Rothstein a fait observer que le libellé de l'art. 70.4 était facultatif, ce qui démontrait que « l'utilisateur dont la confection de copies a fait l'objet d'une instance fondée sur l'art. 70.2 *peut* se prévaloir des modalités fixées par la Commission comme moyen pour obtenir l'autorisation d'accomplir l'activité envisagée dans le cadre de l'instance qui se déroule devant la Commission » (par. 106 (en italique dans l'original)). Le paragraphe 68.2(1) ne dit pas explicitement que l'utilisateur « peut » se prévaloir des modalités du tarif. Toutefois, il résulte de la lecture combinée de cette disposition et de l'art. 70.17 que l'utilisateur est pareillement incité à acquérir une licence de son plein gré. Aux termes de l'art. 70.17, l'utilisateur peut acquérir une licence et se protéger contre toute poursuite pour violation du droit d'auteur dès lors qu'il a « payé ou offert de payer les redevances ». Cette disposition est identique à l'art. 70.4, qui prévoit que l'utilisateur « peut [. . .] accomplir les actes à l'égard desquels des redevances ont été fixées, *moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances* et conformément aux modalités afférentes fixées par la Commission ». Le paiement ou l'offre de paiement découle d'une décision facultative donnant lieu à l'acquisition de la licence dans les deux cas.

[39] Pour des raisons de cohérence législative, il serait incongru que les redevances fixées dans le cadre des négociations de licences entre une société de gestion et un utilisateur spécifique soient volontaires, mais que celles fixées dans un tarif général soient obligatoires.

[40] Access Copyright a fait valoir, à titre subsidiaire, que, selon le par. 68.2(1), les redevances homologuées par la Commission ouvrent droit à un recours pour violation contre l'utilisateur qui n'a pas accepté de licence. Or, rien dans la *Loi* ne permet de penser que le législateur souhaitait que les tarifs homologués par la Commission soient assimilés à des dommages-intérêts préétablis en cas de violation. Le législateur sait parfaitement comment créer un régime légal lorsqu'il souhaite prévoir des dommages-intérêts préétablis. C'est ce qu'il a fait à l'art. 38.1, qui a été adopté en 1997 en même temps que les principales modifications apportées au régime de gestion collective. Le paragraphe 68.2(1) ne pouvait avoir pour but de créer tacitement un second régime de dommages-intérêts préétablis qui prévoirait que [TRADUCTION] « les montants sont prédéterminés par la Commission, puis imposés sans tenir compte des circonstances réelles de l'affaire et sans aucune proportionnalité avec le comportement de l'utilisateur ou les dommages réellement subis par le titulaire du droit d'auteur » (« Spectre II », p. 58).

[41] Access Copyright cite également diverses dispositions de la *Loi* qui, à son avis, appuient la théorie du tarif obligatoire et sont incompatibles avec la théorie du tarif volontaire. Elle fait observer que l'art. 70.12 établit une distinction entre les redevances énoncées dans un tarif (al. 70.12a) et celles faisant l'objet d'une entente (al. 70.12b)), et elle affirme qu'il s'ensuit que les redevances prévues par un tarif doivent être contraignantes à défaut d'entente. Mais le fait qu'il est possible pour les parties de s'entendre conformément à l'al. b) ne permet d'aucune façon de penser que les modalités de la licence fixées par la Commission en réponse à un projet de tarif déposé en vertu de l'al. a) devraient être obligatoires pour les utilisateurs.

L'article 70.12 offre simplement aux sociétés de gestion assujetties au régime général une certaine souplesse que ne leur offre pas le régime des droits d'exécution, lequel les oblige à déposer des projets de tarifs.

[42] Access Copyright plaide également que l'art. 70.191, qui prévoit que le tarif homologué « ne s'applique pas en cas de conclusion d'une entente entre une société de gestion et une personne autorisée à accomplir [un] act[e] », appuie la théorie du tarif obligatoire. Elle affirme que, si les tarifs étaient facultatifs, il ne serait pas nécessaire de préciser que le tarif ne s'applique pas en cas de conclusion d'une entente, parce que l'utilisateur pourrait simplement [TRADUCTION] « se soustraire » au tarif. Cela ne tient toutefois pas compte de l'objet de l'art. 70.191, qui est d'empêcher tant la société de gestion que l'utilisateur de se soustraire à une entente une fois que le tarif a été homologué, ce qui concorde avec la théorie du tarif volontaire. L'utilisateur est libre de choisir d'accepter ou non une licence, mais un tarif ne lui permet pas de se soustraire à l'entente qu'il a conclue.

[43] Enfin, Access Copyright isole les art. 38.2, 30.02 et 30.3, qui accordent certains avantages aux établissements d'enseignement et qui dépendent de l'existence d'un tarif homologué, et elle fait valoir que ces avantages n'existeraient pas si les tarifs étaient facultatifs.

[44] Or, aucune de ces dispositions n'appuie la théorie du tarif obligatoire. L'article 38.2 prévoit que le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre qui n'a pas habilité une société de gestion à en autoriser la reproduction par reprographie ne peut, dans le

cas où il poursuit un établissement d'enseignement, recouvrer un montant supérieur à celui qui aurait été payable à la société de gestion aux termes de l'entente conclue avec cette dernière ou selon le tarif homologué par la Commission en vertu de l'art. 70.15. Cette disposition fixe une limite aux dommages-intérêts que le titulaire du droit d'auteur peut recouvrer de l'établissement d'enseignement au titre des droits de reprographie. Elle repose sur l'hypothèse que la Commission fixera des redevances justes et équitables, mais elle ne laisse pas entendre que ces redevances sont obligatoires.

[45] Selon l'art. 30.02, ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour un établissement d'enseignement, de reproduire numériquement des œuvres. L'établissement d'enseignement ne peut toutefois se prévaloir de cette exception que s'il a accepté une licence. Cette exception ne s'applique que si l'établissement d'enseignement « est titulaire d'une licence l'autorisant à reproduire par reprographie à des fins pédagogiques des œuvres faisant partie du répertoire d'une société de gestion ». L'article 30.02 n'appuie donc pas l'argument d'Access Copyright.

[46] Le paragraphe 30.3(1) prévoit qu'un établissement d'enseignement ne viole pas le droit d'auteur lorsque des copies sont faites à l'aide d'un photocopieur en libre-service installé par l'établissement, à condition que soit affiché un avis relatif à la violation du droit d'auteur. Cette exception s'applique si au moins une des conditions y donnant ouverture est remplie, notamment s'« il existe déjà un tarif pertinent homologué en vertu de l'article 70.15 » (al. 30.3(2)c)) ou si « une société de gestion a déposé, conformément à l'article 70.13, un projet de tarif » (al. 30.3(2)d)).

L'Université affirme que, si on l'interprète correctement, l'art. 30.3 signifie que l'établissement d'enseignement ne peut se prévaloir de cette exception que s'il a effectivement accepté une licence en vertu d'un tarif homologué ou d'un projet de tarif. À mon avis, il n'est ni nécessaire ni prudent de tirer en l'espèce une conclusion ferme sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 30.3. Il suffit de signaler que cette disposition ne confère pas par inférence l'« autorité légale claire et distincte » qui permettrait d'imposer le fardeau d'une licence à l'utilisateur qui ne consent pas à être lié par ses modalités (*SODRAC*, par. 107).

[47] En ce qui concerne l'objet de la *Loi*, la meilleure façon de comprendre les objectifs du régime législatif qui s'applique à la gestion collective est de les situer dans leur contexte historique.

[48] L'histoire de la gestion collective du droit d'auteur au Canada coïncide avec le début du XX^e siècle. La première loi canadienne sur le droit d'auteur, la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, c. 24, faisait suite à une loi britannique, la *Copyright Act, 1911* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46. La *Loi* de 1921 ne prévoyait pas la gestion collective du droit d'auteur. Le premier régime ayant encadré une certaine forme de société de gestion au Canada remonte aux années 1930 et a été créé en réponse à l'émergence des premières sociétés de droits d'exécution, qui s'étaient emparées du contrôle de la grande majorité des compositions musicales et dramatico-musicales populaires et qui étaient donc en mesure d'exercer un monopole (*Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348 (« *Vigneux (1943)* »), p. 352, le juge

en chef Duff, dissident, mais pas sur ce point; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108 (C.P.)).

[49] Dans le *Rapport de la Commission Royale chargée d'examiner les affaires de la Canadian Performing Rights Society, Limited et autres sociétés du même genre* (1935) (« *Rapport Parker* »), le juge James Parker reconnaissait que ces sociétés offraient certains avantages aux titulaires de droits d'auteur et aux utilisateurs, mais qu'une réglementation était nécessaire :

La concurrence n'existe plus. Un monopole, ou super-monopole, a pris naissance. Personne ne nie à l'auteur, au compositeur et à l'éditeur le droit de mettre leurs droits en commun et d'en confier la perception à une agence centralisée, afin d'obtenir de leurs œuvres une rétribution juste et raisonnable et d'empêcher la contrefaçon. C'est un monopole inévitable, utile à l'auteur comme à l'usager. Mais ce monopole ne doit pas être exercé arbitrairement et sans frein. [p. 19]

[50] Lorsque le *Rapport Parker* a été publié, le législateur avait déjà effectué certaines modifications, d'une part, pour obliger les sociétés de droits d'exécution à déposer auprès du ministre, au Bureau du droit d'auteur, des listes d'œuvres faisant partie de leur répertoire et des états de redevances proposées et, d'autre part, pour permettre au ministre d'effectuer des contrôles et de réviser les redevances contraires à l'intérêt public (voir la *Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1931, c. 8, et la *Loi modifiant la Loi modificatrice du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1935, c. 18). Le juge Parker a recommandé d'autres modifications, notamment la création d'un tribunal administratif chargé d'homologuer les tarifs. Son raisonnement était le suivant :

La Société a actuellement le monopole du droit d'exécution de la musique protégée par des copyrights, et il lui est loisible d'imposer les tarifs qu'elle juge à propos. Lorsqu'il s'est agi d'autres monopoles, on a jugé nécessaire de créer un corps indépendant pour examiner et approuver les redevances qu'ils pouvaient exiger, c'est-à-dire les taux de transport, messageries, téléphone, etc. Si la Société est libre d'imposer ses propres prix et [de] les majorer de façon excessive, le public sera empêché d'entendre sa musique. [p. 50]

[51] Le législateur a adopté les recommandations du juge Parker dans la *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1936, c. 28. À la suite de ces modifications, le Tribunal d'appel du Droit d'auteur était tenu d'homologuer l'état des redevances proposées par une société de droits d'exécution en y apportant toutes les modifications nécessaires. Les paragraphes 10B(8) et 10B(9) de la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1927, c. 32, précisaient les conséquences de l'homologation d'un état. Ces dispositions sont les plus anciennes versions du par. 68.2(1) et de l'art. 70.17 respectivement :

(8) Les états des honoraires, redevances ou tantièmes ainsi certifiés comme homologués par le Tribunal d'appel du Droit d'auteur seront les honoraires, redevances ou tantièmes que l'association, société ou compagnie intéressée pourra réclamer ou percevoir légalement en paiement des licences qu'elle aura émises ou accordées pour l'exécution de toutes ses œuvres au Canada, ou de l'une quelconque d'entre elles, durant l'année civile suivante et en couverture desquelles les états auront été déposés comme susdit.

(9) Aucune pareille association, société ou compagnie n'aura le droit de poursuivre ou de demander l'application d'un recours civil ou sommaire contre la violation d'un droit d'exécution subsistant dans une œuvre dramatico-musicale ou musicale, réclamé par cette association, société ou compagnie contre quiconque aura payé ou offert de lui payer les honoraires, redevances ou tantièmes homologués comme susdit.

[52] Selon la jurisprudence portant sur l'interprétation de ces dispositions et de leurs moutures subséquentes, l'homologation d'un état des redevances avait pour effet de fixer le montant maximal que les sociétés pouvaient exiger pour une licence, sans pour autant lier l'utilisateur qui n'avait pas consenti à être lié par les modalités de la licence. Le régime restreignait les droits des sociétés en conférant une [TRADUCTION] « licence légale » en faveur de « quiconque aura payé ou offert de payer » les redevances homologuées (*Vigneux (1943)*, p. 353, le juge en chef Duff; voir également p. 364, le juge Rinfret). Les utilisateurs avaient le droit de choisir d'être liés ou non par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué par le Tribunal (*Maple Leaf Broadcasting Co. c. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] R.C.S. 624, p. 630, le juge Cartwright).

[53] Le juge Strayer est celui qui s'est exprimé le plus clairement sur ce point dans le jugement *Société de droits d'exécution du Canada Ltée c. Lion D'Or (1981) Ltée*, C.A.F., n° T-1615-86, 10 septembre 1987. Les utilisateurs pouvaient accepter la licence, à défaut de quoi ils pouvaient être tenus responsables de la violation du droit d'auteur :

On remarquera que [le par. 50(9), qui était équivalent au par. 10B(8) des modifications de 1936] traite uniquement de l'exécution des licences : le paragraphe mentionne les sommes que la société

peut réclamer ou percevoir *en paiement des licences qu'elle a émises ou accordées . . .*

Je comprends que cela veut dire que si une personne qui exécute ces œuvres refuse d'obtenir une licence, le paragraphe 50(9) ne s'applique pas. [. . .] Si la société désire recouvrer un paiement pour l'usage des droits d'exécution, elle doit tenter une action en violation de droit d'auteur. [En italique dans l'original; par. 9.]

[54] Ces propos allaient dans le sens de l'objet du régime qui avait été adopté après que le législateur a [TRADUCTION] « pris conscience de la nécessité d'encadrer l'exercice du pouvoir qu'ont acquis » les sociétés de droits d'exécution (*Vigneux (1943)*, p. 352, le juge en chef Duff). Il serait contraire à cet objet d'habiliter une société à imposer une licence à un utilisateur non consentant.

[55] Jusqu'en 1988, la *Loi sur le droit d'auteur* ne traitait que de la gestion collective des droits d'exécution. Elle ne contenait aucune disposition concernant d'autres droits. Un nouveau régime, maintenant connu sous le nom de « régime général », a été créé à la suite des modifications apportées à la *Loi* en 1988 et en 1997 (*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.R.C. 1985, c. 10 (4^e suppl.), anciennement L.C. 1988, c. 15; *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, c. 24). Le cœur du débat sur l'objet de la *Loi* et le désaccord correspondant quant à l'interprétation qu'il convient de donner à ses dispositions pertinentes portent sur les modifications de 1988 et de 1997.

[56] Avant ces modifications, la *Loi* avait fait l'objet de plusieurs études et rapports qui avaient permis de constater que les changements technologiques avaient facilité l'accès des utilisateurs à l'information et rendu plus difficile pour les créateurs individuels le contrôle de la reproduction non autorisée. Parmi les solutions avancées, on a proposé d'étendre la portée de la gestion collective en ne la limitant plus aux droits d'exécution, comme en fait foi le *Livre blanc sur le droit d'auteur* de 1984 :

Deux faits militent en faveur de l'exercice collectif du droit d'auteur :

- le progrès technique a décuplé les possibilités de reproduction et d'utilisation illicites des œuvres protégées;
- le coût élevé des négociations individuelles avec les usagers rend[dit] celles-ci impraticables, pensons aux photocopies, aux œuvres utilisées par les établissements d'enseignement et les stations radiophoniques.

Dans les circonstances, il peut être de l'intérêt de toutes les parties de se doter de mécanismes collectifs pour l'exercice des droits et la perception des redevances.

(Consommation et Corporations, *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d'auteur : propositions en vue de la révision de la loi canadienne sur le droit d'auteur* (1984) (« Livre blanc de 1984 »), p. 59)

[57] Access Copyright soutient essentiellement que, contrairement à l'objectif de protection de l'utilisateur visé par les modifications de 1936, celles de 1988 et de 1997 qui ont élargi la portée de la gestion collective avaient pour but de protéger les titulaires de droits d'auteur, et que le législateur avait l'intention de rendre obligatoires les tarifs homologués pour atteindre cet objectif. Sinon, les titulaires de droits d'auteur auraient été forcés d'opposer leurs droits d'auteur aux institutions effectuant des copies au moyen d'actions individuelles en violation du droit d'auteur, une protection illusoire.

[58] Avec égards, cet argument confond deux objectifs législatifs distincts : celui d'étendre la gestion collective à d'autres droits que les droits d'exécution publique et celui distinct d'encadrer les sociétés de gestion issues du régime élargi. Bien que le législateur ait étendu la portée du régime de gestion collective pour protéger les créateurs et les titulaires de droits d'auteur, il a simultanément investi la Commission de pouvoirs en matière de fixation des prix pour protéger les utilisateurs contre

l'emprise sur le marché potentiellement abusive des nouvelles sociétés. Le pouvoir de la Commission d'homologuer le projet de tarif présenté par une société de gestion fait partie de son rôle réglementaire en matière de fixation des prix.

[59] Il est indéniable qu'une des principales raisons pour lesquelles le législateur a élargi la portée du régime de gestion collective était son souhait de protéger les créateurs, qui avaient de la difficulté à faire valoir leurs droits dans un contexte de changements technologiques. Les créateurs souhaitaient agir collectivement, mais ils craignaient que, sans réglementation ni protection contre les poursuites pour complot, les nouvelles sociétés de gestion ne se heurtent à des problèmes en matière de droit de la concurrence (voir, par ex., le *Livre blanc de 1984*, p. 59-61). Le législateur a donc modifié la *Loi* pour sanctionner et encadrer la gestion collective des droits sans la limiter à l'exécution publique, permettant ainsi à de nouvelles sociétés de gestion de se former au fur et à mesure que les forces du marché l'exigeraient.

[60] Ces mesures se sont avérées avantageuses à plus d'un titre pour les titulaires de droits d'auteur. En permettant aux utilisateurs de libérer une grande quantité de droits d'auteur par l'intermédiaire d'une source unique et en réduisant les frais d'exploitation, les sociétés de gestion ont facilité l'acquisition des droits et, du coup, la rémunération des titulaires de droits. Comme l'a souligné la coalition des sociétés de gestion qui sont intervenantes dans le cadre du présent pourvoi : [TRADUCTION] « . . . l'objet de la gestion collective est de faciliter un marché efficace et fonctionnel pour l'échange d'œuvres protégées par le droit d'auteur » (voir aussi

Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, [2012] 2 R.C.S. 231, par. 11, les juges Abella et Moldaver).

[61] Les sociétés de gestion ont également été en mesure de contrôler plus efficacement l'utilisation des œuvres de leur répertoire et, dans certains cas, d'aider les titulaires de droits d'auteur à intenter des actions en violation du droit d'auteur, comme ce fut le cas lorsqu'Access Copyright a financé le litige à l'origine de l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 (« Spectre I », note 70). Comme la Cour d'appel fédérale l'a fait remarquer avec justesse :

L'hypothèse qui sous-tend l'argument d'Access Copyright [. . .] est que, pour être efficace, le tarif doit être obligatoire. À mon sens, cela ne va pas de soi. L'avantage des sociétés de gestion est qu'elles permettent aux titulaires de droits de mettre en commun leurs ressources pour faire valoir leurs droits à moindre coût. Cet avantage existe même s'il n'y a pas de tarifs obligatoires. [par. 203]

[62] Les sociétés de gestion peuvent par ailleurs intenter des actions en violation du droit d'auteur à l'égard d'œuvres de leur répertoire si elles sont effectivement titulaires de licences exclusives ou cessionnaires du droit d'auteur, ce qui n'est pas le cas d'Access Copyright (voir l'art. 41.23 de la *Loi sur le droit d'auteur* actuelle; voir aussi *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 20).

[63] Les sociétés de gestion bénéficient aussi d'un plus grand rapport de force que les titulaires de droits d'auteur qui agissent à titre individuel. La force d'une société de gestion dépend de la valeur qu'elle est capable d'offrir aux utilisateurs et de la

mesure dans laquelle elle peut se présenter comme la seule ou la principale source d'acquisition de droits. C'était le cas des sociétés de droits d'exécution que le législateur considérait comme un modèle viable pour les autres sociétés de gestion collective. Ainsi que le juge Parker le disait en 1935 : « [s]i ces usagers n'obtiennent pas l'autorisation d'exécuter le répertoire de la *Canadian Performing Right Society*, ils ne peuvent s'approvisionner ailleurs . . . » (p. 19). Durant les décennies qui ont suivi, la situation est demeurée pratiquement inchangée. L'absence de solutions de rechange concrètes pour traiter avec les sociétés de droits d'exécution a fait en sorte que les tarifs de ces dernières étaient [TRADUCTION] « obligatoires dans les faits, même s'ils ne l'étaient pas *de jure* » (« Spectre I », p. 158).

[64] Mais l'emprise d'une société de gestion sur le marché et sa capacité d'atteindre ses objectifs ne sont pas garanties par la *Loi*. Rien dans celle-ci n'est conçu pour soutenir les sociétés de gestion qui ont moins d'attrait aux yeux des utilisateurs et/ou des titulaires de droit. Comme l'explique le professeur Daniel J. Gervais :

. . . les titulaires de droits canadiens peuvent créer une nouvelle [organisation de gestion collective] s'ils sont insatisfaits de celle en place. En fait, les *utilisateurs* eux-mêmes pourraient agir de la sorte, comme le proposait un auteur bien connu dans le secteur de la reprographie. [En italique dans l'original.]

(Ministère du Patrimoine canadien, *Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins au Canada : perspective internationale* (2001), p. 28; voir également « Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada : An International Perspective » (2002), 1 *C.J.L.T.* 21, p. 26; Howard P. Knopf, « La gestion collective des droits d'auteur dans la communauté universitaire canadienne : une alternative au statu quo? » (1999), 12 *C.P.I.* 95.)

[65] Si une société de gestion ne dispose pas d'un répertoire assez vaste ou si de nouvelles sources leur offrent une meilleure valeur, les utilisateurs peuvent en arriver à la conclusion que la société de gestion n'est pas [TRADUCTION] « le moyen le plus rentable d'obtenir une licence » et préférer « négocier directement avec les titulaires de droits, ou par d'autres intermédiaires » (« Spectre I », p. 159).

[66] Ceci nous amène à l'objet du tarif homologué par lequel la Commission fixe les redevances de licence en vertu de l'art. 70.15, l'une des trois façons dont la Commission peut intervenir pour fixer des prix équitables dans le cadre du régime général. En plus de son pouvoir d'homologation des tarifs, la Commission peut fixer des redevances lorsque la société de gestion et l'utilisateur individuel ne parviennent pas à s'entendre sur les conditions et que l'une ou l'autre s'adresse à la Commission (art. 70.2 à 70.4). Et même lorsque les parties parviennent à s'entendre sans l'intervention de la Commission, la société de gestion ne sera protégée contre une poursuite intentée en application de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, que si elle dépose l'entente auprès de la Commission, qui peut ensuite l'examiner et, après avoir entendu le commissaire à la concurrence et les parties, peut modifier les redevances (art. 70.5 à 70.6). Étant donné que les redevances de licence sont d'une manière ou d'une autre toujours susceptibles de faire l'objet d'un examen de la part de la Commission, la société de gestion peut estimer qu'il est avantageux, sur le plan de l'efficacité, de faire homologuer au préalable par la Commission un tarif général qui s'appliquera à un grand nombre d'utilisateurs.

[67] L'ensemble des pouvoirs que possède la Commission en matière de fixation des prix protège les utilisateurs contre l'emprise déloyale que les sociétés de gestion pourraient exercer sur le marché. C'était manifestement l'objectif des modifications de 1936, qui habilitaient le Tribunal d'appel du Droit d'auteur à homologuer des états de redevances. Les rapports gouvernementaux et l'historique législatif illustrent que cet objectif a été maintenu à la suite des modifications de 1988 et de 1997.

[68] Lors des débats sur les modifications de 1988, l'hon. Flora MacDonald — qui était ministre des Communications et qui parrainait les modifications — a expliqué que le système proposé « existe depuis environ 50 ans pour l'exécution d'œuvres musicales [et] a prouvé son efficacité » et qu'il devait être étendu à d'autres secteurs protégés par le droit d'auteur (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 15 juin 1987, p. 7109). Tout en reconnaissant que la gestion collective comportait de nombreux avantages pour les titulaires de droits d'auteur, elle a servi une mise en garde en évoquant l'expérience vécue avec les premières sociétés de perception des droits, en faisant observer qu'une société de gestion peut « occuper une position de négociation tellement avantageuse que les intérêts des clients potentiels ne seront pas suffisamment protégés » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 26 juin 1987, p. 7667).

[69] Les rapports du gouvernement qui ont mené aux modifications vont dans le même sens. Le Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d'auteur a fait observer qu'on pouvait s'inspirer du

« système qui est actuellement utilisé [. . .] dans le cas des droits d'exécution des œuvres musicales » pour proposer un régime de gestion collective élargi (Chambre des communes, Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d'auteur, *Une charte des droits des créateurs et créatrices* (1985), p. 93). Le *Livre blanc de 1984* suggérait en outre que « [p]our protéger le public contre d'éventuels abus, on soumettrait ces sociétés au contrôle de la nouvelle Commission d'appel du droit d'auteur » (p. 60).

[70] Access Copyright affirme que le législateur a démontré son intention de rendre obligatoires les tarifs homologués par la Commission lorsqu'il a modifié le prédécesseur du par. 68.2(1) en 1988 en supprimant les mots « en paiement des licences qu'elle aura émises ou accordées », sur lesquels le juge Strayer s'est fondé dans l'affaire *Lion D'Or* pour conclure que l'utilisateur pouvait choisir d'accepter ou non une licence. Cela aurait été une façon fort inusitée pour le législateur d'exprimer sa volonté d'apporter un changement aussi radical à la *Loi*, d'autant plus que le contexte législatif continuait à démontrer clairement que les tarifs homologués faisaient partie d'un régime de licences de droits d'auteur. Les sociétés de gestion qui gèrent le droit d'auteur traditionnel, par opposition au droit à une rémunération équitable, le font dans le cadre de l'administration d'un « système d'octroi de licences » (al. 2 « société de gestion » a)). Lorsqu'une société de gestion exerce ses activités dans le cadre du régime général, elle est chargée « d'octroyer des licences » (art. 70.1). Et lorsqu'une société de gestion propose un tarif en vertu de l'al. 70.12a), elle le fait en vue d'établir « par licence » les redevances à verser et les modalités d'utilisation à respecter.

[71] L'interprétation qu'Access Copyright propose du par. 68.2(1) est non seulement non étayée par le rôle que joue la Commission en matière de fixation des prix, mais, avec égards, elle contredit également cet objectif. Au lieu de s'inscrire dans le cadre d'un système visant à endiguer le pouvoir potentiellement abusif des sociétés de gestion sur le marché, l'interprétation d'Access Copyright transformerait les tarifs en mécanisme manifestement *anticoncurrentiel*, renforçant ainsi le pouvoir des sociétés de gestion au détriment des utilisateurs.

[72] La théorie du tarif obligatoire avancée par Access Copyright aurait pour conséquence, sur le plan juridique, d'obliger l'utilisateur à acquitter intégralement les redevances dès qu'il deviendrait responsable de toute utilisation d'une œuvre du répertoire de la société de gestion qui emporterait violation du droit d'auteur. Ainsi, aux termes du tarif définitif d'Access Copyright visant les établissements d'enseignement postsecondaire pour les années 2011 à 2014, l'Université serait tenue de payer 24,80 \$ pour chacun de ses 45 000 étudiants équivalent temps plein, ce qui équivaldrait à plus d'un million de dollars par année, dès qu'elle ferait une seule utilisation qui emporterait violation du droit d'auteur sur une œuvre inscrite au répertoire d'Access Copyright. Pour une université qui tente de s'acquitter de ses obligations en matière de droits d'auteur en recourant à d'autres licences et en invoquant l'exception de l'utilisation équitable, toute utilisation emportant violation — c'est-à-dire toute utilisation non autorisée au titre de l'exception de l'utilisation équitable ou faisant l'objet d'une licence indépendante — pourrait ainsi rendre l'université passible de payer intégralement les redevances prévues au tarif. Cette [TRADUCTION] « épée de Damoclès », pour reprendre l'expression employée à juste

titre par l'intervenante Association des bibliothèques de recherche du Canada, rend complètement illusoire la liberté d'une université de s'acquitter de ses obligations en matière de droit d'auteur sans faire intervenir Access Copyright.

[73] Selon moi, il ne suffit pas de répondre que la Commission peut fixer des barèmes équitables et souples. Elle a pour mission de fixer des tarifs généraux pour une vaste catégorie d'utilisateurs et elle est intrinsèquement limitée dans sa capacité de tenir compte des besoins uniques de chaque utilisateur. De plus, selon la théorie d'Access Copyright, pour s'assurer de ne pas avoir à payer des frais de licence exorbitants qui ne tiennent pas compte de sa situation particulière, l'utilisateur serait obligé de consacrer des ressources importantes pour participer aux instances de la Commission chaque fois qu'une société de gestion déposerait un projet de tarif. Comme le souligne Access Copyright, le processus de fixation des tarifs est long et coûteux. Forcer tous les utilisateurs susceptibles d'être visés par un tarif à participer aux audiences de la Commission nuirait à leur capacité d'obtenir leurs droits d'autres sources et, par ricochet, limiterait la compétitivité des autres sources en question par rapport aux sociétés de gestion établies. Cela irait directement à l'encontre de l'objet du par. 68.2(1).

[74] Les doléances d'Access Copyright ne découlent pas tant, selon moi, du caractère volontaire des tarifs homologués, mais plutôt du fait qu'elle ne peut intenter d'action en violation du droit d'auteur au nom de ses membres. Dans la mesure où il s'agit d'un problème, cet état de fait n'a rien à voir avec le par. 68.2(1) et il déborde largement le cadre du présent pourvoi. Il est toutefois important de se rappeler

qu'Access Copyright a choisi d'exercer ses activités selon les modalités d'une licence non exclusive qui ne lui donne pas le droit d'intenter une poursuite pour violation des droits qu'elle administre. Rien n'oblige Access Copyright et ses membres à opter pour cette solution.

[75] Selon moi, l'examen précédent du texte, du contexte législatif, de l'objet de la loi et de la jurisprudence à l'appui mène à la conclusion que le par. 68.2(1) ne rend pas les tarifs homologués par la Commission du droit d'auteur en vertu de l'art. 70.15 opposables aux utilisateurs qui choisissent de ne pas obtenir de licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué.

[76] Il est bien entendu loisible au législateur de modifier la *Loi sur le droit d'auteur* s'il le juge opportun pour faciliter l'introduction d'actions en violation du droit d'auteur par les sociétés de gestion. Toutefois, selon les dispositions législatives actuelles qui nous intéressent dans le cadre du présent pourvoi, un tarif homologué ne peut être opposé à l'utilisateur qui n'accepte pas une licence.

[77] Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi d'Access Copyright. Ce qui nous amène à l'appel de l'Université du rejet de sa demande reconventionnelle par lequel elle sollicite un jugement déclaratoire.

[78] En réponse à l'action d'Access Copyright intentée devant la Cour fédérale en vue de faire exécuter le tarif provisoire, l'Université a déposé une demande reconventionnelle dans laquelle elle sollicitait un jugement déclarant que

[TRADUCTION] « les reproductions relevant des “Lignes directrices sur l’utilisation équitable à l’intention des professeurs et du personnel de l’Université (12/11/13)” [. . .] constituent une utilisation équitable ».

[79] La demande reconventionnelle de l’Université était liée à sa défense à l’action intentée par Access Copyright pour faire exécuter le tarif provisoire. Le caractère équitable de la reproduction au sens des Lignes directrices de l’Université ne constituait une question en litige entre les parties que si le tarif était opposable à l’Université.

[80] Ayant conclu que le tarif provisoire était contraignant, le juge de première instance s’est penché sur la demande reconventionnelle de l’Université fondée sur l’utilisation équitable. Il a conclu que les Lignes directrices n’étaient équitables ni dans leur formulation ni dans leur application, et il a refusé de rendre le jugement déclaratoire sollicité. La Cour d’appel a conclu que le tarif n’était pas contraignant et que, par conséquent, « la question de la validité des Lignes directrices de l’Université comme moyen de défense contre l’action d’Access Copyright ne se pose pas étant donné que le tarif n’est pas obligatoire et qu’Access Copyright ne peut pas intenter d’action en violation du droit d’auteur » (par. 206). La Cour d’appel a néanmoins examiné l’appel interjeté par l’Université du refus du juge de première instance de rendre un jugement déclarant que ses Lignes directrices étaient équitables. La cour a convenu avec le juge de première instance que les Lignes directrices n’étaient pas équitables et a rejeté la demande de jugement déclaratoire de l’Université.

[81] Le pourvoi formé par l'Université devant notre Cour vise à obtenir de celle-ci le jugement déclaratoire qui lui a été refusé tant par la Cour fédérale que par la Cour d'appel fédérale.

[82] À mon avis, il n'y a pas lieu de connaître de la demande de jugement déclaratoire présentée par l'Université dans la présente instance. La Cour a récemment énoncé le test à appliquer pour déterminer dans quels cas un jugement déclaratoire peut être accordé, dans l'arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] 1 R.C.S. 99, la juge Abella:

La partie qui demande réparation doit établir que le tribunal a compétence pour entendre le litige, que la question en cause est réelle et non pas simplement théorique et que la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue. Un jugement déclaratoire ne peut être rendu que s'il a une utilité pratique, c'est-à-dire s'il règle un « litige actuel » entre les parties. [Référence omise; par. 11.]

Dans l'arrêt *Daniels*, la Cour s'est inspirée de la décision *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, dans laquelle le juge Dickson avait affirmé qu'un jugement déclaratoire est un recours ouvert « à des personnes ayant un lien juridique dont découle une “véritable question” à trancher concernant leurs intérêts respectifs » (p. 830). En outre, plus récemment, dans l'arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, la Cour a souligné que « [l]'équité exige que les parties touchées par le jugement déclaratoire soient entendues » (par. 42, le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis).

[83] Vu notre conclusion sur le pourvoi d'Access Copyright selon laquelle le tarif provisoire n'est pas contraignant et n'est donc pas opposable à l'Université, il n'y a plus de question en litige entre les parties. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une action en violation du droit d'auteur, étant donné qu'Access Copyright n'a pas qualité pour intenter une telle action. De plus, les titulaires de droits d'auteur qui ont qualité pour intenter une action en violation à l'égard des activités de reproduction de l'Université ne sont pas parties à la présente instance et n'ont donc pas eu l'occasion de faire valoir leur point de vue ou de présenter des éléments de preuve sur la façon dont les Lignes directrices de l'Université interagissent avec leurs œuvres protégées par le droit d'auteur et les affectent. La conséquence indésirable d'une analyse de lignes directrices sur l'utilisation équitable en l'absence d'un véritable différend entre les intéressés est que cette analyse repose inévitablement sur des conclusions approximatives et des hypothèses générales qu'on ne peut rattacher à des cas précis de reproduction d'œuvres. Tous ces éléments font en sorte qu'il ne convient pas en l'espèce de considérer les Lignes directrices.

[84] Certes, dans l'affaire *CCH*, la Cour a rendu un jugement déclaratoire portant que « le Barreau ne viole pas le droit d'auteur lorsque la Grande bibliothèque fournit, sur demande, une seule copie d'une décision publiée, d'un résumé jurisprudentiel, d'une loi, d'un règlement ou d'une partie restreinte d'un texte provenant d'un traité conformément à sa Politique d'accès » (par. 76). Mais ce jugement a été rendu dans le contexte d'une action concrète en violation du droit d'auteur intentée par les personnes concernées, dans laquelle le Barreau s'appuyait sur

« ses propres pratiques et politiques » pour démontrer que l'utilisation qu'il faisait était équitable (par. 63).

[85] Il ne fait aucun doute, comme l'a fait valoir l'Université, que les lignes directrices sont importantes pour permettre aux établissements d'enseignement de faire profiter à leurs étudiants de l'exception relative à l'utilisation équitable. Comme l'écrit le professeur Samuel E. Trosow : [TRADUCTION] « . . . la méconnaissance générale des droits et des obligations de base en matière de droit d'auteur » constitue un « obstacl[e] sérieux [. . .] à la reconnaissance de l'utilisation équitable en tant que droit substantiel des utilisateurs » dans un contexte pédagogique (« Bill C-32 and the Educational Sector : Overcoming Impediments to Fair Dealing », dans Michael Geist, dir., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda* (2010), 541, p. 542). L'établissement de lignes directrices par les établissements d'enseignement peut contribuer à surmonter cet obstacle.

[86] Cela dit, l'utilité théorique des lignes directrices ne constitue pas une base suffisamment solide pour que la Cour puisse rendre un jugement déclaratoire s'il n'existe pas de véritable différend entre les parties ou si les personnes dont les droits sont en jeu ne sont pas parties à l'instance.

[87] Bien que je convienne donc que le jugement déclaratoire sollicité ne devrait pas être accordé, ce refus ne devrait pas être interprété comme une approbation du raisonnement de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale sur la question de

l'utilisation équitable. Ces aspects de leur jugement comportent des problèmes jurisprudentiels importants qui méritent d'être commentés.

[88] En commentant ces erreurs, il est important de souligner que les présents motifs ne tranchent pas la question de l'utilisation équitable, qui ne peut être décidée qu'à la lumière d'un contexte factuel. Nos propos visent plutôt à corriger certains aspects du raisonnement des juridictions d'instances inférieures qui, avec égards, détonnent par rapport à la jurisprudence de notre Cour. Bien que la rectification des erreurs commises par la Cour fédérale et par la Cour d'appel favorise la thèse qu'a défendue l'Université devant nous, les présents motifs ne portent que sur certains des facteurs qui entrent en jeu dans l'analyse de l'utilisation équitable, une analyse qui fait entrer en ligne de compte des faits et des facteurs qui n'ont pas été abordés en l'espèce.

[89] Le principal problème que comporte l'analyse des juridictions d'instances inférieures réside dans le fait qu'elles ont abordé la question de l'équité exclusivement du point de vue de l'établissement d'enseignement. Cette erreur a entaché leur analyse de plusieurs des facteurs relatifs à l'équité. En faisant reposer leur analyse sur le caractère institutionnel de la reproduction et sur les présumés objectifs commerciaux de l'Université, elles ont négligé le fait que l'utilisation équitable constitue un droit de l'utilisateur, de sorte que leur examen de l'équité était terminé avant même d'être commencé.

[90] La doctrine moderne de notre Cour en matière d'utilisation équitable illustre bien sa volonté plus générale de « romp[re] avec une conception jusque-là

centrée sur l'auteur de l'œuvre ainsi que sur le droit exclusif de l'auteur et du titulaire du droit d'auteur de décider de l'usage qui peut être fait de l'œuvre sur le marché » (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, [2012] 2 R.C.S. 326 (« *SOCAN* »), par. 9, la juge Abella). La Cour est [TRADUCTION] « à l'avant-garde lorsqu'elle interprète le droit en matière de droit d'auteur comme un équilibre à trouver entre le droit d'auteur et les droits des utilisateurs » et sa conception de l'utilisation équitable ne fait pas exception (Myra J. Tawfik, « The Supreme Court of Canada and the "Fair Dealing Trilogy" : Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law » (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191, p. 195). L'exception au titre de l'utilisation équitable constitue « l'un des moyens retenus par le législateur pour établir un juste équilibre entre protection et accès » (*SOCAN*, par. 11).

[91] Par conséquent, pour comprendre et appliquer la doctrine de l'utilisation équitable, il faut tout d'abord comprendre l'équilibre en matière de droit d'auteur. Ce dernier a des objectifs d'intérêt public. La relation entre les membres du public et les œuvres protégées par le droit d'auteur n'est pas simplement une [TRADUCTION] « conséquence des rapports qui existent entre l'auteur et son œuvre » (Carys J. Craig, « Locke, Labour and Limiting the Author's Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002), 28 *Queen's L.J.* 1, p. 6). Autrement dit, les avantages que tire le public de notre régime de protection du droit d'auteur représentent bien plus qu'une [TRADUCTION] « conséquence heureuse mais fortuite de la reconnaissance d'un droit privé » (p. 14-15, cité dans l'arrêt *SOCAN*, par. 9).

[92] En effet, l'un des principaux objectifs du droit d'auteur est d'accroître l'accès du public aux œuvres artistiques et intellectuelles et de faciliter leur diffusion, ce qui constitue une richesse pour la société et procure souvent aux utilisateurs les outils et l'inspiration nécessaires pour créer leurs propres œuvres. « Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société » (*Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 32, le juge Binnie).

[93] Il est cependant également vrai que la promesse d'une rétribution juste pour leurs œuvres protégées par le droit d'auteur offre aux créateurs les incitations nécessaires pour garantir un apport constant de nouvelles œuvres créatives dans la sphère publique. Comme l'explique le juge Binnie : « [d]'un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment » (par. 31). La recherche d'un juste équilibre garantit que les droits des créateurs sont reconnus, sans pour autant privilégier le contrôle exercé par les auteurs au détriment de l'intérêt public.

[94] Au bout du compte, les droits des titulaires du droit d'auteur et l'intérêt public ne devraient pas entrer en conflit les uns avec l'autre. Comme l'explique la professeure Tawfik, la législation sur le droit d'auteur a créé depuis longtemps [TRADUCTION] « un système intégré qui encourag[e] les créateurs à développer les connaissances tout en incitant l'industrie à diffuser le savoir et en encourageant les

utilisateurs à l'acquérir et, espérons-le, à s'en inspirer pour concevoir de nouvelles connaissances » (« History in the Balance : Copyright and Access to Knowledge », dans Geist, *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright »*, 69, p. 70). Les droits des créateurs et ceux des utilisateurs concourent mutuellement à l'atteinte des objectifs du droit d'auteur.

[95] En ce qui concerne le rôle que sont censées jouer l'utilisation équitable et les autres exceptions au droit d'auteur dans ce cadre normatif, le professeur Michael Geist explique ce qui suit :

[TRADUCTION] L'essence même de l'utilisation équitable est l'équité — équité envers le titulaire du droit d'auteur par la fixation de limites à l'utilisation de son œuvre sans sa permission et équité envers les utilisateurs par la garantie qu'ils peuvent exercer leurs droits d'utilisation équitable sans contraintes inutilement restrictives.

(« Fairness Found : How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use », dans Michael Geist, dir., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 157, p. 181)

Ou, comme le dit la professeure Craig :

[TRADUCTION] Fondamentalement, les principes sous-jacents au droit d'auteur supposent que les restrictions apportées à l'utilisation des œuvres par le public du fait de la création de droits privés sont susceptibles de favoriser l'intérêt du public à l'égard de la création et de la distribution généralisée des œuvres. Les limites de ces droits privés, qui sont délimitées par certaines exceptions, dont celle relative à l'utilisation équitable — et qui sont circonscrites par les limites du domaine public — sont donc essentielles pour s'assurer que le régime du droit d'auteur ne va pas à l'encontre de ses propres objectifs.

(« Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32 », dans Geist, *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright »*, 177, p. 179)

[96] Le cadre judiciaire qui en résulte en matière d'utilisation équitable a été défini dans l'arrêt *CCH*, où la juge en chef McLachlin a proposé un test à deux volets pour évaluer l'utilisation équitable au sens de l'art. 29 de la *Loi*, qui dispose :

29 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie ou de satire ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

La partie qui invoque l'utilisation équitable doit d'abord prouver que l'utilisation était destinée à une fin permise et, ensuite, qu'elle était équitable. Le cadre d'analyse de l'équité — qui est en fin de compte une question de fait — comporte six facteurs non exhaustifs : le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation (qui s'intéresse au nombre de copies effectuées ou distribuées et à la question de savoir si les copies sont conservées ou détruites après usage), l'ampleur de l'utilisation (qui porte sur la proportion utilisée de l'œuvre en cause et l'importance de l'extrait copié), l'existence de solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre (par. 53; voir aussi *SOCAN*, par. 13; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 R.C.S. 345, par. 12, la juge Abella).

[97] Il est admis en l'espèce que les professeurs de l'Université font des copies pour leurs étudiants pour la fin permise de l'éducation prévue à la première étape de l'analyse.

[98] Mais à la deuxième étape, où l'équité est évaluée, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont abordé l'analyse uniquement du point de vue de l'établissement d'enseignement, laissant de côté le point de vue des étudiants qui utilisent ces documents. Or, il est nécessaire de tenir compte des deux points de vue.

[99] Dans le contexte pédagogique, les instructeurs facilitent l'éducation de chacun de leurs étudiants qui ont des droits en matière d'utilisation équitable (*Alberta (Éducation)*, par. 22-23). Les tribunaux n'ont cependant pas à ignorer complètement le caractère institutionnel des pratiques d'une université en matière de reproduction et à adhérer à la fiction selon laquelle les copies ne sont faites que pour des utilisateurs individuels isolés. Lorsqu'un établissement défend ses pratiques en matière de reproduction, la quantité totale de copies qu'il effectue est nécessairement pertinente, par exemple, pour déterminer la nature de l'utilisation et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre (voir, par ex., *CCH*, par. 55 et 72; *SOCAN*, par. 42; *Alberta (Éducation)*, par. 30 et 33).

[100] En l'espèce, tout comme dans l'affaire *Alberta (Éducation)*, « le problème principal réside dans la manière dont [le juge de première instance] conçoit l'élément qui correspond au “but de l'utilisation” » dans le cadre de l'analyse de l'utilisation équitable (par. 15). En fait, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont toutes les

deux commis une erreur presque identique à celle de la Commission du droit d'auteur dans la cause *Alberta (Éducation)*. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si les photocopies de courts extraits de manuels et d'autres ouvrages littéraires par des enseignants du secondaire et remises aux élèves comme lectures obligatoires constituaient une utilisation équitable aux fins de « recherche ou d'étude privée ». Cette affaire était antérieure à l'adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20, qui a ajouté l'« éducation » à la liste des fins permises. La Commission avait conclu à la première étape de l'analyse que les copies avaient été produites aux fins permises d'étude privée ou de recherche, ajoutant toutefois, à la deuxième étape, que l'utilisation avait pour fin prédominante « l'enseignement », ce qui ne relevait pas de l'étude privée ou de la recherche.

[101] Notre Cour a rejeté l'approche de la Commission dans un passage qui s'applique directement au présent pourvoi :

... l'utilisation équitable est un « droit des utilisateurs ». Il convient d'adopter le point de vue de ces derniers pour déterminer, au premier volet du critère de l'arrêt *CCH*, s'il y a utilisation à une fin permise. [...] Il ne s'ensuit toutefois pas que le but de l'auteur des copies ne compte pas au second volet. Lorsque [...] sous le couvert d'une fin permise à l'utilisateur, l'auteur des copies se livre à une utilisation distincte qui est de nature à rendre l'utilisation inéquitable, cette autre fin distincte est également prise en compte dans l'analyse du caractère équitable.

Cependant, en l'espèce, l'enseignant ne poursuit pas une telle fin distincte. Il n'a pas de motif inavoué lorsqu'il fournit des copies à ses élèves. [...] [I]l est là pour faciliter la recherche et l'étude privée des élèves. Il est à mon avis axiomatique que la plupart des élèves sont incapables de trouver ou de demander les documents que requièrent leurs propres recherche et étude privée et qu'ils dépendent à cet égard de l'enseignant. Ils étudient ce qu'on leur dit d'étudier, et la fin que poursuit l'enseignant lorsqu'il fait des copies est celle de procurer à ses élèves le matériel nécessaire à leur apprentissage. [par. 22-23]

En outre, dans l'arrêt *SOCAN*, la Cour a expliqué dans le même ordre d'idées que « l'angle d'analyse prédominant » pour déterminer le but de l'utilisation est « celui de l'utilisateur [. . .] lors de l'écoute préalable » (par. 34).

[102] En d'autres termes, contrairement à l'opinion de la Cour d'appel fédérale, dans le contexte pédagogique, ce n'est pas seulement le point de vue de l'établissement qui compte. Lorsque le professeur d'université fait des copies pour ses étudiants, il n'agit pas « sous le couvert d'une fin permise à l'utilisateur [pour] se livre[r] à une utilisation distincte qui est de nature à rendre l'utilisation inéquitable ».

[103] La Cour d'appel fédérale a donc conclu à tort, lorsqu'elle s'est penchée sur le but de l'utilisation, que seul « le point de vue de cet établissement [. . .] importe » et que l'objectif financier que visait l'Université « indiqu[ait] clairement qu'il y avait iniquité » (par. 238 et 241). L'argent « épargné » grâce à l'exercice légitime du droit à l'utilisation équitable concerne précisément l'objectif premier de l'université, à savoir l'éducation, et non un objectif commercial inavoué (voir Lisa Macklem et Samuel Trosow, « Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality : Lessons From the COVID-19 Crisis » (2020), 32 *I.P.J.* 215, p. 238). Les photocopies réalisées par les enseignants universitaires à l'usage des étudiants ont pour but l'éducation de ces derniers. Il convient toutefois de tenir compte des faits pertinents de chaque espèce pour se prononcer sur le caractère équitable de l'utilisation.

[104] Par ailleurs, les reproches que le juge de première instance adresse aux Lignes directrices de l'Université, en raison du fait que différents extraits d'une même

œuvres pourraient être distribués à différents étudiants de sorte que l'œuvre entière d'un auteur pourrait finir par être distribuée au complet, sont également contredits par l'arrêt *SOCAN*, selon lequel « [p]uisque le droit d'utilisation équitable correspond à un droit des utilisateurs, il faut déterminer "l'ampleur" en fonction de l'utilisation individuelle, et non globale » (par. 41; voir également *Alberta (Éducation)*, par. 29).

[105] De plus, même s'il est vrai que « l'aspect quantitatif de la diffusion globale est déjà pris en compte en fonction de la "nature de l'utilisation" » (*SOCAN*, par. 42; voir également *CCH*, par. 55; *Alberta (Éducation)*, par. 29), ainsi que notre Cour l'a bien précisé dans l'arrêt *SOCAN*, « l'utilisation organisée et à grande échelle » n'est pas « intrinsèquement inéquitable » (par. 43). Dans l'affaire *SOCAN*, dans laquelle des copies pouvaient facilement être distribuées en grandes quantités sur Internet, notre Cour a prévenu que le fait de s'attacher à l'utilisation « globale » risquait de « mener à une conclusion d'utilisation inéquitable beaucoup plus souvent pour les œuvres qui sont numérisées que pour celles qui ne le sont pas » (par. 43). Par extension, le facteur relatif à la nature de l'utilisation doit être appliqué avec précaution dans le contexte universitaire, où les utilisations que font les grandes universités pour le compte de leurs étudiants pourraient conduire à des conclusions d'iniquité lorsqu'elles sont comparées à celles de plus petites universités. Cela irait à l'encontre du droit des utilisateurs à l'utilisation équitable.

[106] En fin de compte, la question qui se pose dans une affaire portant sur les pratiques d'utilisation équitable d'une université est celle de savoir si ces pratiques contribuent à la matérialisation du droit des étudiants de recevoir du matériel de cours

à des fins d'éducation d'une manière équitable, conformément à l'équilibre sous-jacent entre les droits des utilisateurs et les droits que la *Loi* confère aux créateurs. Comme nous ne sommes pas appelés à trancher le fond du pourvoi de l'Université sur l'utilisation équitable, il n'y a aucune raison de répondre à cette question dans la présente affaire.

[107] À la lumière de ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de l'Université formé contre le rejet de sa demande reconventionnelle mais, dans les circonstances, sans dépens.

[108] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi formé par Access Copyright avec dépens.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelante/intimée l'Université York : Borden Ladner Gervais, Ottawa; Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intimée/appelante Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright ») : Torys, Toronto; Canadian Copyright Licensing Agency, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC) : Cabinet Payette, Lévis.

Procureurs des intervenants Authors Alliance et Ariel Katz : Lenczner Slaght, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des bibliothèques de droit : JFK Law Corporation, Vancouver.

Procureur des intervenantes l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université et la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants : Association canadienne des professeures et professeurs d'université, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureur des intervenants le Centre de droit des affaires et du commerce international et la Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique : Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique : Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Société de perception de droit d'auteur du Canada : Gowling WLG (Canada), Toronto.

Procureurs des intervenants l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, la Société collective de retransmission du Canada, CONNECT Music Licensing Service Inc. et la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec : Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des producteurs médiatiques et l'Association québécoise de la production médiatique : Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.

Procureurs des intervenants International Authors Forum, la Fédération Internationale des Organisations de Droits de Reproduction et l'Union internationale des éditeurs : Gowling WLG (Canada), Ottawa.

*Procureurs des intervenants Association of Canadian Publishers,
Canadian Publishers' Council et Writers' Union of Canada : Stockwoods, Toronto.*

Procureurs de l'intervenante l'Association des bibliothèques de recherche du Canada : Ridout & Maybee, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Consortium du droit d'auteur du Conseil des Ministres de l'Éducation (Canada) : Wanda Noel Barrister & Solicitor, Ottawa.

Procureurs des intervenants Music Canada, les Éditeurs de Musique au Canada, l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, l'Association des professionnels de l'édition musicale et Canadian Independent Music Association : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Collèges et Instituts Canada : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Universités Canada : Universités Canada, Ottawa.