



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Société canadienne
des auteurs, compositeurs et
éditeurs de musique c.
Entertainment Software
Association, 2022 CSC 30

APPEL ENTENDU : 18 janvier
2022

JUGEMENT RENDU : 15 juillet
2022

DOSSIER : 39418

ENTRE :

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
Appelante

et

**Entertainment Software Association, Association canadienne du logiciel de
divertissement, Apple Inc., Apple Canada Inc., Bell Canada, Québecor
Média Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications et Pandora
Media Inc.**
Intimées

ET ENTRE :

Music Canada
Appelante

et

**Entertainment Software Association, Association canadienne du logiciel de
divertissement, Apple Inc., Apple Canada Inc., Bell Canada, Québecor
Média Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications et Pandora
Media Inc.**
Intimées

Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Éditeurs de musique au Canada, Association des professionnels de l'édition musicale, Association canadienne des bibliothèques de droit, Library Futures Institute et Ariel Katz
Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

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

MOTIFS DE JUGEMENT : Le juge Rowe (avec l'accord du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté, Brown, Kasirer et Jamal)
(par. 1 à 114)

MOTIFS CONCORDANTS : La juge Karakatsanis (avec l'accord de la juge Martin)
(par. 115 à 161)

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*.

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique *Appelante*

c.

**Entertainment Software Association,
Association canadienne du logiciel de divertissement,
Apple Inc.,
Apple Canada Inc.,
Bell Canada,
Québecor Média Inc.,
Rogers Communications Inc.,
Shaw Communications et
Pandora Media Inc.**

Intimées

- et -

Music Canada

Appelante

c.

**Entertainment Software Association,
Association canadienne du logiciel de divertissement,
Apple Inc.,
Apple Canada Inc.,
Bell Canada,
Québecor Média Inc.,
Rogers Communications Inc.,
Shaw Communications et
Pandora Media Inc.**

Intimées

et

**Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko,
Éditeurs de musique au Canada,
Association des professionnels de l'édition musicale,
Association canadienne des bibliothèques de droit,
Library Futures Institute et
Ariel Katz**

Intervenants

**Répertoire : Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
c. Entertainment Software Association**

2022 CSC 30

N° du greffe : 39418.

2022 : 18 janvier; 2022 : 15 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Communication au public par télécommunication — Mise à la disposition en ligne — Transmissions sur demande — Modification à la Loi sur le droit d'auteur précisant que la communication d'une œuvre au public par télécommunication comprend sa mise à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement — Conclusion de la Commission du droit d'auteur portant que la

modification oblige les utilisateurs à payer une redevance lorsque l'œuvre est mise à la disposition du public en ligne et une autre redevance lorsque l'œuvre est téléchargée ou diffusée en continu par un membre du public — La modification a-t-elle pour effet de créer un nouveau droit de mise à la disposition justifiant rémunération? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.4(1.1), 3(1)f).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable lorsque l'organisme administratif et les cours de justice ont compétence concurrente en première instance sur des questions de droit.

En 1997, le Canada a signé le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, l'un des deux traités négociés afin d'adapter les règles internationales en matière de droit d'auteur aux technologies nouvelles et émergentes. Le Traité énumère diverses protections que les États membres doivent offrir aux auteurs. L'article 8 prévoit que les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif de mettre leurs œuvres à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. En 2012, le Parlement a ajouté le par. 2.4(1.1) à la *Loi sur le droit d'auteur* au moyen de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* (« *LMDA* ») afin de mettre en œuvre les droits et protections prévus par le Traité. Le paragraphe 2.4(1.1) modifie l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* en précisant que « constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que

chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

Dans le contexte d'une procédure de fixation d'un tarif pour les services de musique en ligne, la Commission du droit d'auteur du Canada, qui a compétence concurrente en première instance avec les cours de justice sur certains aspects de la *Loi sur le droit d'auteur*, a conclu que, selon le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public est une activité distincte protégée et justifiant rémunération. Cela voulait dire qu'il faudrait payer deux redevances lorsqu'une œuvre est mise en circulation en ligne : (1) lorsqu'elle est mise à la disposition du public en ligne et (2) lorsqu'elle est diffusée en continu ou téléchargée. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Commission. Elle a jugé que le Parlement ne souhaitait pas créer un nouveau droit de mise à la disposition justifiant rémunération, et que, interprété correctement, le par. 2.4(1.1) n'assujettissait pas les téléchargements et les diffusions en continu à deux redevances.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe, Kasirer et Jamal : La *Loi sur le droit d'auteur* n'exige pas que les utilisateurs paient deux redevances pour avoir accès à une œuvre en ligne. L'interprétation du par. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui est la plus compatible avec son texte, sa structure, son objet et son contexte est que le par. 2.4(1.1) clarifie (1) que l'al. 3(1)f) s'applique aux diffusions sur demande, et (2) qu'une œuvre est exécutée dès qu'elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu sur demande. Cette interprétation est

neutre d'un point de vue technologique et permet au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8 du Traité grâce à une combinaison des droits d'exécution, de reproduction et d'autorisation visés au par. 3(1). Si une œuvre est diffusée en continu ou mise à la disposition du public pour diffusion sur demande, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est téléchargée, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement, le droit de l'auteur d'en autoriser les reproductions entre en jeu. La protection ne souffre d'aucune lacune. Si une œuvre est téléchargée ou mise à la disposition du public pour téléchargement, l'al. 3(1)f ne s'applique pas. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu, puis diffusée en continu ultérieurement, l'al. 3(1)f ne s'applique qu'une fois.

La décision de la Commission devrait être contrôlée selon la norme de la décision correcte. Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, la Cour a reconnu cinq catégories de questions appelant la norme de la décision correcte. Aucune de ces catégories ne justifie l'application de la norme de la décision correcte dans les situations de compétence concurrente en première instance entre un organisme administratif et une cour de justice. Néanmoins, dans des circonstances rares et exceptionnelles, de nouvelles catégories de questions appelant la norme de la décision correcte peuvent être reconnues lorsqu'appliquer la norme de la décision raisonnable dénaturerait l'intention du législateur ou ébranlerait la primauté du droit d'une façon analogue aux cinq catégories de questions appelant la norme de la décision correcte analysées dans

Vavilov. Lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi, il s'agit de l'une de ces circonstances rares et exceptionnelles où il convient de reconnaître une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte. Appliquer la norme de la décision correcte concorde avec l'intention du législateur — il y a lieu d'inférer qu'en conférant une compétence concurrente en première instance entre les cours de justice et les organismes administratifs, le législateur voulait assujettir ces décisions aux normes de contrôle applicables en appel. Appliquer la norme de la décision correcte favorise également la primauté du droit. Premièrement, lorsqu'il y a compétence concurrente en première instance, le législateur fait expressément intervenir les cours de justice dans l'interprétation d'une loi, ce qui implique forcément, en l'absence d'une directive contraire de sa part, que les cours de justice fonctionneront suivant leurs normes établies. Deuxièmement, cela évite des interprétations législatives contradictoires et offre un moyen de gérer des décisions contradictoires entre les cours de justice et les tribunaux administratifs. Troisièmement, cette catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte peut être définie avec précision, car elle ne s'appliquera que lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi.

Un traité devrait être examiné pour interpréter les lois qui visent à le mettre en œuvre. Le traité est pertinent à l'étape du contexte en matière d'interprétation législative. Point n'est besoin de relever une ambiguïté dans le texte d'une loi avant d'examiner le traité. Si le texte le permet, la loi devrait être interprétée de manière à

respecter les obligations du Canada découlant du traité, conformément à la présomption de conformité. Un traité ne peut toutefois supplanter l'intention claire du législateur. La cour doit interpréter ce que le législateur a édicté et non subordonner cet exercice à ce dont l'organe exécutif fédéral a convenu à l'international.

L'article 8 du Traité est un élément important du contexte du par. 2.4(1.1), parce que le Parlement voulait acquitter les obligations du Canada découlant de l'art. 8 au moyen du par. 2.4(1.1) : le préambule de la *LMDA* précise que cette loi a été édictée en partie pour mettre en œuvre les « normes » du Traité; le libellé de l'art. 8 et celui du par. 2.4(1.1) sont semblables. Le Traité a en outre été ratifié peu après l'adoption de la *LMDA*, et un mémoire explicatif déposé à la Chambre des communes indiquait que la *LMDA* avait été élaborée dans le but de mettre en œuvre les droits et protections prévus par le Traité.

L'interprétation qui est donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission est incompatible avec son texte et sa structure, elle mine l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*, et elle n'est pas requise par l'art. 8. Pour bien comprendre le texte du par. 2.4(1.1), il est nécessaire de considérer l'organisation fondamentale de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le paragraphe 3(1) commence par énoncer de manière exhaustive les trois droits conférés aux auteurs à l'égard d'une œuvre, à savoir : le droit (1) de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, (2) le droit d'exécuter l'œuvre ou de la représenter en public et (3) le droit de publier une œuvre non publiée. Une activité unique ne peut faire intervenir qu'un seul des trois droits prévus dans cette

disposition. Dans le cas du téléchargement d'une œuvre, ce qui donne à l'utilisateur une copie durable de l'œuvre, seul le droit de reproduction conféré à l'auteur entre en jeu. Lorsqu'une œuvre est diffusée en continu, ce qui permet à l'utilisateur de profiter de l'œuvre pendant une période limitée, seul le droit d'exécution dont est titulaire l'auteur entre en jeu. Les auteurs ont le droit de recevoir des redevances pour l'utilisation de leurs œuvres lorsqu'une activité fait intervenir l'un des droits énoncés au par. 3(1). Le texte du par. 2.4(1.1) ne donne aucunement à croire que le Parlement voulait permettre aux auteurs de percevoir deux redevances pour une seule activité protégée. L'interprétation de la Commission est en outre complètement incompatible avec les conclusions tirées par la Cour dans *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, et *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, où elle a expliqué que les téléchargements et les transmissions en continu constituaient des activités uniques. Si le Parlement avait voulu traiter l'acte de mise à la disposition comme une nouvelle activité justifiant une rémunération distincte, la façon de le faire aurait été d'ajouter la « mise à la disposition » en tant que quatrième droit dans la disposition liminaire du par. 3(1), plutôt que de modifier la portée de l'al. 3(1)f).

L'interprétation de la Commission mine aussi l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*, parce qu'elle viole le principe de la neutralité technologique en exigeant que les utilisateurs paient des redevances additionnelles pour accéder aux œuvres en ligne. La distribution d'œuvres équivalentes sur le plan fonctionnel par des moyens

technologiques anciens ou nouveaux devrait mettre en jeu les mêmes droits. Ce qui compte, c'est ce que reçoit l'utilisateur, et non la manière dont il le reçoit. Si cette nouvelle technologie donne aux utilisateurs des copies durables d'une œuvre, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si la nouvelle technologie donne aux utilisateurs un accès temporaire à l'œuvre, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Il faudrait une intention claire du législateur pour déroger au principe de la neutralité technologique étant donné l'importance capitale de ce principe pour l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme il n'y a aucune raison persuasive de conclure que le Parlement voulait déroger au principe de la neutralité technologique, il convient d'interpréter le par. 2.4(1.1) de manière à ce que son application respecte le principe de neutralité technologique.

Enfin, bien que la Commission ait conclu à juste titre que l'art. 8 du Traité exige que les États membres protègent l'acte de mettre les œuvres à la disposition du public, mais aussi tout téléchargement ou toute diffusion en continu qui pourraient avoir lieu subséquemment, cette obligation n'exige pas l'imposition de redevances additionnelles sur le contenu téléchargé ou diffusé en continu. Chaque État peut s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8 en prévoyant un droit explicite de mise à la disposition ou par le truchement d'une combinaison de droits préexistants. Pourvu que la *Loi sur le droit d'auteur* donne effet aux objectifs de l'art. 8 par une combinaison de droits, le Canada respecte ses obligations au titre de l'art. 8.

Les juges Karakatsanis et Martin : La norme de contrôle applicable à la

décision de la Commission devrait être celle de la décision raisonnable. En créant une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte seulement trois ans après la mise en œuvre d'un cadre de contrôle judiciaire exhaustif par les juges majoritaires de la Cour dans l'arrêt *Vavilov*, on compromet la certitude et la prévisibilité promises dans cet arrêt. L'arrêt *Vavilov* a établi explicitement une présomption d'application de la norme de la décision raisonnable qui ne pouvait être réfutée que dans cinq situations. La compétence concurrente en première instance n'en faisait pas partie. La création d'une sixième catégorie est simplement contraire aux motifs des juges majoritaires dans *Vavilov*.

Bien que la Cour n'ait pas fermé définitivement la porte à la possibilité qu'une autre catégorie puisse être reconnue, l'établissement de nouvelles catégories était expressément réservé aux circonstances possibles qui ne pouvaient pas être raisonnablement prévues. Les motifs dans *Vavilov* découlaient d'une étude fouillée de la jurisprudence applicable, notamment d'arrêts récents où la norme de la décision correcte a été appliquée, comme *Rogers*. Il est donc illusoire de laisser entendre que la jurisprudence même de la Cour représente une combinaison possible de circonstances qu'elle n'a pas pu envisager. Et ni l'intention du législateur ni la primauté du droit ne peut élever la présente affaire au rang des circonstances rares et exceptionnelles — conclure autrement écarterait le cadre d'analyse régissant la norme de contrôle récemment établi par la Cour.

Lorsqu'il s'agit d'appliquer la norme de la décision raisonnable, le contexte ne modifie pas la norme ou le degré d'examen que doit appliquer la cour de révision, mais il est évidemment important pour déterminer si la décision en soi est raisonnable. De plus, lorsque la norme de la décision raisonnable s'applique aux questions d'interprétation de la loi, la cour de révision doit examiner la décision administrative dans son ensemble, y compris les motifs fournis par le décideur et le résultat obtenu. La cour s'acquitte de cette tâche en se référant au principe moderne d'interprétation des lois, selon lequel les mots comptent, les objectifs de politique générale comptent et les conséquences comptent. Ce n'est pas un exercice purement textuel.

Même d'après la norme de la décision raisonnable, l'omission de la Commission d'examiner la jurisprudence importante et contraignante de la Cour et les thèmes sous-jacents de la *Loi sur le droit d'auteur* était déraisonnable. Il était déraisonnable pour la Commission de ne pas tenir compte de l'arrêt de la Cour dans *Entertainment Software Association* — l'arrêt de principe sur l'al. 3(1)f). Bien que la Commission ait souligné à juste titre que l'affaire *Entertainment Software Association* avait été décidée dans un contexte législatif différent, trois aspects cruciaux sont demeurés les mêmes : (i) le libellé de l'al. 3(1)f), (ii) la distinction fondamentale dans la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits d'exécution et les droits de reproduction, et (iii) l'engagement du Parlement à préserver la neutralité technologique. Si la Commission avait véritablement examiné l'arrêt *Entertainment Software Association*, elle n'aurait pas rendu une décision qui considère les téléchargements — une activité de reproduction — comme un acte de communication, et n'aurait pas non plus créé

deux droits distincts pour une seule activité.

La décision de la Commission était aussi déraisonnable dans le contexte plus général du régime législatif. Premièrement, dans ses motifs, la Commission n'aborde pas véritablement les doubles redevances qui résulteraient du téléchargement ou de la diffusion en continu de l'œuvre par la suite. Cette omission était déraisonnable à la lumière de la mise en garde de la Cour contre ce genre précis de palier supplémentaire de droits. Deuxièmement, l'interprétation avancée par la Commission n'est pas neutre sur le plan technologique puisqu'elle ouvre la porte à une double redevance simplement parce que l'activité a lieu en ligne. La Commission ne pouvait souscrire à une interprétation qui s'appliquait différemment à divers médias sans que cela n'ait pour effet de supplanter l'intention du Parlement.

Puisqu'il ne s'agit pas d'un cas où l'omission est un aspect mineur du contexte interprétatif, l'interprétation donnée par la Commission au par. 2.4(1.1) ne saurait être acceptée. Si la norme de la décision correcte était la norme applicable, il y aurait accord avec la majorité pour dire que le par. 2.4(1.1) ne pouvait pas être interprété comme créant un nouveau droit indépendant qui entre en jeu lorsque les œuvres sont mises à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu sur demande, ni créant un tarif distinct. Rien dans le texte, le contexte ou l'objet du par. 2.4(1.1) n'indique le contraire, particulièrement lorsque l'on interprète cette disposition à la lumière du contexte juridique dans lequel elle s'applique.

Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

Arrêts appliqués : *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; **arrêts examinés :** *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; **arrêts mentionnés :** *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398; *Rahaman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 89, [2002] 3 C.F. 537; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 CSC 32; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339;

Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc., 2019 CSC 43, [2019] 3 R.C.S. 418; *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; *SOCAN — Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)*, 1999 CanLII 35813; *Warman c. Fournier*, 2012 CF 803.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; **arrêts examinés :** *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel*

en matière de lésions professionnelles), [1993] 2 R.C.S. 756; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.

Lois et règlements cités

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

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

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.4(1.1), 3(1), 14.1, partie II, 15(1.1)d), 18(1.1)a), 27(1), 28.1, partie VII.1.

Traités et autres instruments internationaux

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 828 R.T.N.U. 221.

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, R.T. Can. 2014 n° 20, art. 8.

Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, R.T. Can. 2014 n° 21.

Doctrine et autres documents cités

- Bently, L., and B. Sherman. *Intellectual Property Law*, 4th ed., New York, Oxford University Press, 2014.
- Craig, Carys J. « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 271.
- de Beer, Jeremy. « Copyright Royalty Stacking », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 335.
- Drassinower, Abraham. « Copyright Is Not About Copying » (2012), 125 *Harv. L. Rev. F.* 108.
- États-Unis. United States Copyright Office. *The Making Available Right in the United States : A Report of the Register of Copyrights*, Washington (D.C.), February 2016.
- Ficsor, Mihály. *The Law of Copyright and the Internet : The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, New York, Oxford University Press, 2002.
- Foong, Cheryl. *The Making Available Right : Realizing the Potential of Copyright's Dissemination Function in the Digital Age*, Northampton (Mass.), Edward Elgar, 2019.
- Ginsburg, Jane C. « The (New?) Right of Making Available to the Public », in Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Working Paper No. 04-78, 2004.
- Harris, Lesley Ellen. *Canadian Copyright Law*, 4th ed., Hoboken (N.J.), Wiley, 2014.
- Keller, Ryan. « Moving Toward a Balanced “Making Available Right” in Canada » (2014), 27 *I.P.J.* 213.
- Makeen, Makeen Fouad. « Video streaming and the communication to the public right in the United States and European Union », in Tanya Aplin, ed., *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Northampton (Mass.), Edward Elgar, 2020, 246.
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated June 2022, release 3).
- Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d’auteur et de droits voisins. *Proposition de base concernant les dispositions de fond du Traité sur certaines questions relatives à*

la protection des œuvres littéraires et artistiques soumise à l'examen de la Conférence diplomatique, Doc. CRNR/DC/4, 30 août 1996.

Reinbothe, Jörg, and Silke von Lewinski. *The WIPO Treaties 1996 : The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty — Commentary and Legal Analysis*, London, Butterworths LexisNexis, 2002.

Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed., New York, Oxford University Press, 2005 (2010 reprint).

Rowe, Malcolm, and Leanna Katz. « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.

Sookman, Barry B. *Sookman : Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated June 2022, release 2).

Sookman, Barry, Steven Mason and Carys Craig. *Copyright : Cases and Commentary on the Canadian and International Law*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Pelletier, Stratas et Near), **2020 CAF 100**, [2021] 1 R.C.F. 374, [2020] A.C.F. n° 671 (QL), 2020 CarswellNat 6415 (WL), qui a annulé une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada, n° CB-CDA 2017-085, [2017] D.C.D.A. n° 11 (QL), 2017 CarswellNat 4236 (WL). Pourvoi rejeté.

Casey M. Chisick, D. Lynne Watt, Matthew S. Estabrooks et Eric Mayzel, pour l'appelante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

Barry B. Sookman, Daniel G. C. Glover et Connor Bildfell, pour l'appelante Music Canada.

Gerald (Jay) Kerr-Wilson, Michael Shortt et Stacey Smydo, pour les intimées Entertainment Software Association, l'Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc. et Shaw Communications.

Julie Rosenthal et Michael Koch, pour les intimées Apple Inc. et Apple Canada Inc.

David W. Kent et Jonathan O'Hara, pour l'intimée Pandora Media Inc.

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

Jessica Zagar, pour les intervenants les Éditeurs de musique au Canada et l'Association des professionnels de l'édition musicale.

Kim Paula Nayyer et Robert Janes, c.r., pour les intervenantes l'Association canadienne des bibliothèques de droit et Library Futures Institute.

Sana Halwani et Andrew Moeser, pour l'intervenant Ariel Katz.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges
Moldaver, Côté, Brown, Rowe, Kasirer et Jamal rendu par

LE JUGE ROWE —

I. Survol

[1] La *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, exige-t-elle que les utilisateurs paient deux redevances pour avoir accès à une œuvre en ligne, même s'ils ne doivent payer qu'une seule redevance pour accéder à cette même œuvre hors ligne?

[2] La réponse à cette question dépend de l'interprétation correcte du par. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le paragraphe 2.4(1.1) modifie la définition de l'al. 3(1)f) en précisant qu'une œuvre est *communiquée* au public dès qu'elle est mise à leur disposition de manière « que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». La Commission du droit d'auteur du Canada a conclu que le par. 2.4(1.1) désigne le fait de mettre une œuvre à la disposition du public comme une activité distincte protégée et justifiant rémunération. En pratique, cela signifiait que les utilisateurs devaient désormais payer deux redevances pour accéder à des œuvres en ligne — une redevance pour « la mise à la disposition du public des œuvres » et une autre lorsque l'œuvre était téléchargée ou diffusée en continu. La Commission a conclu qu'il s'agissait de la seule interprétation permettant au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit*

d'auteur, R.T. Can. 2014 n° 20, de 1996, qui exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit exclusif de contrôler l'acte de mise à la disposition d'œuvres.

[3] La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Commission. Elle a conclu que la Commission s'était trop attardée au sens de l'art. 8 et pas suffisamment au sens du par. 2.4(1.1). Si elle avait interprété correctement le par. 2.4(1.1), la Commission aurait constaté que le Parlement ne voulait pas assujettir les téléchargements et les diffusions en continu à deux redevances.

[4] Les appelantes, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN ») et Music Canada, demandent à notre Cour d'infirmar la décision de la Cour d'appel et d'adopter l'interprétation qu'a donnée la Commission au par. 2.4(1.1).

[5] Je ne saurais souscrire à l'interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission. La *Loi sur le droit d'auteur* n'existe pas exclusivement au profit des auteurs. Son objectif général est de mettre en équilibre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs en garantissant une juste rétribution aux auteurs tout en facilitant l'accès du public aux œuvres. L'atteinte de cet équilibre bénéficie à la société. Les auteurs sont encouragés à produire plus d'œuvres, et les utilisateurs ont accès à des œuvres dont ils peuvent s'inspirer pour réaliser leurs propres créations artistiques et intellectuelles originales.

[6] Le principe de la neutralité technologique contribue à l'atteinte, par la *Loi sur le droit d'auteur*, de cet équilibre entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs. Suivant ce principe, en l'absence d'une intention contraire du Parlement, la *Loi sur le droit d'auteur* ne devrait pas être interprétée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Elle protège les auteurs et les utilisateurs en veillant à ce que les œuvres fassent intervenir les mêmes droits et donnent droit aux mêmes redevances, peu importe le moyen technologique utilisé pour mettre les œuvres en circulation.

[7] L'interprétation de la Commission s'écarte du principe de la neutralité technologique. Elle exige que les utilisateurs versent des redevances additionnelles pour accéder à des œuvres en ligne. Exiger que les utilisateurs paient des redevances additionnelles en fonction du mode de circulation de l'œuvre viole le principe de la neutralité technologique et rompt l'équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs qui sous-tend la *Loi sur le droit d'auteur* depuis des décennies, faisant nettement pencher la balance en faveur des auteurs.

[8] L'interprétation de la Commission n'est pas requise par l'art. 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*. Quoique l'interprétation que donne la Commission au par. 2.4(1.1) permettrait au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8, d'autres interprétations du par. 2.4(1.1) s'accordent davantage avec son texte, son contexte et son objet, et sont également conformes à l'art. 8. À mon avis, le par. 2.4(1.1) vient éclaircir deux points : (1) l'al. 3(1)f) s'applique aux technologies sur

demande et (2) la représentation d'une œuvre commence dès qu'elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu. Cette interprétation du par. 2.4(1.1) est neutre d'un point de vue technologique et permet au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8 grâce à une combinaison des droits d'exécution, de reproduction et d'autorisation visés au par. 3(1). Si une œuvre est diffusée en continu ou mise à la disposition du public pour diffusion sur demande, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est téléchargée, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement, le droit de l'auteur d'en autoriser les reproductions entre en jeu. La protection ne souffre d'aucune lacune.

[9] Comme cette interprétation du par. 2.4(1.1) est davantage compatible avec son texte, son contexte et son objet, c'est celle qui doit être retenue, plutôt que celle de la Commission. Si une œuvre est téléchargée ou mise à la disposition du public pour téléchargement, l'al. 3(1)f) ne s'applique pas. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu, puis diffusée en continu ultérieurement, l'al. 3(1)f) ne s'applique qu'une fois. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[10] En 1997, le Canada a signé le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*. Cet instrument est l'un des deux traités négociés en 1996 afin d'adapter les règles internationales en matière de droit d'auteur aux technologies nouvelles et émergentes.

[11] Le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* énumère diverses protections que les États membres doivent offrir aux auteurs. L'article 8, reproduit ci-dessous, est pertinent pour le présent pourvoi :

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

[12] En 2012, la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20 (« *LMDA* »), a modifié la *Loi sur le droit d'auteur*. La *LMDA* a notamment introduit trois dispositions relatives à la « mise à la disposition » : le par. 2.4(1.1) et les al. 15(1.1)d) et 18(1.1)a). Les alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) s'appliquent aux prestations et aux enregistrements sonores et ne sont pas en cause dans le présent pourvoi¹. Le paragraphe 2.4(1.1) s'applique aux œuvres originales. Il clarifie l'al. 3(1)f), qui confère aux auteurs le droit de « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre », en précisant ce qui suit :

Pour l'application de la [*Loi sur le droit d'auteur*], constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet

¹ Les producteurs d'enregistrements sonores et les interprètes n'ont pas droit à la protection du droit d'auteur habituelle, car ils ne sont pas des « auteurs ». Ils ne créent rien d'« original » et ne produisent pas une « œuvre ». Les producteurs d'enregistrements sonores enregistrent une œuvre et les interprètes interprètent ou exécutent une œuvre. Néanmoins, la *Loi sur le droit d'auteur* protège ces activités dans la partie II : D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 63, 97-98 et 109-110. Les droits conférés aux producteurs d'enregistrements sonores et aux interprètes diffèrent du point de vue de la justification et de la pratique des droits conférés aux auteurs par le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

[13] Peu après que la *LMDA* a reçu la sanction royale, mais avant son entrée en vigueur, notre Cour a rendu deux décisions importantes sur la portée de l'al. 3(1)f) : *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« *ESA* »), et *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283. Dans l'arrêt *ESA*, la Cour a conclu que la transmission d'une œuvre musicale sur Internet qui entraîne son téléchargement n'équivaut pas à une communication par télécommunication au sens de l'al. 3(1)f). Dans l'arrêt *Rogers*, la Cour a conclu que les diffusions en continu sur demande étaient visées par l'al. 3(1)f).

[14] Après le prononcé des arrêts *ESA* et *Rogers* ainsi que l'entrée en vigueur de la *LMDA*, la Commission a reçu des observations sur le sens du par. 2.4(1.1). La SOCAN, qui gère le droit conféré par l'al. 3(1)f) de « communiquer » des œuvres musicales pour le compte des titulaires du droit d'auteur, a soutenu que le par. 2.4(1.1) oblige les utilisateurs à payer des tarifs² (c.-à-d. des redevances) lorsqu'ils publient une œuvre sur Internet de manière à ce que le public puisse y avoir accès. Ces redevances seraient payables peu importe que l'œuvre soit par la suite transmise à un membre du

² Le tarif est un montant fixé par la Commission qui détermine les droits de licence payables aux sociétés de gestion comme la SOCAN pour l'utilisation d'œuvres. Les sociétés de gestion comme la SOCAN perçoivent les tarifs et donnent les redevances qui en découlent aux titulaires des droits : voir la partie VII.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*; *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138, par. 9-16 (CanLII).

public au moyen de téléchargements ou de diffusions en continu, ou qu'elle ne soit pas transmise du tout.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Commission du droit d'auteur du Canada, 2017 CanLII 152886*

[15] La Commission a accepté la thèse de la SOCAN. Elle a conclu que, selon le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public demeure une « communication » au public peu importe s'il y a transmission subséquente et si la transmission subséquente est un téléchargement ou une diffusion en continu. Cela voulait dire qu'il faudrait payer deux redevances lorsqu'une œuvre est mise en circulation en ligne : (1) lorsqu'elle est mise à la disposition du public en ligne et (2) lorsqu'elle est diffusée en continu ou téléchargée. Le raisonnement de la Commission reposait en grande partie sur l'art. 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* qui, suivant son interprétation, exige que les États membres offrent une protection distincte et justifiant rémunération à l'égard de l'acte de « mise à la disposition d'une œuvre ».

B. *Cour d'appel fédérale, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374 (les juges Pelletier, Stratas et Near)*

[16] La Cour d'appel fédérale a conclu que la décision de la Commission était déraisonnable. En ce qui concerne la norme de contrôle, la Cour d'appel a fait

remarquer que, d'après la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, l'interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission devait être contrôlée en fonction de la norme de la décision correcte. Toutefois, après *Vavilov*, cette jurisprudence était devenue incertaine. Bien que la Cour d'appel ait relevé de bonnes raisons de contrôler la décision de la Commission selon la norme de la décision correcte, elle a appliqué la norme de la décision raisonnable, puisqu'elle n'avait reçu aucune observation des parties sur la question.

[17] La Cour d'appel a conclu que la Commission avait accordé trop de poids à l'art. 8 dans son interprétation du par. 2.4(1.1). Plutôt que de s'attarder au sens de l'art. 8, la Commission aurait dû se concentrer sur le sens du par. 2.4(1.1). Si elle l'avait fait, elle aurait constaté que le Parlement ne souhaitait pas créer un nouveau droit de mise à la disposition justifiant rémunération.

[18] Bien qu'elle ait rejeté l'interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission, la Cour d'appel n'a pas expliqué le sens du par. 2.4(1.1) — elle a simplement rejeté l'interprétation de la Commission et annulé sa décision.

IV. Les positions des parties

A. *Les appelantes*

[19] Les appelantes demandent à notre Cour de confirmer l'interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission. D'après elles, la Commission a conclu à juste titre que, suivant le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public équivaut à une « communication » au sens de l'al. 3(1)f). Une redevance doit donc être versée chaque fois qu'une œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu. Si l'œuvre est subséquemment téléchargée, une autre redevance de reproduction doit être payée. Si l'œuvre est subséquemment diffusée en continu, une autre redevance d'exécution doit être payée.

B. *Les intimées*

[20] Les intimées demandent à notre Cour de rejeter l'interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission. Elles soutiennent que le par. 2.4(1.1) n'exige pas que les utilisateurs paient deux redevances pour le téléchargement d'une œuvre ou sa diffusion en continu. Si une œuvre est téléchargée, seule une redevance de reproduction doit être payée. Si une œuvre est diffusée en continu, seule une redevance d'exécution doit être payée. Interprété correctement, le par. 2.4(1.1) précise simplement qu'une œuvre est « exécutée » dès qu'elle est « mise à la disposition » du public pour diffusion en continu sur demande. Une redevance doit être payée à ce moment-là. Si l'œuvre est ensuite diffusée en continu par un utilisateur, aucune redevance additionnelle ne doit être payée, car la diffusion en continu s'inscrit dans un acte d'exécution continu qui commence lorsque l'œuvre est « mise à la disposition » du public pour diffusion en continu.

V. Les questions en litige

[21] Le présent pourvoi soulève trois questions :

- a) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- b) Quel rôle joue le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* dans l'interprétation du par. 2.4(1.1)?
- c) Le paragraphe 2.4(1.1) donne-t-il aux auteurs droit à une redevance de « mise à la disposition » additionnelle?

VI. Analyse

A. *Première question : Quelle est la norme de contrôle applicable?*

(1) La jurisprudence antérieure doit être réexaminée à la lumière de *Vavilov*

[22] Avant l'arrêt *Vavilov*, les décisions de la Commission sur la portée des droits conférés par la *Loi sur le droit d'auteur* étaient assujetties à la norme de la décision correcte : voir, par exemple, *Rogers*, par. 10-20; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 (« *SRC* »), par. 35.

[23] Dans ces arrêts antérieurs à *Vavilov*, notre Cour a conclu que la norme de la décision correcte était appropriée, car la Commission et les cours de justice ont

compétence concurrente en première instance sur certains aspects de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans des actions en violation du droit d'auteur, la portée des droits conférés par la Loi est couramment soumise à l'interprétation des tribunaux. De même, la Commission pourrait devoir se prononcer sur la portée des droits conférés par la Loi pour fixer des tarifs, comme cela s'est produit en l'espèce : *Rogers*, par. 12-13. Compte tenu de cette compétence partagée, la Cour a conclu dans sa jurisprudence antérieure à *Vavilov* que la norme de la décision correcte était appropriée, puisque cette norme réduisait le risque d'interprétations législatives contradictoires et respectait l'intention du législateur : *Rogers*, par. 12-15; *SRC*, par. 35.

[24] Dans *Vavilov*, notre Cour a réexaminé sa jurisprudence en matière de norme de contrôle. Elle a simplifié le droit en statuant que les cours de justice devraient procéder au contrôle des décisions administratives selon la norme de la décision raisonnable, sauf lorsque cela dénaturerait l'intention du législateur ou minerait la primauté du droit : par. 17 et 69.

[25] L'arrêt *Vavilov* a renversé la jurisprudence antérieure : par. 143. Par conséquent, les arrêts dans lesquels notre Cour a appliqué la norme de la décision correcte aux décisions de la Commission doivent être réexaminés à la lumière de l'arrêt *Vavilov*.

- (2) La compétence concurrente en première instance devrait être reconnue comme une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte

[26] L'arrêt *Vavilov* a reconnu cinq catégories de questions appelant la norme de la décision correcte : les normes de contrôle établies par voie législative, les mécanismes d'appel prévus par la loi, les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ainsi que les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs (par. 17 et 69). Aucune de ces catégories ne justifie d'appliquer la norme de la décision correcte aux situations où les tribunaux administratifs et les cours de justice ont compétence concurrente en première instance.

[27] Néanmoins, j'appliquerais la norme de la décision correcte à la décision de la Commission. L'arrêt *Vavilov* n'a pas « ferm[é] [. . .] définitivement la porte à la possibilité qu'une autre catégorie puisse [. . .] être reconnue comme appelant une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » : *Vavilov*, par. 70. Dans des circonstances rares et exceptionnelles, de nouvelles catégories de questions appelant la norme de la décision correcte peuvent être reconnues lorsqu'appliquer la norme de la décision raisonnable dénaturerait l'intention du législateur ou ébranlerait la primauté du droit d'une façon analogue aux cinq catégories de questions analysées dans *Vavilov*, par. 23 et 70.

[28] Nous sommes en présence en l'espèce de l'une de ces circonstances rares et exceptionnelles où il convient de reconnaître une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte : lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de

droit dans une loi. Appliquer la norme de la décision correcte à ces questions concorde avec l'intention du législateur et favorise la primauté du droit.

a) *L'intention du législateur*

[29] La norme de la décision raisonnable est généralement celle qui respecte le mieux l'intention du législateur. Lorsque le législateur confère une compétence exclusive au décideur administratif, les cours présument que son intention était que le décideur puisse fonctionner sans faire l'objet d'une intervention judiciaire injustifiée : *Vavilov*, par. 24.

[30] Lorsque le législateur fait expressément intervenir les cours de justice dans le régime administratif, cette présomption ne tient plus. C'est pourquoi les normes de contrôle établies par voie législative et les mécanismes d'appel prévus par la loi commandent la norme de la décision correcte. Ces caractéristiques législatives démontrent l'intention du législateur de faire intervenir les cours de justice et sa volonté d'assujettir ces décisions aux normes applicables en appel : *Vavilov*, par. 36.

[31] Lorsqu'il édicte une loi qui confère aux cours de justice et aux organismes administratifs une compétence concurrente en première instance, le législateur fait expressément intervenir les cours de justice. À l'instar des normes de contrôle établies par voie législative et des mécanismes d'appel prévus par la loi, la compétence concurrente en première instance démontre l'intention du législateur de faire intervenir

les cours de justice. Il y a lieu d'inférer qu'en conférant une telle compétence, le législateur a voulu assujettir ces décisions aux normes applicables en appel.

[32] Ma collègue suggère que, comme il n'y a pas de mécanisme d'appel prévu par la loi ou de norme de contrôle établie par voie législative, on ne peut reconnaître une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte sur le fondement de l'intention du législateur. Avec égards, cet argument dénature la question en litige. S'il existait des normes de contrôle établies par voie législative ou des mécanismes d'appel prévus par la loi, la décision de la Commission ferait déjà l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte en vertu de l'une de ces catégories. Il n'y aurait aucune raison d'envisager une sixième catégorie de ce genre. En l'absence d'un mécanisme d'appel prévu par la loi ou d'une norme de contrôle établie par voie législative (ou d'une autre catégorie établie de questions appelant la norme de la décision correcte), il s'agit de savoir si cette norme est néanmoins appropriée, puisque l'application de la norme de la décision raisonnable dénaturerait l'intention du législateur d'une façon *analogue* aux catégories déjà établies de questions appelant la norme de la décision correcte. Comme c'est le cas en l'espèce, une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte est justifiée compte tenu de l'intention du législateur.

b) *La primauté du droit*

[33] La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable doit céder le pas aux considérations visant à assurer la primauté du droit, qui exige que

certaines questions reçoivent une réponse cohérente et définitive : *Vavilov*, par. 53. Une incohérence du droit « va à l'encontre de la primauté du droit » : *Vavilov*, par. 72.

[34] Appliquer la norme de la décision raisonnable à l'interprétation que donne la Commission aux droits conférés par la *Loi sur le droit d'auteur* crée deux incohérences juridiques. Premièrement, cette façon de faire soumet la même question juridique à deux normes de contrôle différentes, et ce, uniquement selon que la question est soulevée devant la Commission ou une cour de justice. Comme l'a expliqué notre Cour dans *Rogers*, par. 14 :

Il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit selon une norme déférente, mais d'examiner *de novo* la décision d'une cour de justice rendue en première instance sur le même point de droit dans le cadre d'une action pour violation du droit d'auteur. Il serait tout aussi incohérent que, saisie d'un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d'appel fasse preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission sur un point de droit, mais applique la norme de la décision correcte à la décision d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit.

[35] Deuxièmement, appliquer des normes de contrôle différentes pourrait mener à des interprétations législatives contradictoires. Par exemple, la Commission pourrait interpréter le par. 2.4(1.1) comme exigeant que les utilisateurs paient une redevance d'exécution lorsque les œuvres sont téléchargées, alors qu'une cour de justice pourrait interpréter cette disposition de telle sorte qu'aucune redevance de cette nature ne devrait être payée dans ces circonstances.

[36] Ce cas de figure suscite des préoccupations distinctes du risque qu'il y ait des décisions incohérentes au sein d'un organisme administratif. Dans *Vavilov*, par. 72, notre Cour a refusé de reconnaître l'existence d'une catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte pour les questions de droit qui sont constamment source de discordes au sein d'un organisme administratif, et ce, pour trois raisons : (1) assurer le maintien de l'indépendance des organismes administratifs, comme l'a voulu le législateur, exige de tolérer certaines incohérences; (2) une application rigoureuse de la norme de la décision raisonnable permet de bien tenir compte des préoccupations sérieuses relatives à la primauté du droit qui surviennent lorsque le droit est indéterminé; et (3) le moment où une discordes interne devient suffisamment grave pour justifier l'application de la norme de la décision correcte est impossible à cerner dans l'abstrait. Aucune de ces raisons ne justifie de maintenir la norme de contrôle de la décision raisonnable lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance.

[37] Premièrement, lorsqu'il y a compétence concurrente en première instance, le législateur fait expressément intervenir les cours de justice dans l'interprétation d'une loi. Bien que l'on puisse admettre un certain degré d'incohérence au sein d'un organisme administratif concernant l'interprétation d'une loi, aucune incohérence de cette nature ne peut être tolérée lorsqu'une cour de justice interprète une loi. Lorsque le législateur confère une compétence concurrente en première instance, cela implique forcément, en l'absence d'une directive contraire de sa part, que les cours de justice

fonctionneront suivant leurs normes établies, tel qu'il est expliqué au par. 37 de l'arrêt *Vavilov*.

[38] Deuxièmement, le cadre d'application plus rigoureux sur le plan méthodologique de la norme de la décision raisonnable élaboré dans *Vavilov* ne permet pas de résoudre adéquatement les incohérences dans l'interprétation d'une loi entre les cours de justice et les organismes administratifs. L'arrêt *Vavilov* a donné des indications sur la façon de gérer une discordance constante *au sein* d'un organisme administratif aux par. 129-132. Or, à part dire aux organismes administratifs de tenir compte des décisions judiciaires pertinentes, au par. 112, notre Cour donne peu de directives sur la façon de gérer des décisions contradictoires entre les cours de justice et les tribunaux administratifs. Dans ces circonstances, à moins que la loi ne permette une seule interprétation raisonnable, la discordance pourrait persister indéfiniment : voir par. 124.

[39] Troisièmement, cette catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte peut être définie avec précision. Elle s'appliquera lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi. Ces situations sont rares. « Il semble n'y avoir de compétence concurrente en première instance que sous le régime des lois sur la propriété intellectuelle, le législateur ayant conservé la compétence de la cour de justice malgré celle accordée au tribunal administratif » : *Rogers*, par. 19. Les organismes administratifs continueront également de bénéficier de la présomption

d'application de la norme de la décision raisonnable dans d'autres circonstances. La décision de la Commission sur les taux tarifaires, par exemple, continuera d'être assujettie à la norme de la décision raisonnable, puisqu'il s'agit d'une question qui relève de la compétence exclusive de la Commission.

(3) Conclusion : norme de contrôle

[40] Reconnaître la compétence concurrente en première instance entre les cours de justice et les organismes administratifs comme une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte respecte l'intention du législateur et favorise la primauté du droit. Par conséquent, je réviserai la décision de la Commission selon la norme de la décision correcte.

[41] Je tiens à souligner que les présents motifs ne visent pas à changer les règles qui régissent la reconnaissance de nouveaux cas d'application de la norme de la décision correcte. L'arrêt *Vavilov* a prévu que ces nouvelles catégories ne pouvaient être reconnues que dans des circonstances rares et exceptionnelles. Les cours ne devraient les reconnaître que lorsque cela « respect[e] le cadre d'analyse et les principes prépondérants énoncés dans [*Vavilov*] » : par. 70. Il s'agit en l'espèce de l'une de ces circonstances.

[42] Les présents motifs ne s'écartent pas non plus de l'arrêt *Vavilov*. Contrairement à l'affirmation de ma collègue, notre Cour n'a jamais « choisi de *ne pas* faire de la compétence concurrente en première instance une exception » : par. 125 (en

italique dans l'original). Quand notre Cour a voulu exclure la possibilité d'établir une certaine catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte, elle l'a fait expressément : voir *Vavilov*, par. 71-72. La compétence concurrente en première instance n'a pas été examinée dans *Vavilov*. Par conséquent, je cherche à donner effet à l'arrêt *Vavilov* en examinant si le fait de considérer la compétence concurrente en première instance comme une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte favorise le cadre et les principes exposés dans *Vavilov*. Avec égards, je dirais que c'est ma collègue qui s'écarte d'un précédent en excluant effectivement de l'arrêt *Vavilov* la possibilité d'établir d'autres catégories de questions appelant la norme de la décision correcte.

B. *Deuxième question : Quel rôle joue le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur dans l'interprétation du par. 2.4(1.1)?*

[43] La Cour d'appel a reproché à la Commission de s'être attardée au sens de l'art. 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, plutôt qu'au sens du par. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. De plus, les parties ne s'entendent pas sur l'importance qui doit être accordée à l'art. 8. Par conséquent, il convient en l'espèce de réitérer le rôle que jouent les traités internationaux dans l'interprétation des lois.

(1) Un traité est pertinent à l'étape du « contexte » dans l'interprétation de lois

[44] Un traité devrait être examiné pour interpréter les lois qui visent à le mettre en œuvre en tout ou en partie. Le traité est pertinent à l'étape du contexte en matière

d'interprétation législative : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704, par. 49; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), §18.30.

[45] Point n'est besoin de relever une ambiguïté dans le texte d'une loi avant d'examiner le traité. Suivant la méthode moderne d'interprétation des lois, il faut interpréter le texte d'une loi dans son « contexte global ». Le contexte de la loi comprend toute obligation juridique internationale pertinente : *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371-1372; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802, par. 50; Sullivan, §18.26.

[46] Si une loi met en œuvre un traité sans réserve, l'interprétation de la loi doit se concilier en tout point avec les obligations que ce traité impose au Canada : *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398, par. 31. Si la loi est moins explicite quant à la mesure dans laquelle elle donne effet à un traité, le poids accordé aux obligations découlant du traité dépendra des circonstances de l'affaire, notamment du texte de la loi et de la spécificité du traité : *Rahaman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 89, [2002] 3 C.F. 537, par. 36. Si le texte le permet, la loi devrait être interprétée de manière à respecter les obligations du Canada découlant du traité, conformément à la présomption de conformité : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, par. 34; *B010*, par. 48.

(2) Les tribunaux doivent toujours donner effet au sens de la loi

[47] La présomption de conformité est un outil d'interprétation d'une loi. Or, il demeure qu'il faut toujours respecter l'intention du législateur. La séparation des pouvoirs requiert que les tribunaux donnent effet à une loi qui exprime l'intention du législateur de ne pas respecter une obligation découlant d'un traité : *Hape*, par. 53. La négociation, la signature et la ratification des traités sont des actes de l'exécutif. Une fois ratifiés, les traités ne font pas automatiquement partie du droit interne; ils sont plutôt mis en œuvre au moyen de dispositions législatives internes : Sullivan, §18.36.

[48] Par conséquent, bien qu'un traité puisse être fort pertinent pour l'interprétation des lois, il ne peut supplanter l'intention claire du législateur. La cour doit interpréter ce que le législateur (tant au fédéral qu'au provincial) a édicté et non subordonner cet exercice à ce dont l'organe exécutif fédéral a convenu à l'international. La loi interne prévaut toujours, car « [o]n ne saurait utiliser le droit international pour étayer une interprétation à laquelle fait obstacle le texte de la loi » : *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 60.

(3) Application

[49] L'article 8 est un élément important du contexte du par. 2.4(1.1). Le préambule de la *LMDA* prévoit que cette loi a été édictée en partie pour mettre en œuvre les « normes » du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*. Le libellé de l'art. 8 et celui

du par. 2.4(1.1) sont semblables. De plus, peu de temps après l'adoption de la *LMDA* par le Parlement, le Canada a ratifié le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*. Un mémoire explicatif déposé à la Chambre des communes au sujet du traité révèle que la *LMDA*, « récemment adoptée par le Canada, a été rédigée dans le but de mettre en œuvre les droits et les protections prévus par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, de manière que le Canada puisse le ratifier » : recueil condensé (Music Canada), p. 15. Je suis convaincu que ces faits démontrent que le Parlement voulait mettre en œuvre les obligations du Canada découlant de l'art. 8 au moyen du par. 2.4(1.1). Par conséquent, cette disposition devrait être interprétée de façon à permettre au Canada de mettre en œuvre des obligations que lui impose l'art. 8, dans la mesure du possible compte tenu du libellé de la *Loi sur le droit d'auteur*.

C. *Troisième question : Le par. 2.4(1.1) donne-t-il aux auteurs droit à une redevance de « mise à la disposition » additionnelle?*

[50] La Commission a conclu que, d'après le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public constitue une « communication » au sens de l'al. 3(1)f), peu importe s'il y a transmission subséquente et si cette transmission est un téléchargement ou une diffusion en continu. En conséquence, la Commission a estimé que, dès qu'une œuvre est mise à la disposition du public en ligne, l'al. 3(1)f) entre en jeu et une redevance doit être payée. Si l'œuvre est subséquemment téléchargée ou diffusée en continu, une autre redevance doit être payée. Cette interprétation signifie que, lorsqu'il y a distribution d'une œuvre en ligne, deux redevances doivent être payées — une lorsque l'œuvre est mise à la disposition du public, et une autre lorsque

l'œuvre est téléchargée ou diffusée en continu.

[51] Je ne suis pas convaincu que cette interprétation du par. 2.4(1.1) soit appropriée. Bien qu'elle soit un moyen de permettre au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8, cette interprétation n'est pas compatible avec le texte, la structure et l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*. De plus, l'art. 8 ne commande pas cette interprétation. Si le par. 2.4(1.1) est interprété comme éclaircissant deux points — soit (1) que l'al. 3(1)f) s'applique aux diffusions en continu sur demande et (2) qu'une œuvre est exécutée dès qu'elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu —, cette interprétation permettrait également au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8. Ces deux interprétations permettent au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8, mais la seconde est davantage compatible avec le texte, la structure et l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour cette raison, c'est à cette seconde interprétation, et non à celle adoptée par la Commission, qu'il faut donner effet.

[52] Mon analyse dans cette section se fera en cinq parties. J'expliquerai d'abord pourquoi l'interprétation de la Commission (1) est incompatible avec le texte et la structure du par. 2.4(1.1), (2) mine l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* et (3) n'est pas requise par l'art. 8. Je proposerai ensuite (4) ma propre interprétation du par. 2.4(1.1), et je dirai enfin (5) pourquoi cette interprétation permet au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8 grâce à une combinaison des droits d'exécution, de reproduction et d'autorisation visés au par. 3(1).

(1) Texte et structure

[53] Pour bien comprendre le texte du par. 2.4(1.1), il est nécessaire de considérer l'organisation fondamentale de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[54] Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* commence par énoncer de manière exhaustive les trois droits conférés aux auteurs à l'égard d'une œuvre, à savoir : les droits (1) de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, (2) d'exécuter l'œuvre ou de la représenter en public ou (3) de publier une œuvre non publiée. Les alinéas 3(1)a) à j) donnent des « exemples » de ces trois droits généraux : *ESA*, par. 42. Par exemple, l'al. 3(1)f), qui confère aux auteurs le droit « de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre », donne un exemple d'activité qui fait partie du droit général d'exécuter ou de représenter une œuvre en public. Il ne s'agit pas d'un droit autonome ou d'un droit d'auteur *sui generis* qui s'ajoute aux droits généraux décrits au par. 3(1) : *ESA*, par. 25-27 et 42.

[55] Les droits énumérés au par. 3(1) sont des droits distincts. Une activité unique ne peut faire intervenir qu'un seul des trois droits prévus dans cette disposition. Ainsi, dans le cas du téléchargement d'une chanson, seul le droit de reproduction conféré à l'auteur entre en jeu. De même, lorsqu'une œuvre est diffusée en continu, seul le droit d'exécution dont l'auteur est titulaire entre en jeu : *ESA*, par. 41. Les auteurs ont le droit de recevoir des redevances pour l'utilisation de leurs œuvres lorsqu'une activité fait intervenir l'un des droits énoncés au par. 3(1).

[56] Pour déterminer quel droit est mis en jeu par une activité, il faut examiner l'utilisation qui est faite de l'œuvre protégée. Une exécution est passagère — « [l]orsqu'elle est terminée, il n'en reste plus que le souvenir » : *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 479. Les exécutions permettent aussi aux auteurs de conserver davantage de contrôle sur leurs œuvres que les reproductions, étant donné qu'on peut retirer aux utilisateurs les œuvres exécutées une fois l'exécution terminée. En conséquence, le droit de l'auteur à l'égard de l'exécution entre en jeu pendant la période limitée où l'utilisateur profite de l'œuvre lors de l'activité. Une reproduction, en revanche, donne à l'utilisateur une copie durable de l'œuvre : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 42 et 47; *ESA*, par. 35. Les auteurs perdent beaucoup plus de contrôle sur leurs œuvres lorsque celles-ci sont reproduites. Une fois la reproduction faite, les auteurs ne peuvent limiter les moments où les utilisateurs profiteront de l'œuvre, la façon dont ils le feront ni le nombre de fois qu'ils le feront. Par conséquent, les activités qui donnent aux utilisateurs une copie durable d'une œuvre font intervenir le droit de reproduction de l'auteur.

[57] L'activité qui ne fait pas intervenir l'un des trois droits énoncés au par. 3(1) ou les droits moraux de l'auteur³ n'est pas protégée ou ne justifie pas rémunération suivant la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans *Théberge*, par exemple, notre Cour a jugé que les auteurs ne pouvaient empêcher les utilisateurs de fixer à nouveau leurs œuvres sur d'autres toiles parce que cette activité ne mettait pas en cause les droits de reproduction,

³ Les droits moraux sont énoncés aux art. 14.1 et 28.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Ils ne sont pas en litige dans la présente affaire.

d'exécution ou de première publication de l'auteur. Même si altérer l'œuvre de cette manière constituait sans aucun doute une « activité » au sens physique, il ne s'agissait pas d'une activité protégée ou justifiant rémunération, car aucun droit de « fixation » ne figure au par. 3(1) de la Loi.

[58] La façon dont la Commission a interprété le par. 2.4(1.1) est incompatible avec le texte de la disposition et l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans les arrêts *ESA* et *Rogers*, notre Cour a expliqué que, comme les téléchargements et les transmissions en continu ne constituaient chacun qu'une seule activité protégée, les auteurs pouvaient percevoir une seule redevance pour l'accès des utilisateurs aux œuvres par téléchargement ou diffusion en continu — une redevance de reproduction pour les téléchargements ou une redevance d'exécution pour les diffusions en continu. L'interprétation de la Commission est complètement incompatible avec les conclusions tirées dans *ESA* et *Rogers*. Elle permettrait aux auteurs de percevoir deux redevances pour une seule activité protégée. Si une œuvre est téléchargée, l'utilisateur paierait (1) une redevance d'exécution pour la mise à la disposition de l'œuvre et (2) une redevance de reproduction pour le téléchargement. Si une œuvre est diffusée en continu, l'utilisateur paierait deux redevances d'exécution : (1) une redevance d'exécution pour la mise à la disposition de l'œuvre et (2) une autre redevance d'exécution pour la diffusion en continu.

[59] Le texte du par. 2.4(1.1) ne laisse aucunement croire que c'était l'intention du Parlement. Le paragraphe 2.4(1.1) se trouve dans la section « Définitions et

dispositions interprétatives » de la Loi. Il modifie l'étendue du droit de l'auteur à l'égard de l'exécution en modifiant la définition de l'al. 3(1)f). Comme un téléchargement constitue une seule activité protégée qui n'entraîne jamais l'application de l'al. 3(1)f), je ne vois pas comment la modification de la définition figurant à l'al. 3(1)f) transforme un téléchargement en deux activités distinctes justifiant chacune rémunération. De même, je ne vois pas comment le par. 2.4(1.1) transforme une activité unique telle la diffusion en continu en deux exécutions distinctes justifiant chacune rémunération. Bien que j'accepte que l'acte de « mise à la disposition d'une œuvre » est une activité *physique* distincte de l'acte de téléchargement ou de diffusion en continu d'une œuvre par un utilisateur, cela ne veut pas dire qu'il s'agit d'une activité *distincte justifiant rémunération*. Si le Parlement avait voulu traiter l'acte de mise à la disposition comme une nouvelle activité distincte justifiant rémunération, la façon de le faire aurait été d'ajouter la « mise à la disposition » en tant que quatrième droit dans la disposition liminaire du par. 3(1), plutôt que de modifier la portée de l'al. 3(1)f).

[60] Je ne puis me rallier à l'argument de la SOCAN voulant que la présente instance soit semblable à l'affaire *SRC*. Dans cette affaire, notre Cour a conclu que la SRC devait payer des redevances de reproduction distinctes chaque fois qu'elle faisait des copies accessoires de synchronisation et de diffusion d'une œuvre. Le versement de deux redevances de reproduction était une solution appropriée dans cette affaire parce que deux activités protégées étaient en cause : (1) la copie de synchronisation et (2) la copie accessoire de diffusion. Comme chaque activité créait une copie durable distincte de l'œuvre, chaque activité était protégée et faisait intervenir le droit de

reproduction de l'auteur : *Théberge*. Or, en l'espèce comme dans *ESA* et *Rogers*, il n'y a qu'une seule activité protégée en cause : soit un téléchargement, soit une diffusion en continu.

[61] Pour ces motifs, je conclus que l'interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission ne repose sur aucune assise textuelle.

(2) Objet de la *Loi sur le droit d'auteur*

[62] L'interprétation que donne la Commission au par. 2.4(1.1) mine aussi l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*, parce qu'elle viole le principe de la neutralité technologique.

[63] Selon le principe de la neutralité technologique, en l'absence d'une intention contraire du Parlement, la *Loi sur le droit d'auteur* ne devrait pas être interprétée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier : *SRC*, par. 66. La distribution d'œuvres équivalentes sur le plan fonctionnel par des moyens technologiques anciens ou nouveaux devrait mettre en jeu les mêmes droits : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326, par. 43; *SRC*, par. 72. Par exemple, l'achat d'un album en ligne devrait faire intervenir les mêmes droits, et donner lieu aux mêmes redevances, que l'acquisition d'un album effectuée dans un magasin physique, étant donné que ces façons d'acheter les œuvres protégées par le droit d'auteur sont équivalentes sur le plan fonctionnel. Ce qui compte, c'est *ce* que l'utilisateur reçoit, et

non la *manière* dont il le reçoit : *ESA*, par. 5-6 et 9; *Rogers*, par. 29. Dans son sommaire de la *LMDA*, lequel précède le préambule, le Parlement a signalé son adhésion au principe de la neutralité technologique en déclarant que les modifications visaient à « éliminer la spécificité technologique des dispositions de la [*Loi sur le droit d'auteur*] ».

[64] L'interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission viole le principe de la neutralité technologique parce qu'elle exige que les utilisateurs paient des redevances additionnelles pour accéder aux œuvres en ligne. Prenons par exemple le cas d'un détaillant qui permet à ses clients d'acheter un exemplaire numérique ou physique d'un album. Peu importe que l'œuvre soit vendue sous forme numérique ou physique, le droit de reproduction de l'auteur énoncé au par. 3(1) entre en jeu puisque l'utilisateur reçoit une copie durable de l'œuvre : *ESA*, par. 31. L'auteur a par conséquent droit à une redevance de reproduction. Toutefois, suivant l'interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission, l'achat de l'album en ligne permettrait à l'auteur de toucher une redevance additionnelle — une redevance d'exécution pour la mise à la disposition de l'œuvre en vue de son achat en ligne. De même, la diffusion en continu de l'album exigerait le paiement d'une redevance pour la « mise à la disposition de l'exécution » et une redevance pour l'« exécution diffusée en continu ». Mais faire jouer ce même album à la radio requerrait uniquement le paiement d'une redevance d'exécution. Exiger que les utilisateurs paient des redevances additionnelles sur le seul fondement du mode de distribution de l'œuvre viole le principe de la neutralité technologique.

[65] Les appelantes concèdent que l'interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission ne respecte pas le principe de la neutralité technologique. Ils soutiennent toutefois que le Parlement a voulu déroger à ce principe en adoptant le par. 2.4(1.1). Comme les œuvres ne peuvent être « mises à la disposition » qu'en ligne — puisqu'aucun lieu physique ne permet au public d'accéder aux œuvres de l'endroit et au moment qu'il choisit —, les appelantes affirment que le Parlement devait vouloir imposer des redevances additionnelles pour les œuvres mises en circulation en ligne.

[66] Ces prétentions ne sont aucunement convaincantes. Il faudrait une intention claire du législateur pour déroger au principe de la neutralité technologique étant donné son importance capitale pour l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour comprendre pourquoi il en est ainsi, il faut replacer le principe dans le contexte de la Loi.

[67] Le droit d'auteur n'existe pas uniquement au profit des auteurs : *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 CSC 32, par. 90-91. Il a pour objectif général de trouver un équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs. Il le fait en assurant une juste rétribution aux auteurs tout en favorisant « l'accès du public aux œuvres artistiques et intellectuelles et [en] facilit[ant] 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 » : *Access Copyright*, par. 92; voir aussi *Théberge*, par. 30-31.

[68] La *Loi sur le droit d'auteur* emploie plusieurs outils pour parvenir à cet équilibre. L'exception au titre de l'utilisation équitable d'une œuvre, par exemple, favorise l'atteinte de cet équilibre en permettant aux utilisateurs de faire « [c]ertaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d'auteur » : *Bell*, par. 11; voir aussi *Access Copyright*, par. 90. De même, la dichotomie idée/expression protège cet équilibre en étendant la protection conférée par le droit d'auteur uniquement aux expressions artistiques originales, et non aux idées originales. Ainsi, le public peut librement utiliser de nouvelles idées comme source d'inspiration pour créer ses propres œuvres originales : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 8; A. Drassinower, « Copyright Is Not About Copying » (2012), 125 *Harv. L. Rev. F.* 108, p. 111.

[69] Tout comme l'exception au titre de l'utilisation équitable et la dichotomie idée/expression, le principe de la neutralité technologique sert à mettre en équilibre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs. Il fait en sorte que les auteurs obtiennent les mêmes droits sur leurs œuvres peu importe le moyen technologique utilisé pour les distribuer. Si la *Loi sur le droit d'auteur* accorde aux auteurs le droit de recevoir certaines redevances lorsque leurs œuvres sont reproduites ou exécutées hors ligne, le principe de la neutralité technologique a pour effet de préserver le droit des auteurs à recevoir les mêmes redevances lorsque leurs œuvres sont reproduites ou exécutées en ligne. Corollairement, il protège aussi les utilisateurs en empêchant les auteurs d'obtenir plus de redevances simplement parce que leurs œuvres sont reproduites ou exécutées en ligne. Comme l'explique la professeure Carys J. Craig dans

« Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », dans M. Geist, dir., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271 :

[TRADUCTION] Cette reconnaissance raisonnée du fait que le droit d'auteur nécessite une mise en équilibre délicate de l'intérêt général, et non simplement la protection d'un droit de propriété privé, a eu des répercussions importantes sur le paysage canadien en matière de droit d'auteur. Si le droit d'auteur exige de façon générale une telle mise en équilibre, il s'ensuit sûrement qu'à l'ère du numérique le droit d'auteur exige la *préservation* de cet équilibre, ce qui signifie que la loi devrait avoir le même effet (produire un équilibre similaire des droits et intérêts), qu'elle soit appliquée à des œuvres hors ligne ou en ligne. [Souligné dans l'original; p. 292.]

[70] Gardant à l'esprit ce contexte, je ne suis pas convaincu que le Parlement cherchait, par l'adoption du par. 2.4(1.1), à déroger au principe de la neutralité technologique. Ce principe est conçu pour s'appliquer précisément dans des situations comme celle qui nous occupe, où apparaît une nouvelle technologie n'ayant aucun équivalent traditionnel. Dans ces circonstances, les tribunaux doivent se pencher sur ce que fait la nouvelle technologie au contenu de l'œuvre en examinant lequel, s'il en est, des droits énoncés au par. 3(1) est mis en jeu par ce nouveau mode de distribution d'une œuvre. Si cette nouvelle technologie donne aux utilisateurs des copies durables d'une œuvre, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si la nouvelle technologie donne aux utilisateurs un accès temporaire à l'œuvre, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Ce qui compte, c'est *ce que* reçoit l'utilisateur, et non la *manière* dont il le reçoit.

[71] Cela dit, le droit d'auteur tire son origine de la loi. Le Parlement peut donc en tout temps choisir de déroger au principe de la neutralité technologique : *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, [2019] 3 R.C.S. 418, par. 40. Mais déroger à ce principe signifie modifier considérablement l'équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs, équilibre sur lequel repose depuis des décennies la *Loi sur le droit d'auteur* : *Keatley*, par. 43-44. Dans la présente affaire, une telle dérogation ferait pencher la balance de façon importante en faveur des auteurs. Les utilisateurs paieraient davantage et seraient pénalisés pour l'utilisation de certaines technologies nouvelles et meilleures.

[72] Par conséquent, les tribunaux ne devraient pas conclure que le Parlement souhaitait déroger au principe de la neutralité technologique à moins qu'une preuve solide ne le démontre : voir, par exemple, *SRC*, par. 50-51. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Comme je l'ai exposé précédemment, le texte du par. 2.4(1.1) et l'endroit où se trouve cette disposition dans la *Loi sur le droit d'auteur* n'étaient pas le point de vue selon lequel le Parlement voulait que les téléchargements et les diffusions en continu fassent l'objet de deux redevances. De plus, comme je l'expliquerai ci-après, cette interprétation n'est pas nécessaire pour donner effet au *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*.

[73] Comme il n'y a aucune raison persuasive de conclure que le Parlement voulait déroger au principe de la neutralité technologique, il convient d'interpréter le par. 2.4(1.1) de manière à ce que son application respecte le principe de neutralité

technologique : la reproduction ou l'exécution d'une œuvre en ligne ou hors ligne devrait faire intervenir les mêmes droits d'auteur et donner lieu aux mêmes redevances.

(3) Le contexte légal du par. 2.4(1.1) : article 8

[74] La Commission n'a pas commis d'erreur en concluant que l'art. 8 exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit de contrôler l'acte de mettre les œuvres à la disposition du public, mais aussi tout téléchargement ou toute diffusion en continu qui pourrait avoir lieu subséquemment. Les auteurs devraient avoir des recours contre les personnes qui téléversent leurs œuvres en ligne de façon à rendre possible leur téléchargement ou leur diffusion en continu, même si un téléchargement ou une diffusion en continu de l'œuvre ne se matérialise jamais.

[75] Je ne souscris toutefois pas à la conclusion de la Commission suivant laquelle cette obligation exige l'imposition de redevances additionnelles sur le contenu téléchargé ou diffusé en continu. Le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* n'exige pas que les États membres créent un nouveau « droit de mise à la disposition » justifiant rémunération pour respecter l'art. 8. Les États membres doivent tout simplement veiller à ce que les auteurs puissent contrôler l'acte physique de mettre leurs œuvres à la disposition du public. Ce contrôle peut être offert en combinant d'une façon ou d'une autre différents droits. Par conséquent, même si je conviens que l'acte de « mettre une œuvre à la disposition du public » soit une activité physique distincte d'un téléchargement ou d'une diffusion en continu, je suis en désaccord avec l'opinion voulant que cet acte donne lieu à des communications distinctes au public (c.-à-d. des

exécutions distinctes). La mise à la disposition d'une diffusion en continu et une diffusion en continu sont toutes les deux protégées en tant que communication unique au public, alors que la mise à la disposition d'un téléchargement est protégée comme autorisation de reproduire, et le téléchargement est protégé à titre de reproduction.

[76] J'examinerai ci-après plus en détail ces points, en commençant par les objectifs de l'art. 8.

a) *Les objectifs de l'art. 8*

[77] L'article 8 a deux objectifs : (1) clarifier que les diffusions sur demande sont visées par le droit de communiquer les œuvres au public; et (2) faire en sorte que les auteurs puissent contrôler la mise à la disposition de leurs œuvres au public en ligne. Pour comprendre ces objectifs, il faut comprendre le problème que l'art. 8 visait à régler.

[78] Il n'existe pas de « droit d'auteur international ». De nombreux États ont cependant signé des traités internationaux qui exigent qu'ils accordent aux auteurs certaines protections par leur législation interne. Par exemple, la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 828 R.T.N.U. 221, de 1886, exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit exclusif de reproduire, ou de représenter ou d'exécuter, une œuvre en public. La *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, c. 24, du Canada était fondée sur la *Convention de Berne*, et visait à mettre en œuvre celle-ci : C. Foong, *The Making Available Right : Realizing the*

Potential of Copyright's Dissemination Function in the Digital Age (2019), p. 54; L. Bently et B. Sherman, *Intellectual Property Law* (4^e éd. 2014), p. 40-41; D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 55; ESA, par. 13, citant *Bishop*, p. 473-474.

[79] La *Convention de Berne* a été mise à jour à quelques reprises pour tenir compte des nouvelles technologies : L. E. Harris, *Canadian Copyright Law* (4^e éd. 2014), p. 59. Par exemple, elle a été mise à jour en 1928 pour préciser que la transmission radiophonique devait être considérée comme un élargissement du droit d'exécution : ESA, par. 16.

[80] La *Convention de Berne* a dû à nouveau être mise à jour pour tenir compte des technologies de communication sur demande. Dans les années 1990, il ne faisait aucun doute que la *Convention de Berne* protégeait les auteurs dont les œuvres étaient mises en circulation au moyen de technologies traditionnelles de transmission personnalisée comme la radio ou le câble. Il n'est cependant pas évident qu'elle protégeait également les auteurs dont les œuvres étaient mises en circulation au moyen de technologies d'extraction personnalisée plus récentes comme les diffusions sur demande. Il était possible d'interpréter la *Convention de Berne* comme s'appliquant aux technologies de communication sur demande, mais l'incertitude demeurait : S. Ricketson et J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond* (2^e éd. 2005 (réimprimé 2010)), vol. I, p. 742; Foong, p. 56-57; M. F. Makeen, « Video streaming and the communication to the public right

in the United States and European Union », dans T. Aplin, dir., *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies* (2020), 246, p. 253; Rogers, par. 43.

[81] L'article 8 a dissipé cette ambiguïté : Foong, p. 60. Il a clarifié que le droit de « communication au public » (prévu par la *Convention de Berne*) s'appliquait aux transmissions sur demande :

[TRADUCTION] La principale innovation du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur est qu'il précise que le droit de communication au public comprend un droit « mise à la disposition [. . .] ». Ce droit vise la transmission « sur demande » (par fil ou sans fil), car il indique clairement que les membres du public peuvent être séparés tant dans l'espace que dans le temps [. . .] [I]l était possible d'interpréter la Convention de Berne de telle sorte qu'elle couvre au moins les transmissions filaires sur demande, mais il n'était pas évident que la Convention *obligeait* les États membres à étendre la communication au droit du public à ces transmissions. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur supplée donc l'obligation manquante [. . .] [Souligné dans l'original.]

(Ricketson et Ginsburg, p. 746; voir aussi les notes explicatives se rapportant à l'art. 8 (qui était alors l'art. 10), dans Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, *Proposition de base concernant les dispositions de fond du Traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques soumise à l'examen de la Conférence diplomatique*, Doc. CRNR/DC/4, 30 août 1996, notes 10.11 et 10.13.)

[82] L'article 8 avait par conséquent comme objectif premier de clarifier que le droit de communiquer des œuvres au public (activité liée à l'exécution ou à la représentation) s'appliquait à la technologie de communication sur demande. Cela ne constituait [TRADUCTION] « ni la réaffirmation d'un principe ni une nouveauté, car cela ne fait que lever une ambiguïté quant à savoir si l'ancien droit de communication au public s'appliquait ou non aux “technologies d'extraction personnalisée” » :

J. C. Ginsburg, « The (New?) Right of Making Available to the Public », dans Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Working Paper No. 04-78 (2004), p. 12; voir aussi J. Reinbothe et S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996 : The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty — Commentary and Legal Analysis* (2002), p. 102 et 109; Makeen, p. 253-254; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), § 21:59.

[83] Le deuxième objectif de l’art. 8 était de faire en sorte que les auteurs puissent contrôler le moment où leurs œuvres sont mises à la disposition du public en ligne. Les appelantes, les intimées et leurs experts s’accordent de façon générale pour dire que l’art. 8 exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit de contrôler l’acte d’*offrir* le téléchargement de leurs œuvres ou leur diffusion en continu. La très grande majorité des auteurs de doctrine appuient ce point de vue : Reinbothe et von Lewinski, p. 108; Bently et Sherman, p. 45; United States Copyright Office, *The Making Available Right in the United States : A Report of the Register of Copyrights* (février 2016), p. 13-14; B. B. Sookman, *Sookman : Computer, Internet and Electronic Commerce Law* (feuilles mobiles), § 3:90. Comme l’explique Cheryl Foong,

[TRADUCTION] [c]ertaines caractéristiques du droit de mise à la disposition peuvent être soulignées. Comme le simple fait de rendre accessible est suffisant pour porter atteinte au droit, il n’est pas nécessaire de prouver qu’il y a effectivement eu transmission. Ainsi, l’article 8 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur a abaissé le seuil d’application de la protection du droit de communication et a élargi son étendue. [p. 79]

[84] Dans le même ordre d'idées, Ricketson et Ginsburg ont écrit qu'il [TRADUCTION] « n'est pas nécessaire que l'offre soit acceptée : la "mise à la disposition" englobe les communications embryonnaires ainsi que celles qui sont effectuées » (p. 747).

[85] Cela établit de façon convaincante que l'art. 8 exige des États membres qu'ils accordent aux auteurs le droit de contrôler le moment et la façon dont leurs œuvres sont mises à la disposition pour téléchargement ou diffusion en continu. Cette conclusion est en totale conformité avec le libellé de l'art. 8, qui confère aux auteurs le droit de contrôler l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public d'une façon qui lui permette d'y « avoir accès ». Le fait que l'œuvre soit effectivement transmise n'est pas nécessaire. Cette interprétation trouve aussi appui dans les notes explicatives qui accompagnent l'art. 8 (qui était alors l'art. 10), suivant lesquelles l'acte important protégé par l'art. 8 est l'« acte initial » de donner « accès » à l'œuvre :

10.10 Dans la seconde partie de l'article 10, il est clairement indiqué que la communication au public comprend la mise à la disposition du public des œuvres, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit. L'acte important est la mise à la disposition de l'œuvre en permettant d'y avoir accès. Ce qui compte, c'est l'acte initial de mise à la disposition de l'œuvre et non la simple fourniture d'un espace serveur, de liaisons de communication ou d'équipements permettant le transport et l'acheminement de signaux. Il est sans intérêt, en l'occurrence, de se demander si les exemplaires sont mis à la disposition de l'utilisateur ou si l'œuvre est simplement rendue perceptible pour l'utilisateur et donc utilisable par celui-ci. [Je souligne.]

[86] Cette conclusion est aussi compatible avec l'objet du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* : combler les possibles lacunes de la *Convention de Berne* créées par

l'apparition de nouvelles technologies Internet. Il y aurait des lacunes importantes sur le plan de la protection si les titulaires de droits d'auteur n'avaient pas de recours contre les personnes qui mettent illégalement en ligne leurs œuvres à des fins de téléchargement ou de diffusion en continu.

[87] Mais cette conclusion n'oblige pas à interpréter le par. 2.4(1.1) comme créant un nouveau « droit de mise à la disposition » justifiant rémunération. Aux termes de la « solution cadre » du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, les États membres peuvent protéger l'acte de mise à la disposition d'une œuvre de diverses façons. C'est ce dont je traiterai maintenant.

b) *La solution cadre*

[88] Pour récapituler, l'art. 8 oblige les États membres à faire deux choses : (1) protéger les transmissions sur demande et (2) conférer aux auteurs le droit de contrôler comment et quand leur œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu. La disposition ne précise toutefois pas la façon dont les États membres doivent donner effet à ces obligations. Compte tenu des différentes traditions juridiques et techniques de rédaction des États membres, le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* a adopté une « solution cadre » : chaque État doit décider de la manière dont il s'acquittera des obligations que lui impose l'art. 8. Les États membres peuvent fournir les protections commandées par l'art. 8 en prévoyant [TRADUCTION] « un droit explicite de mise à la disposition ou en assurant efficacement le respect de ce droit par le truchement d'une combinaison de droits préexistants » :

Foong, p. 62-63; voir aussi Makeen, p. 254; R. Keller, « Moving Toward a Balanced “Making Available Right” in Canada » (2014), 27 *I.P.J.* 213, p. 221-222. Comme le souligne le texte explicatif qui accompagne l’art. 8 (qui était à l’époque l’art. 10) :

10.21 Il faut tout particulièrement insister sur le fait que l’article 10 ne vise pas à définir la nature ou l’étendue de la responsabilité au niveau national. Ce projet d’arrangement international ne fixe que l’étendue des droits exclusifs qui seront accordés aux auteurs sur leurs œuvres. C’est à la législation et à la jurisprudence nationales, compte tenu de la tradition juridique de chaque Partie contractante, qu’il incombera de déterminer qui est responsable de la violation de ces droits ainsi que l’étendue de la responsabilité.

[89] Conformément à la solution cadre, les États membres ont protégé l’acte de mise à la disposition des œuvres en recourant à divers moyens. Certains ont adopté un libellé semblable à celui de l’art. 8. D’autres n’ont fait aucun changement législatif, se contentant plutôt de s’appuyer sur des droits existants pour donner effet aux obligations que leur impose l’art. 8. Les États-Unis, par exemple, s’en sont remis aux droits existants en matière de reproduction, d’exécution ou représentation et de distribution pour s’acquitter de leurs obligations au titre de l’art. 8 : United States Copyright Office, p. 74-77; Foong, p. 84; Makeen, p. 256-257.

[90] En somme, la solution cadre a conféré aux [TRADUCTION] « législateurs nationaux une liberté relative leur permettant de choisir le droit de distribution, le droit de communication au public, la combinaison de ces droits, ou un nouveau droit, pour s’acquitter des obligations qu’impose l’article 8 » : M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet : The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*

(2002), p. 501. En conséquence, pourvu que la *Loi sur le droit d'auteur* donne effet aux objectifs de l'art. 8 par une combinaison de droits, le Canada respecte ses obligations au titre de l'art. 8.

(4) Quelle est l'interprétation correcte du par. 2.4(1.1)?

[91] Si l'on garde à l'esprit le contexte de l'art. 8, l'interprétation qui est la plus compatible avec le texte, la structure, l'objet et le contexte du par. 2.4(1.1) est la suivante : le par. 2.4(1.1) précise (1) que l'al. 3(1)f) s'applique aux diffusions en continu sur demande et (2) qu'une œuvre est exécutée dès qu'elle est mise à la disposition pour diffusion en continu. Cette interprétation donne effet aux obligations du Canada au titre de l'art. 8 au moyen d'une combinaison des droits d'exécution, de reproduction et d'autorisation prévus au par. 3(1). Ce faisant, elle respecte aussi le principe de la neutralité technologique, en ce qu'elle fait en sorte que les auteurs conservent les mêmes droits et redevances sur leurs œuvres, que leurs œuvres soient distribuées en ligne ou hors ligne.

[92] Premièrement, le par. 2.4(1.1) précise que le droit de communication visé à l'al. 3(1)f) s'applique aux diffusions en continu sur demande. Quand la *LMDA* a reçu la sanction royale, il n'était pas évident que l'al. 3(1)f) s'appliquait aux technologies d'extraction personnalisée comme les transmissions en continu sur demande. Par exemple, dans *Rogers*, un groupe de fournisseurs de service de musique a fait valoir que l'al. 3(1)f) ne s'appliquait pas aux technologies plus récentes d'extraction personnalisée comme les transmissions en continu sur demande. Le paragraphe

2.4(1.1) clôt ce débat en précisant que l'al. 3(1)f) s'applique à la technologie de communication sur demande, étant donné que cette technologie permet que « chacun puisse [...] avoir accès [à une œuvre] de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

[93] L'importance du par. 2.4(1.1) a été atténuée par l'arrêt *Rogers*, dans lequel la Cour a, avant l'entrée en vigueur de ce paragraphe, interprété l'al. 3(1)f) comme s'appliquant aux transmissions en continu sur demande. La *LMDA* a cependant reçu la sanction royale avant le prononcé de l'arrêt *Rogers*. Tout comme l'art. 8 à l'égard de la *Convention de Berne*, le par. 2.4(1.1) visait à dissiper une ambiguïté et à préciser que l'al. 3(1)f) s'applique aux diffusions en continu sur demande. Si l'arrêt *Rogers* n'avait pas été rendu à ce moment-là ou si le jugement avait été différent, le par. 2.4(1.1) aurait grandement clarifié le droit : voir J. de Beer, « Copyright Royalty Stacking », dans M. Geist, dir., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 335, p. 363.

[94] Je remarque aussi que le par. 2.4(1.1) offre une protection légèrement plus étendue aux auteurs que celle offerte par l'arrêt *Rogers*. Il ressort du libellé du par. 2.4(1.1) qu'une unique diffusion en continu sur demande à un membre du public constitue une « communication au public » visée par l'al. 3(1)f). À l'inverse, selon la *ratio* dans l'arrêt *Rogers*, les transmissions en continu sur demande pouvaient être des communications au public s'il existait une « série de communications point à point de la même œuvre à un groupe de personnes » : par. 52 (je souligne). Aux termes du

par. 2.4(1.1), il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'une « série » de communications point à point. Une unique communication point à point sur demande à un membre du public suffit à faire intervenir l'al. 3(1)f).

[95] Deuxièmement, le par. 2.4(1.1) précise qu'une œuvre est exécutée dès qu'elle est mise à la disposition pour diffusion sur demande. Cette interprétation est étayée par le texte de la disposition, son contexte et l'objet général de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[96] Textuellement, le par. 2.4(1.1) dispose qu'une œuvre est communiquée lorsqu'elle est mise à la disposition du public de manière que chacun « puisse » y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. Il n'indique pas qu'on doit accéder à l'œuvre pour qu'elle soit communiquée.

[97] Contextuellement, l'art. 8 appuie cette interprétation du par. 2.4(1.1). Tel que je l'ai expliqué, l'art. 8 exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit de contrôler l'acte de mise à la disposition des œuvres, en plus des éventuels téléchargements ou diffusions en continu. Une façon de le faire est de préciser qu'une œuvre est exécutée dès qu'elle est mise à la disposition pour diffusion en continu sur demande.

[98] Enfin, cette interprétation est compatible avec l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* étant donné qu'elle promeut la neutralité technologique. Par le passé, une œuvre était « exécutée » dès que le public avait eu la *possibilité* d'en profiter pendant

une période limitée. Par exemple, la transmission de l'œuvre par câblodistribution vaut « exécution », peu importe le nombre de personnes qui visionnent la chaîne. [TRADUCTION] « [I]l n'est pas nécessaire qu'il y ait un public, du moment que l'exécution est destinée à un auditoire » : Harris, p. 141. Comme l'expliquent Ricketson et Ginsburg :

[TRADUCTION] Si une seule personne lance (ou pourrait un jour lancer) à un moment donné la transmission en continu sur demande [d'une œuvre], cela équivaut-il à une « communication au public » au sens de la Convention de Berne? Le nombre de destinataires ne devrait pas importer dans les faits; ce qui devrait compter, c'est l'accessibilité de la communication « au public ». Par exemple, il y a une « transmission par fil au public » d'une œuvre cinématographique (par. 14bis(1)) si le film est transmis par la télévision par câble, même si en réalité aucun téléspectateur ne choisit le canal où a lieu cette transmission. C'est l'invitation lancée à tout membre du public à allumer le téléviseur et à regarder le film qui fait qu'il y a communication « au public ». Même lorsque la transmission par câble est restreinte, par exemple, aux abonnés payants, il y a communication « au public » parce tout membre du public est invité à payer les frais requis pour y avoir accès. [Je souligne; p. 742-743.]

[99] Le paragraphe 2.4(1.1) fait en sorte que les diffusions en continu sur demande reçoivent un traitement semblable. Il ressort clairement de cette disposition qu'une œuvre est exécutée dès qu'elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu sur demande, car les utilisateurs ont dès lors la possibilité de profiter temporairement de l'œuvre. Une fois qu'une œuvre est mise à la disposition pour diffusion en continu sur demande, les utilisateurs n'ont qu'à recourir aux services de diffusion en continu pour profiter de l'œuvre. C'est donc l'équivalent numérique de la possibilité de capter une chaîne de télévision 24/7 qui diffuse continuellement une œuvre donnée.

[100] Cette interprétation n'exige pas que l'acte de mise à la disposition de l'œuvre soit considéré comme une exécution distincte de la transmission subséquente de l'œuvre par la diffusion en continu. L'œuvre est exécutée dès qu'elle est mise à la disposition pour diffusion en continu. Une redevance d'exécution doit être payée à ce stade. Si l'utilisateur profite subséquemment de cette exécution en diffusant l'œuvre en continu, il bénéficie d'une exécution déjà en cours, et non d'une nouvelle exécution. Aucune redevance distincte ne doit être payée à ce stade. [TRADUCTION] « L'acte de "communication au public" sous la forme d'une "mise à la disposition" est entièrement accompli par la simple mise à la disposition d'une œuvre pour diffusion en continu sur demande. Si l'œuvre est alors effectivement transmise de cette façon, cela ne signifie pas que deux actes sont accomplis : la "mise à la disposition" et la "communication au public". L'acte entier ainsi accompli sera considéré comme une communication au public » : Ficsor, p. 508. Autrement dit, la mise à la disposition d'une diffusion en continu et une diffusion en continu par un utilisateur sont toutes les deux protégées en tant qu'exécution unique — une communication unique au public

(5) La Loi sur le droit d'auteur s'accorde-t-elle avec l'art. 8?

[101] Gardant cette interprétation à l'esprit, je conclus que la *Loi sur le droit d'auteur* donne effet aux obligations du Canada au titre de l'art. 8 au moyen d'une combinaison des droits en matière d'exécution et représentation, de reproduction et d'autorisation prévus au par. 3(1).

[102] Si les œuvres sont diffusées en continu ou mises à la disposition pour diffusion en continu, le droit d'exécution de l'auteur visé à l'al. 3(1)f) entre en jeu. Un utilisateur ne peut diffuser une œuvre en continu ou la mettre à la disposition pour diffusion sur demande sans faire intervenir le droit d'exécution de l'auteur prévu au par. 3(1).

[103] Toutefois, étant donné que les téléchargements ne font intervenir ni l'al. 3(1)f) ni les droits d'exécution de l'auteur, la *Loi sur le droit d'auteur* protège les téléchargements au moyen d'un ensemble différent de droits : les droits de reproduction et d'autorisation. Si une œuvre est téléchargée, le droit de reproduction de l'auteur est mis en jeu; si l'œuvre est mise à la disposition pour téléchargement, le droit de l'auteur d'autoriser les reproductions est mis en jeu. Pour bien saisir ce point, il faut comprendre le droit d'autoriser des reproductions ou représentations d'une œuvre visé au par. 3(1).

[104] « Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir » : par. 27(1). Est notamment visé le droit d'« autoriser » une reproduction ou une exécution ou représentation : par. 3(1). « Autoriser » signifie « sanctionner, approuver ou soutenir » : *CCH*, par. 38, citant *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182, p. 193. La question de savoir si une reproduction ou encore une exécution ou représentation a été autorisée est une question de fait, et la réponse peut

« s'inférer d'agissements qui ne sont pas des actes directs et positifs, et notamment d'un degré suffisamment élevé d'indifférence » : *CCH*, par. 38.

[105] L'autorisation est un droit distinct conféré aux titulaires de droits d'auteur. Un utilisateur qui autorise illégalement une reproduction ou une exécution d'une œuvre peut être tenu responsable de la violation de ce droit, que l'œuvre ait en fin de compte été ou non reproduite ou exécutée : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, par. 112-113; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 120; B. Sookman, S. Mason et C. Craig, *Copyright : Cases and Commentary on the Canadian and International Law* (2^e éd. 2013), p. 1001.

[106] Si une personne met une œuvre à la disposition pour téléchargement, cette personne autorise implicitement la reproduction de l'œuvre : *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), p. 697, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209. Tel que l'a reconnu la Commission du droit d'auteur dans la décision *SOCAN — Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)*, 1999 CanLII 35813,

[1]'« autorisation » constitue une utilisation protégée distincte sous le régime de la *Loi*. Autoriser, c'est sanctionner, appuyer et soutenir. La personne qui rend disponible une œuvre musicale sur un site accessible par l'Internet en autorise la communication. Elle le fait uniquement afin que celle-ci puisse être communiquée, en sachant fort bien et en espérant qu'une telle communication aura lieu. La personne qui rend l'œuvre

disponible ne fait pas que fournir les moyens d'assurer la communication de l'œuvre; elle contrôle ou prétend contrôler le droit de la communiquer.

...

De plus, c'est l'acte même de rendre disponible qui constitue une autorisation. En agissant de la sorte, la personne se trouve à offrir à ceux qui ont accès à l'Internet de leur communiquer l'œuvre. [Notes en bas de page omises; p. 29-31.]

Voir aussi *Warman c. Fournier*, 2012 CF 803, par. 13 (CanLII).

[107] Bien que le passage reproduit ci-dessus renvoie aux communications, les commentaires de la Commission valent également pour les reproductions. Si une personne met une œuvre à la disposition pour téléchargement sans y être autorisée, cette personne viole le droit d'auteur du titulaire de ce droit à autoriser les reproductions, et ce, que l'œuvre soit ou non téléchargée en fin de compte.

[108] Ensemble, les droits d'exécution et représentation, de reproduction et d'autorisation conférés par le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* donnent effet aux obligations du Canada au titre de l'art. 8, et ils le font d'une manière qui respecte le principe de neutralité technologique. Si une œuvre est diffusée en continu ou mise à la disposition pour diffusion en continu sur demande, le droit d'exécution de l'auteur intervient. Si une œuvre est téléchargée, c'est le droit de reproduction de l'auteur qui intervient. Enfin, si une œuvre est mise à la disposition pour téléchargement, c'est le droit de l'auteur d'autoriser les reproductions qui entre en jeu. La protection ne souffre d'aucune lacune.

[109] J'ajouterais qu'il n'y a rien de nouveau dans le fait d'avoir recours à une combinaison de droits pour donner effet aux obligations découlant de l'art. 8. Rappelons que les États-Unis le font eux aussi. Comme l'a expliqué le *Copyright Office* (Bureau du droit d'auteur) des États-Unis, alors qu'il examinait le respect par ce pays du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*,

[TRADUCTION] [1]e Bureau maintient son opinion de longue date suivant laquelle l'acte de mettre à la disposition une œuvre protégée par le droit d'auteur de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit fera intervenir un ou plusieurs droits exclusifs prévus à l'article 106 de la loi sur le droit d'auteur des É-U. En général, lorsqu'une partie offre aux membres du public d'accéder à une œuvre au moyen d'un téléchargement, l'offre fait intervenir le droit de distribution. Lorsque l'accès est offert sous la forme d'une diffusion en continu ou la présentation d'une image, le droit en cause est le droit relatif à l'exécution publique ou à la présentation publique. Dans chaque cas, la disposition légale applicable répond aux éléments essentiels de l'obligation découlant du traité, notamment l'exigence que le droit exclusif vise (1) des offres de communication d'une œuvre, et non uniquement des transmissions effectuées, et (2) des communications individualisées qui puissent être reçues dans des lieux distincts et à des moments différents. [p. 74].

D. *Résumé*

[110] En somme, je ne souscris pas à l'interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission. L'interprétation suivante est plus compatible avec le texte, la structure, l'objet et le contexte de cette disposition : le par. 2.4(1.1) précise (1) que l'al. 3(1)f s'applique aux diffusions en continu sur demande et (2) qu'une œuvre est exécutée dès qu'elle est mise à disposition pour diffusion en continu sur demande.

[111] Cette interprétation du par. 2.4(1.1) donne effet aux obligations du Canada au titre de l'art. 8. Il est impossible de télécharger une œuvre, de diffuser en continu une œuvre ou de mettre une œuvre à la disposition pour diffusion en continu sur demande ou pour téléchargement sans mettre en jeu l'un des droits exclusifs de l'auteur prévus au par. 3(1).

[112] Cette interprétation respecte aussi le principe de neutralité technologique. À l'instar des distributions hors ligne, le téléchargement ou la diffusion en continu d'œuvres ne font intervenir qu'un seul droit et commandent le paiement d'une seule redevance — une redevance de reproduction pour les téléchargements ou une redevance d'exécution pour les diffusions en continu. Si une œuvre est téléchargée ou mise à la disposition du public pour téléchargement, l'al. 3(1)f) ne s'applique pas. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu, puis diffusée en continu ultérieurement, l'al. 3(1)f) ne s'applique qu'une fois.

[113] Avant de conclure, je tiens à signaler que la valeur de ces droits n'est pas en litige dans le présent pourvoi. C'est à la Commission qu'incombe la tâche de trancher la question de l'établissement de redevances appropriées pour rémunérer les auteurs lorsque ces droits entrent en jeu. De même, la détermination des facteurs dont pourrait tenir compte une cour pour évaluer les réparations pécuniaires découlant d'une violation sera une question à trancher en temps opportun, dans l'éventualité où une telle question serait soulevée dans une affaire.

VII. Conclusion

[114] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Apple Inc. et Apple Canada Inc. se voient adjuger leurs dépens devant notre Cour; les autres intimées se voient adjuger leurs dépens devant notre Cour et la Cour d’appel fédérale.

Version française des motifs des juges Karakatsanis et Martin rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS —

[115] Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, notre Cour a voulu apporter cohérence et prévisibilité au droit régissant le contrôle judiciaire. Les juges majoritaires ont entrepris « une révision globale du cadre d’analyse » ancrée dans une forte présomption d’application de la norme de la décision raisonnable, qui ne pouvait être réfutée que dans cinq situations (par. 143).

[116] La présente affaire ne fait partie d’aucune de ces situations. Mon collègue conclut tout de même que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Bien que les juges majoritaires dans *Vavilov* n’aient pas choisi de reconnaître la compétence concurrente en première instance entre les cours de justice et les organismes administratifs comme une exception à la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable, mon collègue le fait, créant ainsi une sixième

catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte. Je ne saurais être d'accord.

[117] En créant une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte seulement trois ans après la mise en œuvre d'un cadre d'analyse exhaustif par les juges majoritaires de la Cour, mon collègue compromet la certitude et la prévisibilité promises dans *Vavilov*. Son approche n'est d'aucune manière fidèle aux motifs des juges majoritaires dans *Vavilov*, qui « découlaient d'un examen minutieux, entrepris après avoir reçu des observations approfondies et procédé à une étude fouillée de la jurisprudence applicable » (par. 69). Dans cette étude fouillée, les juges majoritaires ont évidemment tenu compte d'arrêts récents où la norme de la décision correcte a été appliquée, comme *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283. En effet, ils ont cité l'arrêt *Rogers* au par. 48.

[118] À mon avis, une application fidèle du cadre d'analyse établi dans *Vavilov* ne peut mener qu'à une seule conclusion : la norme de contrôle en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Même d'après cette norme, la décision de la Commission du droit d'auteur du Canada ne peut être maintenue. Les motifs sont déraisonnables à la lumière du contexte législatif et de la jurisprudence de notre Cour.

[119] Mes motifs se divisent en trois parties. Premièrement, je me pencherai sur la norme de contrôle applicable à la lumière de *Vavilov*. Deuxièmement, j'expliquerai la bonne façon de procéder à un contrôle judiciaire suivant la norme de la décision

raisonnable. Enfin, j'examinerai les motifs de la Commission en l'espèce (2017 CanLII 152886).

I. La norme de contrôle est celle de la décision raisonnable

[120] Dans la décennie qui a suivi l'arrêt de notre Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la norme de contrôle s'est révélée être un sujet controversé. La promesse de l'arrêt *Vavilov* était d'amener les parties à s'attacher à leurs prétentions sur le fond plutôt qu'au critère applicable (par. 69, citant *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 36, où était cité *Dunsmuir*, par. 145, motifs concordants du juge Binnie).

[121] En accordant l'autorisation de pourvoi dans *Vavilov*, la Cour a « consid[éré] les [...] pourvois comme une occasion de se pencher sur le droit applicable au contrôle judiciaire des décisions administratives tel que traité dans l'arrêt *Dunsmuir* et les arrêts subséquents » (par. 6 (je souligne)). La Cour « a nommé deux *amici curiae*, invité les parties à consacrer une bonne partie de leurs arguments à la question de la norme de contrôle et accordé l'autorisation d'intervenir à 27 intervenants, dont 4 procureurs généraux et de nombreuses organisations représentatives de tout l'éventail du droit administratif canadien » (*Vavilov*, par. 6).

[122] En plus d'entendre un large éventail de parties, la Cour a entrepris un examen exhaustif de sa jurisprudence, y compris des arrêts récents où la norme de la

décision correcte a été appliquée : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 48-50; *Rogers*, par. 10-20; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 (SRC), par. 35. La décision des juges majoritaires « découla[it] d'un examen minutieux, entrepris après avoir reçu des observations approfondies et procéda à une étude fouillée de la jurisprudence applicable » (*Vavilov*, par. 69 (je souligne)).

[123] À l'aide des arguments des parties et de notre jurisprudence actuelle, les juges majoritaires ont établi un nouveau cadre « globa[l] ». L'arrêt *Vavilov* indiquait clairement ce qu'il établissait : une présomption d'application de la norme de la décision raisonnable en contrôle judiciaire qui ne pouvait être réfutée que dans cinq situations. Ces situations sont les suivantes : (i) lorsque le législateur a prescrit expressément la norme de contrôle applicable, (ii) lorsque le législateur a prévu dans la loi un mécanisme d'appel, (iii) les questions constitutionnelles, (iv) les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ainsi que (v) les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs (*Vavilov*, par. 17 et 69). La Cour a indiqué clairement « que les présents motifs couvrent l'ensemble des situations dans lesquelles il convient que la cour de révision déroge à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » (*Vavilov*, par. 69 (je souligne)).

[124] La compétence concurrente en première instance ne faisait pas partie de ces cinq catégories exceptionnelles. Bien que la Cour n'ait pas « ferm[é] [. . .] définitivement la porte à la possibilité qu'une autre catégorie puisse [. . .] être reconnue », soulignant qu'il « serait illusoire de déclarer [avoir] envisagé toutes les combinaisons possibles de circonstances [qui] pourront commander une dérogation à la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable », ce n'était manifestement pas le cas de la compétence concurrente en première instance entre la Commission du droit d'auteur et les cours de justice (par. 70). Je répète l'évidence : la Cour a considéré sa propre jurisprudence récente — l'arrêt *Rogers*, qui a été cité dans *Vavilov*. L'établissement de nouvelles catégories était expressément réservé aux circonstances possibles que la Cour ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Il est « illusoire » de laisser entendre que la *jurisprudence même* de la Cour représente une « combinaison possible de circonstances » qu'elle n'a pas pu « envisager ».

[125] En fait, la Cour a choisi de *ne pas* faire de la compétence concurrente en première instance une exception. Ainsi, elle a infirmé l'arrêt *Rogers* sur la question de la norme de contrôle. Il ne s'agissait pas d'un oubli. Il ne s'agissait pas non plus d'une erreur d'inattention. Les juges majoritaires ont reconnu que le jugement « s'écart[ait] à certains égards de la jurisprudence actuelle de la Cour » sur la question de la norme de contrôle (*Vavilov*, par. 18).

[126] Enfin, même si l'arrêt *Rogers* n'avait pas été considéré par la Cour, la situation évoquée ne revêt pas le caractère exceptionnel nécessaire pour justifier la

création d'une nouvelle catégorie appelant à la norme de la décision correcte : « tout nouveau fondement pour l'application de la norme de la décision correcte devrait revêtir un caractère exceptionnel et devrait respecter le cadre d'analyse et les principes prépondérants énoncés dans les présents motifs » (*Vavilov*, par. 70).

[127] Je rejette la suggestion selon laquelle nous sommes en présence de telles circonstances rares et exceptionnelles. Reconnaître la compétence concurrente en première instance comme une nouvelle catégorie ne peut être justifié sur le fondement de la primauté du droit ou de l'intention du législateur. Ces considérations ne justifiaient pas la création de cette catégorie dans *Vavilov*. Elles ne justifient pas la création de cette catégorie maintenant non plus.

[128] Premièrement, je conviens avec les juges majoritaires dans *Vavilov* que « le cadre d'application plus rigoureux de la norme de la décision raisonnable [. . .], qui tient compte de la valeur que représente la cohérence et du risque d'arbitraire, permet, de concert avec les processus administratifs internes qui favorisent l'uniformité et avec le contrôle que peut exercer le législateur [. . .], de se prémunir face aux menaces à la primauté du droit » (par. 72 (référence omise)). Lorsque des cours de justice agissent aussi comme décideurs de première instance, un cadre d'application plus rigoureux de la norme de la décision raisonnable parvient encore mieux à protéger la primauté du droit. Plus particulièrement, un précédent contraignant et important délimitera ce qui est raisonnable dans les circonstances (*Vavilov*, par. 111-112, les juges majoritaires, et par. 293, les juges Abella et Karakatsanis, dissidentes, mais non sur ce point).

[129] Les décideurs administratifs jouent eux aussi un rôle important dans le respect et l'application de la primauté du droit. Quoi qu'il en soit, la cohérence décisionnelle et la primauté du droit ne sauraient avoir un caractère absolu, peu importe le contexte (*Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*), [1993] 2 R.C.S. 756, p. 787-788).

[130] À mon avis, reconnaître une sixième catégorie sur le fondement de la primauté du droit bafoue le principe du *stare decisis* et, par conséquent, va directement à l'encontre de la primauté du droit. En fin de compte, une application fidèle du cadre d'analyse établi par les juges majoritaires dans *Vavilov* ne peut, de manière crédible, justifier la création d'une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte sur ce fondement.

[131] Deuxièmement, la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, ne donne aucune indication claire de l'intention du législateur concernant la norme de contrôle applicable. Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour a affirmé que le législateur peut indiquer son intention de deux façons : il peut prescrire expressément la norme de contrôle ou prévoir dans la loi un mécanisme d'appel (par. 33). Dans *Vavilov*, la Cour a nécessairement considéré la question de la compétence concurrente entre un tribunal et une cour de justice, mais ne l'a néanmoins pas identifiée comme un signal de l'intention du législateur exigeant la norme de la décision correcte. Dans le cas qui nous occupe, il n'y a aucune norme de contrôle prescrite ni aucun mécanisme d'appel prévu par la loi, ni aucune autre disposition semblable. Le choix du législateur « pointe [. . .] vers

deux directions opposées » — l'absence de ces « indications claires » est révélatrice (*Vavilov*, par. 39 et 49). Il s'ensuit qu'une sixième catégorie de questions ne peut être établie sur le fondement de l'intention du Parlement.

[132] Par conséquent, ni l'intention du législateur ni la primauté du droit ne peut élever la présente affaire au rang des circonstances « rares et exceptionnelles »; conclure autrement écarterait le cadre d'analyse régissant la norme de contrôle récemment établi par la Cour. En fait, la création d'une sixième catégorie de questions est simplement contraire aux motifs des juges majoritaires dans *Vavilov*. Lorsque la Cour [TRADUCTION] « accorde toute son attention à une question et la tranche de façon définitive », ses « instructions [. . .] devraient être considérées comme contraignantes » (M. Rowe et L. Katz, « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, p. 10).

[133] Bien que mon collègue s'appuie sur le par. 70 pour s'écarter de la voie bien tracée par l'arrêt *Vavilov*, ce paragraphe doit être lu eu égard à celui qui le précède. Le paragraphe 69 parle de lui-même :

Dans les présents motifs, nous avons relevé cinq situations où se justifie une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, soit sur le fondement de l'intention du législateur (en l'occurrence, les normes de contrôle établies par voie législative et les mécanismes d'appel prévus par la loi), soit parce que la primauté du droit exige un contrôle selon la norme de la décision correcte (en l'occurrence, les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ainsi que les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs). Ce cadre d'analyse découle d'un examen minutieux, entrepris après avoir reçu des observations approfondies et

procédé à une étude fouillée de la jurisprudence applicable. Pour le moment, nous estimons que les présents motifs couvrent l'ensemble des situations dans lesquelles il convient que la cour de révision déroge à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Comme nous l'avons déjà indiqué, les cours de justice ne devraient plus recourir à l'analyse contextuelle pour déterminer la norme de contrôle applicable ou pour réfuter la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable. En finir avec cette approche contextuelle fera en sorte, nous l'espérons, que « les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond » : *Alberta Teachers*, par. 36, citant *Dunsmuir*, par. 145, motifs concordants du juge Binnie.

[134] Pour tous ces motifs, je conclus que la décision des juges majoritaires dans l'arrêt *Vavilov* exige que la décision de la Commission soit contrôlée selon la norme de la décision raisonnable.

[135] Étant donné que les juges majoritaires en l'espèce se sont écartés de l'arrêt *Vavilov*, je tiens à faire une mise en garde. Remettre en question la jurisprudence constante établie par des arrêts antérieurs à *Vavilov* où la norme de la décision correcte a été appliquée mine le cadre d'analyse énoncé par la Cour ainsi que son objectif de promouvoir l'uniformité, la cohérence et la certitude dans le droit régissant le contrôle judiciaire. Malheureusement, l'approche adoptée par mon collègue ne sera pas sans conséquence. Non seulement va-t-elle ouvrir la porte à des litiges sans fin concernant des exceptions possibles à la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable, mais elle va également éroder cette présomption dans toutes les affaires portant sur le choix de la norme de contrôle à l'avenir. C'est précisément ce résultat que *Vavilov* visait à éviter.

II. Contrôle selon la norme de la décision raisonnable

[136] Avant d'examiner les motifs de la Commission en l'espèce, je me pencherai sur la façon d'aborder l'application de la norme de la décision raisonnable dans le cadre du contrôle judiciaire. Premièrement, j'aimerais apporter trois précisions.

[137] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour a été claire : il n'y a qu'une seule norme de la décision raisonnable. La Cour a expressément rejeté l'idée selon laquelle le contexte pourrait modifier la norme ou le degré d'examen que doit appliquer la cour de révision. Bien que le contexte ne change en rien la norme de contrôle, il est évidemment important pour déterminer si la décision en soi est raisonnable (*Vavilov*, par. 67; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59). Dans la mesure où les motifs de la Cour d'appel fédérale laissent entendre le contraire, ils sont incorrects (2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374).

[138] Deuxièmement, je ferais également observer que, dans le cadre d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, il n'est pas utile d'examiner les facteurs énoncés par la juridiction inférieure aux par. 26-36 de ses motifs. L'arrêt *Vavilov* visait à établir un cadre clair, cohérent et *complet*; toute considération additionnelle est donc inutile et mine l'objectif de la Cour de clarifier la norme de contrôle.

[139] Enfin, il est trompeur de qualifier la jurisprudence récente de notre Cour de retour au textualisme, comme l'a fait la Cour d'appel fédérale au par. 42. Comme l'a confirmé notre Cour dans *Vavilov*, tant les cours de justice que les décideurs administratifs interprètent une disposition législative « en appliquant le «principe

moderne” en matière d’interprétation des lois, selon lequel il faut lire les termes d’une loi “dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur” » (*Vavilov*, par. 117, citant *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant tous deux E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

[140] Le contexte et les conséquences demeurent essentiels (voir, p. ex., *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16). Une interprétation purement textuelle n’est pas compatible avec la méthode générale et réparatrice d’interprétation des lois. Et, comme la juge Abella et moi-même l’avons fait remarquer dans un autre arrêt, « les mots comptent, les objectifs de politique générale comptent et les conséquences comptent » (*TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, par. 108).

[141] Gardant ces éclaircissements à l’esprit, j’estime que le cadre d’analyse régissant le contrôle selon la norme de la décision raisonnable peut être énoncé simplement en ces termes.

[142] Une décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle » qui respecte les limites établies par le contexte (*Vavilov*, par. 85; voir aussi par. 293 et 296, les juges Abella et Karakatsanis, dissidentes, mais non sur ce point). La cour de révision se demande « si la décision possède les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la justification, la

transparence et l'intelligibilité » (*Vavilov*, par. 99). Selon cette approche, la cour de révision doit commencer par examiner comment le décideur en est arrivé à cette interprétation, puis déterminer si cette interprétation peut se justifier au regard des faits et du droit (*Vavilov*, par. 86, les juges majoritaires, et par. 205, les juges Abella et Karakatsanis, citant tous *Dunsmuir*, par. 47).

[143] Les questions d'interprétation de la loi peuvent être évaluées selon la norme de la décision raisonnable (*Vavilov*, par. 115). Lorsque cette norme s'applique, « la cour de révision ne procède pas à une analyse *de novo* de la question soulevée ni ne se demande "ce qu'aurait été la décision correcte" » (*Vavilov*, par. 116, citant *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 50). « [L]a cour de justice doit plutôt examiner la décision administrative dans son ensemble, y compris les motifs fournis par le décideur et le résultat obtenu » (*Vavilov*, par. 116).

[144] Comme je l'ai expliqué précédemment, la cour de justice s'acquitte de cette tâche en se référant au principe moderne d'interprétation des lois. Bien que le décideur administratif ne soit pas tenu de procéder à une interprétation formaliste, sa tâche est d'interpréter la disposition contestée d'une manière qui cadre avec le texte, le contexte et l'objet, compte tenu de sa compréhension particulière du régime législatif en cause (*Vavilov*, par. 120-121).

[145] En tout temps, la cour doit faire preuve de déférence lorsqu'elle procède au contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Ce type de contrôle a pour point

de départ la retenue judiciaire et le respect du rôle distinct des décideurs administratifs (*Vavilov*, par. 75). Il s'ensuit que la décision doit recevoir une interprétation équitable et généreuse.

[146] La partie qui conteste la décision doit convaincre la cour « que la lacune ou la déficience [invoquée] est suffisamment capitale ou importante pour rendre cette dernière déraisonnable » (*Vavilov*, par. 100). En l'espèce, ce fardeau repose sur les intimées.

III. Application de la norme de contrôle en l'espèce

[147] Je me pencherai maintenant sur l'application de la norme de la décision raisonnable en l'espèce.

[148] Comme je l'expliquerai, la décision de la Commission est déraisonnable parce qu'elle ne tient pas compte de deux facteurs importants : (i) la jurisprudence récente de notre Cour et (ii) les principes directeurs du régime législatif. Bien que les décideurs administratifs ne soient pas tenus « de traiter expressément de toutes les interprétations possibles », la Commission n'a pas tenu compte d'éléments essentiels qui étayaient une interprétation contraire de la disposition législative pertinente (*Vavilov*, par. 122, citant *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405, par. 3).

[149] Premièrement, la décision de la Commission est déraisonnable, car celle-ci a interprété le par. 2.4(1.1) sans tenir véritablement compte du contexte juridique, comme l'exige *Vavilov*, par. 112. Plus particulièrement, la Commission a jugé, au par. 136, que l'affaire *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (*ESA*) — un arrêt pertinent et contraignant de notre Cour — se distinguait de l'espèce et n'était donc pas contraignant. Par conséquent, la Commission ne l'a pas jugé pertinent dans l'interprétation du par. 2.4(1.1).

[150] À mon avis, il était déraisonnable pour la Commission de ne pas tenir compte de l'arrêt *ESA* — l'arrêt de principe sur l'al. 3(1)f) en droit canadien. Trois raisons l'ont mené à ne pas en tenir compte. La Commission a d'abord rejeté l'applicabilité de l'arrêt *ESA* parce que l'affaire a été jugée sans renvoi au *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, R.T. Can. 2014 n° 20, ou au *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, R.T. Can. 2014 n° 21. Je conviens que les Traités font partie du contexte juridique pertinent, mais il ne s'agissait pas d'un fondement solide pour établir une distinction avec l'arrêt *ESA* en ce qui concerne l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur* ou pour faire fi de cette interprétation, en particulier parce que le droit interne prévaut toujours (*National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371-1372).

[151] La Commission a ensuite souligné que l'affaire *ESA* avait été décidée dans un contexte législatif différent. Pourtant, trois aspects cruciaux de la Loi sont demeurés

les mêmes après l'adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20 (*LMDA*) : (i) le libellé de l'al. 3(1)f), (ii) la distinction fondamentale dans la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits d'exécution et les droits de reproduction, et (iii) l'engagement du Parlement à préserver la neutralité technologique. Tous ces aspects étaient essentiels au raisonnement de la Cour dans *ESA*, et ils ont des répercussions sur les interprétations que pouvait raisonnablement donner la Commission. Il était déraisonnable pour la Commission de ne pas tenir compte des similitudes dans leur contexte.

[152] Enfin, la Commission a souligné que l'« interprétation antérieure de “communiquer” donnée dans l'arrêt *ESA* ne portait que sur l'élément lié à la transmission de ce droit et se distingue » (par. 117). Bien que dans *ESA*, la Cour ait examiné la définition de « communication » dans un sens plus restreint parce qu'elle ne s'est attardée qu'à une partie de l'activité en question (c.-à-d. les téléchargements), il était inopportun d'écarter sommairement les directives données dans cet arrêt. L'acte de mettre à disposition une œuvre est inextricablement lié à l'acte de transmission subséquent — on ne peut diffuser en continu ou télécharger une œuvre sans qu'elle n'ait d'abord été mise à la disposition du public. Il est nécessaire d'examiner cette activité dans son ensemble, car autrement, la Commission ne pourrait évaluer la totalité des droits en jeu. Il en résulterait, évidemment, une interprétation qui créerait deux droits pour une seule et même activité, qui viendrait rompre le juste équilibre entre les droits des utilisateurs et les droits des créateurs.

[153] Si la Commission avait véritablement examiné l'arrêt *ESA*, elle n'aurait pas rendu une décision qui considère les téléchargements — une activité de reproduction — comme un acte de communication, contrairement à l'arrêt *ESA*, par. 39, et n'aurait pas non plus créé deux droits distincts pour une seule activité, contrairement à l'arrêt *ESA*, par. 41. Sans fondement solide pour établir une distinction avec l'arrêt *ESA*, la Commission a déraisonnablement fait fi de l'interprétation donnée par la Cour à l'al. 3(1)f) et tiré une conclusion qui est incompatible avec un précédent important de la Cour.

[154] La décision de la Commission était aussi déraisonnable dans le contexte plus général du régime législatif.

[155] Premièrement, comme la Cour l'a reconnu, la Loi vise à établir un équilibre entre les intérêts de l'utilisateur et ceux du créateur, et ce juste équilibre est atteint « non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits » (*Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 31). En raison des doubles redevances, la balance penche désormais lourdement en faveur du créateur, ce qui est contraire aux directives qu'a données notre Cour dans l'arrêt *SRC*, par. 63, et dans l'arrêt *ESA*, par. 9 et 11, de maintenir l'équilibre. Dans ses motifs, la Commission n'aborde pas véritablement les doubles redevances qui résulteraient du téléchargement ou de la diffusion en continu de l'œuvre par la suite. Cette omission est déraisonnable à la lumière de la mise en garde de la Cour contre ce genre précis de palier

supplémentaire de droits, ou « double rémunération » (*ESA*, par. 11). Cet aspect de la décision de la Commission n'était pas raisonnable.

[156] Deuxièmement, les motifs de la Commission concernant la neutralité technologique — un principe qui guide l'interprétation de la Loi — étaient déraisonnables. Au paragraphe 128, la Commission reconnaît que la *LMDA* énonçait l'objectif du Parlement de préserver la neutralité technologique de la Loi. Elle a également reconnu que le principe de la neutralité technologique s'applique, à moins d'une intention contraire avérée du Parlement (par. 127). Pourtant, l'interprétation avancée par la Commission n'est pas neutre sur le plan technologique puisque, contrairement à l'importance accordée à la neutralité technologique par notre Cour dans *ESA*, par. 2, et dans *SRC*, par. 66, elle a ouvert la porte à une double redevance simplement parce que l'activité a lieu en ligne.

[157] Le seul motif pour lequel la Commission a conclu que le principe de la neutralité technologique n'a pas pour effet de restreindre le sens du par. 2.4(1.1) se résumait en une phrase, dans laquelle elle souligne « l'historique législatif, l'objet des Traités Internet de l'OMPI et l'objectif du législateur de mettre pleinement en œuvre ces traités au moyen d'« approches coordonnées » » (par. 129). La Commission n'a pas expliqué comment ces considérations peuvent supplanter l'intention expresse du Parlement d'édicter la *LMDA* d'une manière neutre sur le plan technologique. La Commission ne pouvait souscrire à une interprétation qui s'appliquait différemment à

divers médias sans que cela n'ait pour effet de supplanter l'intention du Parlement. La décision de la Commission à cet égard était déraisonnable.

[158] En résumé, il était déraisonnable pour la Commission de ne pas examiner la jurisprudence importante et contraignante de la Cour, ou les thèmes sous-jacents de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'omission d'examiner « un aspect pertinent d[u] texte, d[u] contexte ou de [l']objet » de la disposition ne portera pas toujours un coup fatal à la décision dans le cadre du contrôle selon la norme de la décision raisonnable, mais il ne s'agit pas d'un cas où l'omission est un aspect mineur du contexte interprétatif (*Vavilov*, par. 122). Par conséquent, je n'accepte pas l'interprétation donnée par la Commission au par. 2.4(1.1).

[159] À moins qu'il n'y ait qu'une seule issue raisonnable, en règle générale, la cour de révision qui applique la norme de la décision raisonnable s'abstiendra de trancher la question en litige (*Vavilov*, par. 83 et 110). Par conséquent, la cour de révision « ne se demande donc pas quelle décision elle aurait rendue à la place du décideur administratif, ne tente pas de prendre en compte l'“éventail” des conclusions qu'aurait pu tirer le décideur, ne se livre pas à une analyse *de novo*, et ne cherche pas à déterminer la solution “correcte” au problème » (*Vavilov*, par. 83).

[160] Si la norme de la décision correcte était la norme applicable, je souscrirais alors à la conclusion de mon collègue que le par. 2.4(1.1) ne pouvait pas être interprété comme créant un nouveau droit indépendant qui entre en jeu lorsque les œuvres sont mises à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu sur

demande, ni créant un tarif distinct. Rien dans le texte, le contexte ou l'objet du par. 2.4(1.1) n'indique le contraire, particulièrement lorsque l'on examine cette disposition à la lumière du contexte juridique dans lequel elle s'applique.

IV. Dispositif

[161] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire pour nouvelle interprétation, car cela ne changerait pas l'issue au fond : la Commission a déjà conclu qu'elle n'avait pas suffisamment de preuve pour déterminer quel tarif devrait s'appliquer à l'activité de mise à la disposition.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique : Gowling WLG (Canada), Ottawa; Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs de l'appelante Music Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intimées Entertainment Software Association, l'Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média

*Inc., Rogers Communications Inc. et Shaw Communications : Fasken Martineau
DuMoulin, Ottawa.*

*Procureurs des intimées Apple Inc. et Apple Canada Inc. : Goodmans,
Toronto.*

Procureurs de l'intimée Pandora Media Inc. : McMillan, Ottawa.

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

*Procureurs des intervenants les Éditeurs de musique au Canada et
l'Association des professionnels de l'édition musicale : Cassels Brock & Blackwell,
Toronto.*

*Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des bibliothèques
de droit et Library Futures Institute : JFK Law Corporation, Vancouver; Cornell Law
School, Ithaca (N.Y.).*

Procureurs de l'intervenant Ariel Katz : Lenczner Slaght, Toronto.