

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Société Radio-Canada *c.* SODRAC 2003 Inc., 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 | **Date :** 20151126  **Dossier :** 35918 |

Entre :

Société Radio-Canada

Appelante

et

SODRAC 2003 Inc. et Société du droit de reproduction des

auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc.

Intimées

- et -

Centre des politiques en propriété intellectuelle, Ariel Katz,

Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson‑Glushko,

Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, Association canadienne des éditeurs de musique, Confédération internationale des éditeurs de musique, Music Canada, Fédération internationale de l’industrie phonographique, Conseil canadien des associations de l’industrie musicale, Association canadienne de la musique indépendante et

Association québécoise de l’industrie du disque, du spectacle et de la vidéo

Intervenants

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 116)  **Motifs dissidents :**  (par. 117 à 192)  **Motifs dissidents :**  (par. 193 à 195) | Le juge Rothstein (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté)  La juge Abella  La juge Karakatsanis |

Société Radio‑Canada *c.* SODRAC 2003 Inc., 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615

Société Radio‑Canada Appelante

c.

SODRAC 2003 Inc. et

Société du droit de reproduction des auteurs,

compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. Intimées

et

Centre des politiques en propriété intellectuelle, Ariel Katz,

Clinique d’intérêt public et de politique d’internet

du Canada Samuelson‑Glushko,

Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée,

Association canadienne des éditeurs de musique,

Confédération internationale des éditeurs de musique,

Music Canada, Fédération internationale de l’industrie phonographique,

Conseil canadien des associations de l’industrie musicale,

Association canadienne de la musique indépendante et

Association québécoise de l’industrie du disque,

du spectacle et de la vidéo Intervenants

**Répertorié :**Société Radio‑Canada ***c.*** SODRAC 2003 Inc.

2015 CSC 57

No du greffe : 35918.

2015 : 16 mars; 2015 : 26 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

en appel de la cour d’appel fédérale

*Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Licences — Sociétés de gestion collective — SODRAC assurant la gestion des droits de reproduction en tant que société de gestion collective — Demande de la SODRAC de fixer pour les années 2008 à 2012 les modalités d’une licence de reproduction, par la SRC, d’œuvres musicales contenues dans le répertoire de la SODRAC — Copies de synchronisation éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que producteur, et copies accessoires de diffusion éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que diffuseur — Copies de synchronisation créées en cours de production assujetties à une licence — Les copies accessoires de diffusion mettent‑elles en jeu le droit de reproduction? — Si oui, y a‑t‑il lieu d’inférer des licences de synchronisation l’existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion? — Si une licence de reproduction est requise pour les copies accessoires de diffusion, la Commission a‑t‑elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence? — La Commission a‑t‑elle appliqué correctement les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C‑42, art. 3(1)d).*

*Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Licences provisoires — Sociétés de gestion collective — Décision de la Commission fixant les modalités d’une licence rendue après l’expiration de la licence — Modalités de la licence provisoire fixées par la Commission en fonction du statu quo — Statu quo fondé sur la licence 2008-2012 — La Commission a‑t‑elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire? —* *Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C‑42, art. 66.51.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission du droit d’auteur — Norme de contrôle applicable — Une norme de contrôle donnée doit‑elle être assignée à chaque question que soulève la décision faisant l’objet du contrôle?*

La SRC est à la fois un producteur et un diffuseur d’émissions de télévision : elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que celles qui lui sont cédées par licence ou qu’elle achète auprès de tierces parties, et elle le fait à la télévision et sur Internet. La SODRAC est une société collective constituée pour assurer la gestion des droits de reproduction de ses membres. Lorsque les diffuseurs, y compris la SRC, produisent une émission, ils font plusieurs sortes de copies. Les « copies de synchronisation » incorporent les œuvres musicales dans une émission audiovisuelle. La « copie maîtresse » est la copie finale créée une fois complété le processus de synchronisation. La SRC intègre la copie maîtresse dans son système de gestion du contenu numérique et confectionne plusieurs copies de l’émission complétée — et, par conséquent, de la musique que celle‑ci contient — à des fins d’utilisation interne. Dans les cas où elles visent à faciliter la diffusion, ces copies sont appelées « copies accessoires de diffusion ».

Suivant l’arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, dans lequel la Cour a statué que les copies « éphémères » mettent en jeu le droit de reproduction visé à l’al. 3(1)*d*) de la *Loi sur le droit d’auteur* et qu’une licence de diffusion ne permet pas d’inférer en droit celui de faire de telles copies, la SODRAC a commencé à distinguer les copies de synchronisation des copies faites à d’autres fins. Elle a d’abord octroyé des licences de synchronisation gratuitement aux titulaires de licence, mais en 2006 ou vers 2006, elle a commencé à demander aux producteurs de payer ces licences. En 2008, après que la SODRAC et la SRC eurent été incapables d’en arriver à une entente sur le renouvellement de la licence de la SRC, la SODRAC a demandé à la Commission de fixer les modalités d’une licence pour la période allant du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012. La SRC plaide que les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en jeu le droit de reproduction ou, à titre subsidiaire, que, si elle est requise, la licence couvrant ses copies accessoires de diffusion doit s’inférer de ses licences de synchronisation ou des licences de synchronisation de producteurs tiers.

En 2012, la Commission du droit d’auteur a conclu que l’activité de la SRC consistant à faire des copies accessoires de diffusion mettait en cause le droit de reproduction. En outre, selon elle, on ne pouvait inférer des licences de synchronisation visant le processus de production l’existence d’une licence permettant à la SRC de faire de telles copies. Ainsi, la SRC devait obtenir une licence de reproduction distincte pour légitimer ses activités de confection de copies accessoires de diffusion. La Commission a fixé la valeur de la licence en fonction d’un ratio utilisé antérieurement dans le contexte de la radio commerciale et qu’elle estimait également applicable au contexte télévisuel. La Commission a subséquemment délivré une licence provisoire devant prendre effet après l’expiration de la licence 2008‑2012 et proroger les modalités de cette dernière à titre provisoire, sous réserve de modifications mineures. La Cour d’appel fédérale a maintenu la licence 2008‑2012 ainsi que la licence provisoire qui a suivi, sous réserve de modifications mineures.

*Arrêt* (les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes) : Le pourvoi est accueilli; la licence 2008‑2012 ainsi que la licence provisoire sont annulées et les décisions de la Commission du droit d’auteur sont renvoyées devant elle pour un nouvel examen.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté : Étant donné le caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur un même point de droit, la norme de la décision correcte s’applique à l’égard de la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction, et donc de savoir si la *Loi sur le droit d’auteur* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC. La norme de la décision raisonnable s’applique à l’égard de chacune des autres questions.

La Commission a conclu à juste titre que l’activité consistant à faire des copies accessoires de diffusion met en cause le droit de reproduction, une décision conforme à l’arrêt de la Cour dans *Bishop* et au régime législatif mis en place par la *Loi sur le droit d’auteur*. Si les décisions rendues subséquemment par la Cour dans les arrêts *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, et *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, ont précisé la compréhension des objectifs du droit d’auteur, la conclusion centrale de l’arrêt *Bishop*, soit que les copies éphémères mettent en cause le droit de reproduction, demeure valide. Les copies éphémères ne sont pas soustraites à l’application de ce droit par les art. 30.8 et 30.9 et rien dans le libellé du par. 3(1) et des art. 30.8 et 30.9, dans leur contexte ou dans leur historique législatif n’étaye l’opinion selon laquelle les copies accessoires de diffusion ne constituent pas des reproductions au sens de la *Loi*. Bien que le principe de mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit et celui de neutralité technologique soient au cœur du droit canadien en matière de droit d’auteur, ils ne peuvent modifier le libellé de la *Loi*.

La Commission a également eu raison de conclure qu’il faut se garder d’inférer des licences de synchronisation octroyées par la SODRAC l’existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion. Les licences de synchronisation n’indiquent nulle part qu’il faut y voir le droit de faire des copies accessoires de diffusion. La distinction entre les licences de synchronisation et les licences accessoires de diffusion ne porte pas atteinte à la neutralité technologique. Reconnaître le caractère distinct de la production et de la diffusion justifiant l’octroi de licences distinctes n’impose pas de nouveaux paliers de protection et d’exigibilité d’une redevance sur le seul fondement d’un changement technologique. Des considérations économiques justifiaient aussi la pratique qui consiste à séparer la licence de synchronisation et les licences de copies accessoires de diffusion.

Cela dit, la Commission aurait dû prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour déterminer la valeur de cette licence. Selon le principe de neutralité technologique, en l’absence d’une intention contraire du législateur, la *Loi* ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Dans le contexte réglementaire, le principe de neutralité technologique s’applique à l’évaluation d’une licence de reproduction, et la Commission devrait, dans son analyse de la valeur, comparer la valeur tirée de l’utilisation d’une reproduction au moyen de la technologie antérieure et la valeur tirée au moyen de la nouvelle technologie.

Afin de maintenir un équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires du droit d’auteur, la Commission doit aussi évaluer les contributions respectives de l’utilisateur et des œuvres protégées par le droit d’auteur par rapport à la valeur dont profite l’utilisateur. Lorsqu’elle fixe des redevances, elle doit tenir compte des facteurs qu’elle juge pertinents pour mettre en équilibre les droits de l’utilisateur et ceux du titulaire des droits. Les facteurs pertinents incluent notamment les risques pris par l’utilisateur, l’ampleur de son investissement dans la nouvelle technologie ainsi que la nature de l’utilisation de l’œuvre protégée par le droit d’auteur dans la nouvelle technologie.

La licence 2008-2012 est annulée en ce qui a trait à la fixation des redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC et la décision de la Commission à cet égard lui est renvoyée pour qu’elle procède à un nouvel examen de la fixation des redevances en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre. La méthode d’évaluation utilisée par la Commission n’a donné aucune indication selon laquelle les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ont été pris en compte pour fixer les redevances que devait payer la SRC à la SODRAC. La Commission n’a pas comparé la valeur générée par les reproductions d’œuvres protégées lorsque la SRC utilisait la technologie antérieure par rapport à cette valeur lorsqu’elle utilise sa nouvelle technologie. Elle a également omis de prendre en considération les contributions relatives découlant de l’utilisation des œuvres protégées par le droit d’auteur par rapport au risque qu’a pris l’utilisateur et à son investissement pour acquérir sa technologie nouvelle, tel que l’exige le principe de mise en équilibre.

Il était raisonnable d’utiliser la licence provisoire afin de maintenir le statu quo et d’utiliser la licence légale 2008‑2012 comme statu quo dans la présente affaire. Toutefois, puisque la licence provisoire reposait sur les modalités de la licence légale 2008‑2012, elle est annulée et la décision de la Commission est également renvoyée pour nouvel examen en conformité avec les principes qui s’appliquent aux fins de la nouvelle décision sur la licence 2008‑2012.

Enfin, la Commission a le pouvoir de fixer les modalités d’une licence en vertu de l’art. 70.2, mais l’utilisateur reste libre d’accepter ou de refuser ces modalités.

*La* juge Abella (dissidente) : La décision de la Commission d’imposer des redevances pour les copies accessoires de diffusion était déraisonnable.

La *Loi sur le droit d’auteur* établit un juste équilibre entre la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres créatives et l’obtention d’une juste récompense pour le créateur. Maintenir l’équilibre qui favorise le mieux l’intérêt du public quant aux œuvres créatives est l’objet principal de la *Loi sur le droit d’auteur*. Il faut se demander comment préserver cet équilibre face aux nouvelles technologies qui transforment les mécanismes de production, de reproduction et de distribution des œuvres créatives. La réponse repose sur l’application d’une vision solide de la neutralité technologique en tant que principe central de l’interprétation législative de la *Loi sur le droit d’auteur*.

Une interprétation raisonnable de la portée du droit de reproduction doit tenir compte des libellés du par. 3(1) et de l’al. 3(1)d) dans le contexte de l’objet prépondérant de la *Loi sur le droit d’auteur* et du principe central de neutralité technologique. L’adoption d’une interprétation littérale du droit énoncé à l’al. 3(1)*d*) ne laissera aucune place pour le principe de neutralité technologique, qui émane des termes « produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité technologique garantit qu’une activité donnée est assujettie à un droit d’auteur en fonction du caractère essentiel de l’activité ou de son résultat plutôt que du processus par lequel elle survient. La neutralité technologique se compose de la neutralité du support et de l’équivalence fonctionnelle. La neutralité du support vise à assurer que la doctrine du droit d’auteur évolue de façon à incorporer les nouvelles technologies, en préservant le droit d’auteur non seulement sur le support sur lequel l’œuvre est créée, mais sur tous les supports actuels et futurs sur lesquels l’œuvre pourrait être exprimée. Dans la mesure où l’expression créative survit au transfert sur un nouveau support, le droit d’auteur rattaché à l’œuvre survivra.

Par ailleurs, le principe de l’équivalence fonctionnelle met l’accent sur la fonction de la technologie en cause plutôt que sur les modalités techniques de son *fonctionnement*, ce qui oriente les tribunaux vers une interprétation de la *Loi* qui traite les technologies fonctionnellement équivalentes de façon similaire. On évite également ainsi de rattacher une responsabilité pour violation du droit d’auteur aux technologies et aux activités qui ne font intervenir le droit d’auteur que de façon accessoire. L’application du principe de l’équivalence fonctionnelle intervient en l’espèce.

Les copies accessoires de diffusion sont créées pour réaliser une diffusion en fournissant les modalités techniques nécessaires. En matière de droit d’auteur, leur création ne peut être perçue comme distincte de l’activité centrale de diffusion. Une copie accessoire de diffusion ne devient pas une reproduction distincte de l’œuvre simplement parce que les impératifs techniques de la diffusion exigent la création de multiples copies. Par conséquent, elles ne donnent pas droit à des redevances distinctes. Conclure autrement reviendrait à condamner tant la neutralité technologique que la capacité du droit d’auteur à préserver l’équilibre délicat établi entre les droits des titulaires d’un droit d’auteur et l’intérêt du public à ce que les œuvres créatives soient diffusées.

La SODRAC est seulement titulaire des droits de reproduction des œuvres contenues dans son répertoire. Elle n’a pas droit aux redevances relatives à la diffusion de ces œuvres; ces redevances sont versées à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN). En l’espèce, la SODRAC tente de percevoir des redevances sur le *mode* de diffusion des œuvres musicales au public, en dépit du fait qu’elle n’ait jamais reçu auparavant de redevances pour des activités de diffusion.

Les articles 30.8 et 30.9 de la *Loi sur le droit d’auteur* constituaient la réponse du législateur à la décision de la Cour dans l’arrêt *Bishop*, laquelle reposait sur une interprétation littérale de l’al. 3(1)*d*). La Cour avait conclu que le fait de céder les droits d’exécution n’autorisait pas implicitement les enregistrements éphémères d’une exécution de l’œuvre dans le but de servir la diffusion. Ces réponses législatives distinctes à une interprétation judiciaire précise de la *Loi sur le droit d’auteur* sont loin du libellé législatif exprès requis pour supplanter des objectifs et principes aussi fondamentaux qui sous‑tendent la *Loi sur le droit d’auteur* que ceux de la neutralité technologique et de la mise en équilibre. Elles visaient à assurer que certaines catégories d’enregistrements éphémères ne soient pas assujetties à des redevances et à maintenir la neutralité technologique; elles ne constituaient pas un énoncé précis du contenu du droit de reproduction ni ne dressaient la liste des types de copies qui le feront intervenir.

L’affirmation de la Cour d’appel fédérale selon laquelle « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » contrevient au principe de neutralité technologique en imposant des redevances supplémentaires sur l’utilisation de technologies de diffusion plus efficaces qui dépendent de la création de copies, en liant erronément la rémunération des créateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur à l’efficacité avec laquelle l’utilisateur de ces œuvres exerce le droit qui lui a été accordé, et en augmentant artificiellement le coût de diffusion. En outre, cette affirmation ne tient pas compte du fait que les diffuseurs sont tenus d’effectuer certaines copies accessoires de diffusion afin de respecter la réglementation du CRTC et que la SRC paie déjà à SOCAN des redevances pour les droits de diffusion.

Le principe de neutralité technologique exige que l’interprétation et l’application de la *Loi sur le droit d’auteur* soient centrées sur le caractère essentiel de l’activité, et non sur les modalités techniques grâce auxquelles elle est réalisée. Les technologies numériques modernes dépendantes de la création de copies accessoires ne modifient pas le caractère essentiel du processus de diffusion, et l’imposition de frais additionnels pour ces copies augmente le coût de diffusion, une dépense que les consommateurs devront absorber. Imposer le versement de redevances pour toute copie accessoire créée en raison de l’amélioration des technologies de diffusion pénalise donc les diffuseurs et le public pour l’utilisation des technologies nouvelles et améliorées et confère artificiellement aux créateurs le droit à une rémunération qui n’a jamais été prévue par la *Loi*.

La façon dont les juges majoritaires énoncent le principe de neutralité technologique et l’appliquent à la question de l’évaluation est complètement contraire à la jurisprudence établie en ce qu’elle lie la compensation du titulaire du droit d’auteur aux actions de l’utilisateur qui n’ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et qui ne sont pas pertinentes, et qu’elle fait porter l’examen principalement sur la valeur que crée la technologie pour l’utilisateur. Les juges majoritaires proposent que la Commission tienne compte de deux nouveaux facteurs lorsqu’elle procède à la mise en équilibre des intérêts des utilisateurs et de ceux des titulaires du droit d’auteur : (1) la nature de l’utilisation de l’œuvre protégée par le droit d’auteur avec la nouvelle technologie et (2) les risques pris par l’utilisateur et l’étendue de son investissement dans la nouvelle technologie. S’il est vrai que le premier facteur est compatible avec la mise en équilibre décrite dans *Théberge*, le second ne l’est pas. Si l’on suit ce nouveau second facteur jusqu’à sa conclusion logique, les utilisateurs qui font un investissement suffisamment important ou qui prennent un risque suffisamment grand peuvent, ce faisant, priver le titulaire du droit d’auteur de *quelque* droit *que ce soit* à une compensation pour l’utilisation des œuvres protégées.

Comme la Cour l’a confirmé dans *Entertainment Software Association*, la neutralité technologique sert à éviter d’imposer des redevances additionnelles et injustifiées à l’utilisateur uniquement parce qu’il utilise des technologies plus efficaces. Faire porter l’examen sur la valeur que crée la technologie pour l’utilisateur, plutôt que sur le résultat fonctionnel créé par la technologie, revient à interpréter erronément le principe de neutralité technologique. Une innovation technologique peut créer de la valeur pour l’utilisateur en augmentant l’efficacité des processus, en réduisant les coûts ou en lui permettant de rester compétitif. Mais la SODRAC, le titulaire du droit d’auteur, n’a pas le droit de recevoir une compensation pour l’efficacité avec laquelle la SRC se sert de la technologie pour mener à bien ses activités de diffusion.

La question de savoir si la Commission du droit d’auteur aurait dû imposer des redevances à la SRC pour la création de copies accessoires qui découlent de la partie technique du processus de diffusion numérique est au cœur du mandat spécialisé de la Commission du droit d’auteur et est, par conséquent, susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Distinguer les diverses parties de la décision de la Commission et assujettir chacune d’entre elles à sa propre analyse de la norme de contrôle représente un changement important et inexplicable dans la jurisprudence de la Cour en matière de norme de contrôle. Cet exercice risque de créer un modèle non fonctionnel pour le contrôle judiciaire des décisions administratives et pourrait bien être perçu comme une façon de conférer aux cours chargées de contrôles judiciaires un pouvoir discrétionnaire plus large pour intervenir dans les décisions administratives, comme le permettait, avant l’arrêt *Dunsmuir*, l’application de la « doctrine de la condition préalable ».

*La* juge Karakatsanis (dissidente) : Je suis d’accord avec la décision de la juge Abella quant au fond et quant au résultat, mais non pour ce qui est de la norme de contrôle. Je suis plutôt d’accord avec les juges majoritaires pour dire que la norme de la décision correcte s’applique à la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction, et que la norme de la décision raisonnable s’applique au reste des décisions de la Commission du droit d’auteur. Cela dit, je ne souscris pas à l’approche générale adoptée par les juges majoritaires pour analyser la norme de contrôle. À cet égard, même si la jurisprudence de la Cour permet d’isoler exceptionnellement une question de droit en particulier, elle n’exige pas de procéder à une analyse distincte de la norme de contrôle pour chaque question. Une approche qui se penche sur les questions une à la fois complique inutilement un domaine du droit déjà tarabiscoté.

**Jurisprudence**

Citée par le juge Rothstein

**Arrêts appliqués :** *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Performing Right Society, Ltd. c. Hammond’s Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d’œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales en 2001, 2002, 2003 et 2004*, décision de la Commission, no de dossier 2001‑2004, 28 mars 2003 (en ligne : http://www.cb‑cda.gc.ca/decisions/2003/20030328‑rm‑b.pdf); *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Ré:Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et Artisti à l’égard des stations de radio commerciale*, décision de la Commission, 9 juillet 2010 (en ligne : http://www.cb‑cda.gc.ca/decisions/2010/20100709.pdf); *Gosling c. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891; *Ontario English Catholic Teachers’ Assn. c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470; *Attorney‑General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348; *Hanfstaengl c. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *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. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Euro‑Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau‑Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

*Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283.

**Lois et règlements cités**

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

*Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C‑42, art. 2.4, 3(1), 30.7 [aj. 1997, c. 24, art. 18(1)], 30.8 [*idem*], 30.9 [*idem*], 66.51, 66.6(1), 70.2, 70.4.

*Règlement de 1987 sur la télédiffusion*, DORS/87‑49, art. 10(5).

**Doctrine et autres documents cités**

*Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio‑Canada*, 19 mars 1992, art. 2.

Craig, Carys J. « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 271.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

Gurry, Francis. « L’avenir du droit d’auteur », discours prononcé à la Blue Sky Conference, Université de technologie du Queensland, Sydney, 25 février 2011 (en ligne : http://www.wipo.int/about‑wipo/fr/dgo/speeches/dg\_blueskyconf\_11.

html).

Hagen, Gregory R. « Technological Neutrality in Canadian Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 307.

Hutchison, Cameron J. « Case Comment : The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589.

Hutchison, Cameron J. « Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC* » (2015), 13 *C.J.L.T.* 101.

Katz, Ariel. « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature? », in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*, Toronto, Irwin Law, 2009, 449.

*Licence autorisant la Société Radio‑Canada à reproduire les œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC entre le 14 novembre 2008 et le 31 mars 2012*, no de dossier 70.2‑2008‑01, 2 novembre 2012, révisé 31 mars 2014, art. 2.01, 5.03(2) (en ligne : http://www.cb‑cda.gc.ca/decisions/2012/licence‑src‑modifiee.pdf).

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2012 (loose‑leaf updated 2015, release 4).

Pallante, Maria A. « The Next Great Copyright Act » (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315.

Richard, Hugues G., and Laurent Carrière et al., eds. *Canadian Copyright Act Annotated*, vol. 3, Toronto, Carswell, 1993 (loose‑leaf updated 2015, release 8).

Syrtash, Veronica. « Supra‑National Limitations on Copyright Exceptions : Canada’s Ephemeral Exception and the “Three‑Step Test” » (2005‑2006), 19 *I.P.J.* 521.

Tussey, Deborah. « Technology Matters : The Courts, Media Neutrality, and New Technologies » (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427.

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 Noël, Pelletier et Trudel), 2014 CAF 84, [2015] 1 R.C.F. 509, 457 N.R. 156, 118 C.P.R. (4th) 79, [2014] A.C.F. no 321 (QL), 2014 CarswellNat 809 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la Commission du droit d’auteur du Canada, dossiers nos 70.2‑2008‑01, 70.2‑2008‑02, 2 novembre 2012 (en ligne : http://www.cb‑cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02‑11‑2012.pdf), [2012] C.B.D. No. 11 (QL), et confirmé une décision de la Commission du droit d’auteur du Canada, dossier no 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne : http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf). Pourvoi accueilli, les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes.

Marek Nitoslawski et Joanie Lapalme, pour l’appelante.

Colette Matteau et Lisane Bertrand, pour les intimées.

Howard P. Knopf, David Lametti et *Ariel Katz*, pour les intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz.

David Fewer et Jeremy de Beer, pour l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson‑Glushko.

Casey M. Chisick, Peter J. Henein et Eric Mayzel, pour les intervenantes l’Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, l’Association canadienne des éditeurs de musique et la Confédération internationale des éditeurs de musique.

Barry B. Sookman et Daniel G. C. Glover, pour les intervenants Music Canada, la Fédération internationale de l’industrie phonographique, le Conseil canadien des associations de l’industrie musicale, l’Association canadienne de la musique indépendante et l’Association québécoise de l’industrie du disque, du spectacle et de la vidéo.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté rendu par

1. Le juge Rothstein — La diffusion d’une émission incorporant une musique protégée par un droit d’auteur met en jeu le droit de communiquer l’œuvre au public par voie de télécommunication — un droit qui appartient exclusivement au titulaire du droit d’auteur sur l’œuvre musicale en question. C’est pour cette raison que les diffuseurs qui communiquent l’œuvre doivent obtenir une licence. Cela dit, les activités de diffusion sont complexes, et il arrive souvent que les diffuseurs non seulement effectuent la télécommunication d’œuvres musicales dans le cadre de la diffusion d’une émission, mais aussi confectionnent des copies d’émissions — et, par conséquent, de la musique que celles‑ci contiennent — à des fins d’utilisation interne. Dans les cas où elles visent à faciliter la diffusion, ces copies peuvent être qualifiées de copies accessoires de diffusion.
2. La confection de copies d’une œuvre protégée par un droit d’auteur met en jeu le droit de reproduction, qui appartient, lui aussi, exclusivement au titulaire du droit d’auteur. Le présent pourvoi porte sur le rapport qui existe entre les copies accessoires de diffusion et le droit de reproduction visé à l’al. 3(1)*d*) de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C‑42 (« *LDA* » ou « *Loi* »).
3. Lorsqu’en 2012, elle a été appelée à fixer les modalités afférentes à la licence conclue entre la Société Radio-Canada (« SRC ») et la SODRAC 2003 Inc. ainsi que la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (collectivement « SODRAC ») pour la période de 2008 à 2012, la Commission du droit d’auteur a conclu que l’activité de la SRC consistant à faire des copies accessoires de diffusion mettait en cause le droit de reproduction. En outre, selon elle, on ne pouvait inférer des licences de synchronisation visant le processus de production l’existence d’une licence permettant à la SRC de faire de telles copies. Ainsi, pour la Commission, la SRC devait obtenir une licence de reproduction distincte pour légitimer ses activités de confection de copies accessoires de diffusion. Après avoir conclu également qu’il convenait d’attribuer à cette licence une valeur plus que symbolique, la Commission a octroyé à la SRC une licence l’autorisant à reproduire des œuvres tirées du répertoire de la SODRAC en conjonction avec une liste d’activités, y compris la production des émissions maison de la SRC et la diffusion d’émissions sur ses services de télévision et sur Internet : *Licence autorisant la Société Radio-Canada à reproduire les œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC entre le 14 novembre 2008 et le 31 mars 2012* (en ligne) (« licence légale 2008‑2012 » ou « licence 2008-2012 »), art. 2.01.
4. La Commission a subséquemment délivré une licence provisoire devant prendre effet après l’expiration de la licence 2008‑2012 et proroger les modalités de cette dernière à titre provisoire, sous réserve de modifications mineures. La Cour d’appel fédérale a maintenu la licence 2008‑2012 ainsi que la licence provisoire qui a suivi, sous réserve de modifications mineures.
5. La Commission a conclu à juste titre que l’activité consistant à faire des copies accessoires de diffusion met en cause le droit de reproduction, une décision conforme à la décision de la Cour dans l’arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, et avec le régime législatif mis en place par la *LDA*. Si les décisions rendues subséquemment par la Cour dans les arrêts *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, et *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« *ESA*»), ont précisé notre compréhension des objectifs du droit d’auteur, la conclusion centrale de l’arrêt *Bishop*, soit que les copies éphémères mettent en cause le droit de reproduction, demeure valide. En outre, j’estime, à l’instar de la Commission et de la Cour d’appel fédérale, qu’il faut se garder d’inférer des licences de synchronisation octroyées par la SODRAC l’existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion.
6. Cela dit, à mon avis, la Commission aurait dû prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour déterminer la valeur de cette licence. Ainsi, je suis d’avis de lui renvoyer le dossier pour qu’elle applique ces principes dans le cadre d’un nouvel examen de la valeur de la licence 2008‑2012 pour les copies accessoires de diffusion aux fins des services de télévision et sur Internet de la SRC. Puisqu’elle reposait sur les modalités de la licence 2008‑2012, j’estime que la licence provisoire délivrée subséquemment doit être annulée et renvoyée devant la Commission pour faire l’objet d’une nouvelle décision.
7. Faits
8. L’appelante, la SRC, est à la fois un producteur et un diffuseur d’émissions de télévision : elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que celles qui lui sont cédées par licence ou qu’elle achète auprès de tierces parties, et elle le fait à la télévision et sur Internet. Lorsqu’une émission contient des œuvres musicales protégées par un droit d’auteur, la SRC doit veiller à obtenir toutes les licences nécessaires relativement à ces œuvres pour pouvoir en effectuer la reproduction et la diffusion dans le cadre d’une émission de télévision. La production et la diffusion peuvent mettre en cause à la fois le droit de reproduction et le droit de télécommunication d’une œuvre. Le présent pourvoi s’intéresse principalement au droit de reproduction visé à l’al. 3(1)*d*) de la *LDA*.
9. L’intimée la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. est une société collective constituée pour assurer la gestion des droits de reproduction de ses membres. Elle s’intéresse surtout aux droits de reproduction de la musique de langue française. Ses membres lui cèdent leurs droits de reproduction, puis elle agit pour le compte des titulaires de droits individuels dans le cadre des négociations qu’elle mène avec des parties qui souhaitent obtenir la permission de reproduire des œuvres comprises dans son répertoire. Ce dernier comprend la majorité des œuvres de langue française composées par des Canadiens.
   1. Les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion
10. Le producteur qui souhaite se servir d’une œuvre musicale dans une émission audiovisuelle doit incorporer cette œuvre dans la copie de production de l’émission, un processus que les initiés appellent la « synchronisation ». Les parties ne contestent pas que le processus de synchronisation constitue un exercice du droit de reproduction et qu’il requière l’octroi d’une licence si l’œuvre musicale qui est incorporée est protégée par un droit d’auteur. Le produit créé grâce au processus de synchronisation est appelé la copie « maîtresse ». Si le producteur n’est pas un diffuseur, cette copie est transmise lors de la vente ou de la concession en licence de l’émission à un diffuseur.
11. Dès qu’elle est en possession de la copie maîtresse d’une émission — que celle‑ci ait été conçue à l’interne ou par un producteur indépendant —, la SRC l’intègre dans son système de gestion du contenu numérique, une pratique qui s’est répandue chez les diffuseurs au cours des dernières années. Les systèmes numériques supposent généralement que des copies soient entreposées sur des disques durs sous forme de fichiers électroniques, tandis que les systèmes analogiques plus anciens supposaient un entreposage des copies sur des rubans physiques. La SRC se sert de son système de gestion du contenu numérique pour exécuter un certain nombre de fonctions dans le cadre de la préparation d’une émission en vue de sa diffusion.
12. Ces processus donnent lieu à la création de plusieurs copies, celles qui sont au cœur du présent pourvoi. Les parties les appellent : « copies accessoires de diffusion ». Celles‑ci peuvent être faites à plusieurs fins, par exemple pour reformater la copie maîtresse afin qu’elle corresponde aux exigences techniques de la SRC, ou encore pour la modifier à des fins de synchronisation, de langue ou de sous‑titrage codé. Une ou plusieurs copies supplémentaires peuvent aussi être faites pour que diverses équipes de la SRC puissent visionner l’émission avant sa diffusion.
    1. Les pratiques de concession de licences
13. De façon générale, les licences de reproduction peuvent revêtir deux formes : soit elles sont ponctuelles, soit elles sont générales. Dans le cas d’une licence ponctuelle, l’utilisateur éventuel s’adresse au titulaire du droit de reproduction d’une œuvre en particulier que le producteur souhaite inclure dans une émission et il négocie un accord de licence individuel. Pour sa part, une licence générale est négociée entre un producteur et une société de gestion et elle accorde au producteur le droit de reproduire toutes les œuvres comprises dans le répertoire collectif, sous réserve des modalités négociées prévues dans la licence.
14. Les parties qui négocient une licence de reproduction peuvent aussi choisir de structurer celle‑ci comme une licence « libre de tous droits ». Dans ce cas, le titulaire d’un droit accorde l’autorisation de faire toutes les reproductions nécessaires pour mener une émission de l’étape de la production jusqu’à celle de sa diffusion à l’intention des téléspectateurs. Les parties peuvent également choisir de structurer cette licence comme une « simple » licence de synchronisation. Dans ce cas, le texte accorde l’autorisation de faire des copies de synchronisation, mais ne couvre pas les copies supplémentaires visant à faciliter la diffusion : décision de la Commission du droit d’auteur, dossiers nos 70.2‑2008‑01, 70.2‑2008‑02, 2 novembre 2012 (en ligne) (« Décision sur la licence légale »), par. 15-16. Ainsi qu’il en sera question plus loin, la SRC conteste que les simples licences de synchronisation en question puissent exister, et en infère que les licences de synchronisation sont nécessairement assorties d’une licence implicite de faire des copies accessoires de diffusion.
15. Si elle agit à titre de productrice, la SRC a comme pratique de tenter d’obtenir, dans la mesure possible, des licences de synchronisation ponctuelles auprès de chacun des titulaires d’un droit. Lorsqu’elle synchronise de la musique de langue française, la SRC utilise des licences générales, la SODRAC exerçant un pouvoir collectif à l’égard d’une importante majorité de telles œuvres. Lorsqu’elle agit à titre de diffuseur d’émissions de tierces parties, la SRC ne tente pas d’obtenir de licences de synchronisation, car celles‑ci ont déjà été obtenues par le producteur avant que la copie maîtresse définitive de l’émission ne lui soit remise pour qu’elle la diffuse.
16. Les questions en litige en appel découlent en partie de l’historique des ententes conclues entre la SRC et la SODRAC en ce qui concerne les licences de reproduction. Il est utile de passer cet historique en revue pour comprendre les arguments avancés par l’une et l’autre partie.
17. En 1990, sous la plume de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), la Cour a rendu dans *Bishop* une décision selon laquelle « le droit de diffuser l’exécution d’une œuvre en vertu du par. 3(1) de la Loi ne comporte pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion » : p. 485. Ainsi, l’autorisation d’effectuer des reproductions visant à faciliter la diffusion doit être accordée séparément de l’autorisation de diffuser une exécution à l’intention du public.
18. En 1992, la SRC et la SODRAC ont, dans un premier temps, conclu un accord de licence négocié permettant à la SRC de faire des copies de synchronisation et autres reproductions d’œuvres comprises dans le répertoire de la SODRAC : *Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio‑Canada*, 19 mars 1992 (« Licence 1992 »), d.a., vol. IV, p. 1. Plutôt que d’établir une distinction entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion, cette convention permettait à la SRC de faire tous types de copies d’œuvres relevant du répertoire de la SODRAC pour ses activités de diffusion : Licence 1992, art. 2. Cette licence était donc une licence générale, libre de tous droits. Elle avait également pour effet d’accorder aux producteurs tiers l’autorisation en amont de faire des copies de synchronisation d’œuvres commandées pour télédiffusion par la SRC : Décision sur la licence légale, par. 72.
19. En 1998, la SODRAC a commencé à distinguer les copies de synchronisation effectuées par les producteurs des copies faites à d’autres fins par les diffuseurs. En effet, elle a fait part de son intention d’exiger des producteurs qu’ils obtiennent des licences de synchronisation, bien qu’elle ait octroyé de telles licences gratuitement lorsque les émissions étaient commandées par des diffuseurs détenant des licences à l’égard du répertoire de la SODRAC, étant entendu que ceux‑ci avaient payé la licence dont ils avaient besoin pour couvrir les activités de confection de copies du producteur : Décision sur la licence légale, par. 72.
20. En 2006 ou vers 2006, la SODRAC a commencé à demander aux producteurs de payer leurs licences de synchronisation. Ces licences étaient structurées de manière à permettre aux producteurs de faire des copies de synchronisation, mais pour ainsi dire toutes ces licences leur interdisaient expressément d’autoriser la confection en aval de copies supplémentaires par les diffuseurs : Décision sur la licence légale, par. 73.
21. En novembre 2008, après que la SODRAC et la SRC eurent été incapables d’en arriver à une entente sur le renouvellement de la licence de la SRC existante, la SODRAC a demandé à la Commission, en application de l’art. 70.2 de la *LDA*, de fixer les modalités d’une licence entre les parties couvrant la reproduction par la SRC d’œuvres relevant du répertoire de la SODRAC pour la période allant du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012 : Décision sur la licence légale, par. 3.
22. Les instances inférieures
    1. Décision sur la licence légale
23. La Commission a rendu sa décision sur les modalités de la licence légale 2008‑2012 entre la SRC et la SODRAC le 2 novembre 2012. Dans cette décision, elle a également fixé les modalités d’une licence conclue entre Les Chaînes Télé Astral et Télétoon (« Astral ») et la SODRAC ainsi que le tarif couvrant certaines activités de reproduction relatives à la distribution d’œuvres cinématographiques. Ni la licence d’Astral ni le tarif ne sont en litige devant la Cour.
24. La Commission a procédé à son analyse étant entendu que les copies accessoires de diffusion sont des reproductions au sens de la *LDA* et qu’elles ne sont pas visées par une exception touchant les copies éphémères prévue par la *Loi*: Décision sur la licence légale, par. 12 et 72.
25. La SRC et Astral ont fait valoir notamment que la stratégie de la SODRAC d’octroyer des licences à plusieurs niveaux — suivant laquelle tant les producteurs que les diffuseurs doivent acquitter des redevances pour mener leurs activités de reproduction respectives — ne concordait pas avec la pratique en vigueur dans ce secteur d’activités et n’était pas conforme à une méthode de concession de licences libres de tous droits : Décision sur la licence légale, par. 41-42 et 65. La Commission a fait remarquer que, dans l’instance qui nous intéresse, « il faut s’attacher principalement aux pratiques de la SODRAC » : Décision sur la licence légale, par. 64. En outre, selon la Commission, si elles sont pertinentes, les pratiques plus générales de concession de licences ne tranchent cependant pas le débat.
26. La Commission a conclu que « les licences définitives [libres de tous droits] ne constituent pas le modèle dominant au Canada » et que la SODRAC « a délivré très peu, s’il en est, de licences libres de tous droits » : Décision sur la licence légale, par. 71. Donc, selon la Commission, ni le poids de la pratique dans ce domaine d’activités ni celui des pratiques passées de la SODRAC ne permettaient de revêtir l’octroi de licences libres de tous droits du caractère d’une norme obligatoire qui invaliderait la méthode de concession de licences à plusieurs niveaux.
27. La Commission s’est ensuite penchée sur la manière de déterminer les redevances payables en application de la licence. En ce qui concerne la relation entre l’innovation technologique et l’évaluation de la licence, la Commission a signalé ce qui suit :

L’adoption de technologies nécessitant la réalisation de copies permet aux télédiffuseurs de demeurer concurrentiels et de protéger leurs activités principales même lorsque ces copies ne génèrent pas de bénéfices directs. Astral et la SRC ont besoin de ces technologies pour demeurer pertinents et que le public continue de les visionner. Il s’agit de nets bénéfices découlant de technologies nécessitant la réalisation de copies. Puisque ces technologies supposent l’utilisation de copies supplémentaires, certains des avantages associés à ces technologies doivent se refléter dans la rémunération découlant de ces copies accessoires supplémentaires. [Note en fin d’ouvrage omise; par. 81.]

1. La Commission a énoncé son analyse de l’évaluation applicable des redevances couvrant la confection pour la télévision de copies par la SRC. En ce qui concerne les copies accessoires de diffusion en cause devant la Cour, la Commission a retenu une méthodologie privilégiant le ratio et en est arrivée à la conclusion que les redevances payables à la SODRAC au titre de ces reproductions devaient être fixées en tant que pourcentage des redevances que la SRC avait dû verser pour obtenir le droit de communiquer la musique qu’elle diffusait à la radio et à la télévision : Décision sur la licence légale, par. 108-109. La Commission a appliqué aux copies se rapportant à la diffusion sur Internet le même raisonnement qu’elle a suivi à l’égard des copies accessoires de diffusion télévisuelle : Décision sur la licence légale, par. 148.
   1. Décision sur la licence provisoire
2. Après avoir rendu une décision finale sur la licence 2008‑2012, soit en janvier 2013, la Commission a rendu une décision provisoirequi maintenait l’effet des modalités de la licence 2008‑2012 à titre provisoire jusqu’à ce qu’elle se prononce définitivement sur les modalités dont il fallait assortir la licence pour la période allant du 1er avril 2012 au 31 mars 2016 : dossier de la Commission du droit d’auteur no 70.2‑2012‑01, 16 janvier 2013 (en ligne) (« Décision sur la licence provisoire »).
3. Dans la Décision sur la licence provisoire, la Commission a fait remarquer que « la meilleure façon d’atteindre les objectifs d’une décision provisoire est de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique », bien que les circonstances puissent parfois justifier une dérogation au statu quo : Décision sur la licence provisoire, par. 18. La Commission a ensuite conclu que la licence 2008‑2012 représentait davantage le statu quo que l’accord de 1992 qui l’avait précédée : Décision sur la licence provisoire, par. 19.
4. Les modalités de la licence 2008‑2012 ont donc servi à encadrer la licence provisoire. Cette structure incluait entre autres choses des frais généraux de synchronisation, en dépit de la volonté exprimée par la SRC d’adhérer à un modèle ponctuel : Décision sur la licence provisoire, par. 8.
   1. Cour d’appel fédérale, 2014 CAF 84, [2015] 1 R.C.F. 509 (« Décision de la CAF »)
5. Le principal argument avancé devant la Cour d’appel fédérale posait la question de savoir si la Décision sur la licence légale de la Commission allait à l’encontre du principe de neutralité technologique que la Cour a formulé dans l’arrêt *ESA*: Décision de la CAF, par. 26.
6. Dans son analyse de la méthode d’évaluation des copies accessoires de diffusion retenue par la Commission, la Cour d’appel fédérale a cité comme étant une proposition fondamentale la notion selon laquelle,

si l’évolution technologique fait en sorte qu’il est nécessaire de faire plus de copies d’une œuvre musicale afin que l’œuvre audiovisuelle dans laquelle cette œuvre musicale est incorporée puisse être vendue, ces copies additionnelles ajoutent à la valeur de l’entreprise. Elles donnent donc droit à des redevances additionnelles qu’il ne convient pas nécessairement de calculer selon un taux par copie, mais plutôt selon un taux fondé sur la valeur additionnelle générée par ces copies. En termes simples, plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances. [par. 28]

Si elle a analysé les remarques formulées dans l’arrêt *ESA* sur la nature de neutralité technologique, la Cour d’appel fédérale n’y a cependant pas vu suffisamment d’indications justifiant son application aux faits de la présente affaire : par. 40 et 44.

1. La Cour d’appel fédérale a confirmé la Décision sur la licence légale de la Commission, sous réserve d’une modification technique de la formule de calcul de l’escompte prenant en compte l’utilisation par la SRC de chansons faisant déjà l’objet de licences libres de tous droits : par. 78-82. La cour a également confirmé la Décision sur la licence provisoire de la Commission : par. 93-94.
2. Questions en litige
3. Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

(1) Quelle est la norme de contrôle applicable?

(2) Les copies accessoires de diffusion déclenchent‑elles l’application du droit de reproduction et, si oui, y a‑t‑il lieu d’inférer des licences de synchronisation l’existence d’une licence de confection de telles copies?

(3) Si une licence relative à des copies accessoires de diffusion était requise, la Commission a‑t‑elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence compte tenu des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre?

(4) La Commission a‑t‑elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire?

1. Dispositions législatives
2. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Celles qui sont les plus directement en cause dans le présent pourvoi sont l’al. 3(1)*d*) et les art. 30.7, 30.8, 30.9 et 70.2 de la *LDA*.
3. Analyse
   1. La norme de contrôle
4. La question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction, et donc de savoir si la *LDA* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC, est une question de droit. La Cour a établi qu’il existe une présomption selon laquelle il faut faire preuve d’une certaine retenue à l’endroit des décisions des organismes administratifs lorsqu’ils interprètent ou appliquent leur loi constitutive. Toutefois, étant donné le « caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur un même point de droit [sous le régime de la *LDA*] », cette présomption est réfutée en l’espèce : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs*, *compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 15. La norme de la décision correcte s’applique donc à l’égard de cette question.
5. La question de savoir si une licence permettant à la SRC de faire des copies accessoires de diffusion s’infère des licences de synchronisation qui y sont associées met en cause à la fois la portée du droit de reproduction et l’interprétation des licences de synchronisation de la SODRAC. Ainsi que la Cour l’a fait remarquer récemment, « [l]’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 50. Les licences en cause en l’espèce sont visées par ce principe. Par conséquent, la norme de la décision raisonnable s’applique aux fins de contrôler la décision de la Commission sur ce que l’on peut inférer des licences de synchronisation en cause.
6. La décision par laquelle la Commission fixe la valeur monétaire d’une licence de confection de copies accessoires de diffusion emporte l’examen de la manière dont l’utilisateur entend utiliser les œuvres visées par la licence à la lumière des principes juridiques pertinents relativement au droit de reproduction, et soulève donc des questions mixtes de fait et de droit. C’est pourquoi la norme de la décision raisonnable s’applique à cet égard : *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 40; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26.
7. La SRC conteste l’ordonnance provisoire de la Commission sur deux points. Tout d’abord, elle fait valoir que la licence 2008‑2012 n’était pas un point de référence du statu quo adéquat pour la licence provisoire. Le choix de ce point de référence emporte l’exercice par la Commission du pouvoir discrétionnaire d’octroyer une licence provisoire que lui confère l’art. 66.51 de la *LDA*. Comme elle n’exerce pas ce pouvoir discrétionnaire en conjonction avec les cours de justice, sa décision à cet égard sera contrôlée selon la norme de la décision raisonnable.
8. Le deuxième motif pour lequel la SRC conteste l’ordonnance provisoire porte sur la question de savoir si la Commission peut imposer une licence de synchronisation générale à un utilisateur contre son gré. La SRC affirme que cette question touche la compétence de la Commission de délivrer certains types de licences et fait valoir qu’elle devrait être contrôlée selon la norme de la décision correcte. S’il est vrai qu’il est possible de formuler toute question d’interprétation de la loi constitutive d’un tribunal administratif comme étant une question de savoir si celui‑ci est compétent pour prendre une mesure en particulier, la Cour a rejeté cette définition de la compétence dans le contexte de la décision quant à la norme de contrôle applicable et souligné que la catégorie des « véritables questions de compétence », si tant est qu’elle existe, est restrictive : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34. Comme dans cette affaire, les parties en l’espèce n’ont présenté aucun argument sur la question de savoir si la catégorie des véritables questions de compétence devrait encore être reconnue. À supposer que de telles questions existent, celle qui se pose en l’espèce ne relève pas des cas « exceptionnels » où se soulève une véritable question de compétence.
9. La question de savoir si la Commission est généralement en mesure d’imposer des licences de synchronisation générales en vertu de la *LDA* contre le gré d’un titulaire de licence demeure néanmoins une question de droit, mais elle n’est pas une question d’interprétation sur laquelle la Commission peut se pencher en première instance en conjonction avec les cours de justice; en effet, ces dernières peuvent être appelées à déterminer si la Commission a agi correctement en structurant une licence uniquement une fois qu’elle a imposé une telle licence. C’est pourquoi cette question emporte l’application de la norme de la décision raisonnable.
10. La juge Abella s’oppose à la segmentation des questions aux fins de l’analyse de la norme de contrôle et à la confusion qui en découle selon elle. C’est le même argument que celui qu’elle a soulevé dans *Mouvement* *laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, une décision rendue par la Cour en avril 2015. Cet arrêt est celui qui fait autorité et, en ce qui a trait à la norme de contrôle, les présents motifs appliquent les principes qui y sont énoncés.
11. La juge Karakatsanis n’est pas d’accord pour assigner une norme de contrôle donnée à chaque question soulevée dans le présent appel. Toutefois, elle‑même, elle traite séparément de la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent eu jeu le droit de reproduction et affirme ensuite que c’est la norme de la décision raisonnable qui s’applique aux autres décisions faisant l’objet du contrôle. Elle n’explique pas comment elle a pu tirer cette conclusion sans examiner les questions soulevées par ces autres décisions. Soit dit en tout respect, toute analyse de la norme de contrôle requiert d’identifier les questions faisant l’objet du contrôle : *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 51-64. La juge Karakatsanis a tout simplement fait implicitement ce que les présents motifs font explicitement.
    1. La SODRAC peut choisir d’exiger une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC en plus des licences de synchronisation qui y sont associées
       1. Les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction
12. L’alinéa 3(1)*d*) de la *LDA* confère au titulaire du droit d’auteur sur une œuvre le droit exclusif « d’en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l’aide desquels l’œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement ».
13. Les efforts de la SODRAC en vue d’obtenir des redevances pour la confection de copies accessoires de diffusion par la SRC tirent leur origine de la décision rendue par la Cour dans *Bishop.*Selon cet arrêt, la confection de copies « éphémères » — dans cette affaire, les enregistrements d’une prestation musicale visant à en faciliter la diffusion à une date ultérieure — met en jeu le droit de reproduction au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 3(1)*d*) de la *LDA*, et une licence de diffusion ne permet pas d’inférer en droit celui de faire de telles copies : p. 484-485.
14. Le principal argument de la SRC en appel porte sur le fait que les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en jeu le droit de reproduction et donc qu’elles ne donnent pas à la SODRAC le droit d’exiger des redevances pour de telles copies. La SRC accorde ainsi beaucoup de poids à deux principes généraux du droit canadien en matière de droit d’auteur : d’une part, la mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit — ainsi que la Cour en a fait l’analyse dans *Théberge*, motifs du juge Binnie — et, d’autre part, le principe de neutralité technologique — que la Cour a analysé plus particulièrement dans l’arrêt *ESA*. De l’avis de la SRC, l’émergence de ces principes a engendré une importante évolution du droit d’auteur depuis *Bishop*.
15. Selon la SRC, [TRADUCTION] « [l]a portée du droit de reproduction est fonction d’un exercice de mise en équilibre des intérêts légitimes des titulaires d’un droit d’auteur et des utilisateurs de ce droit, de la nature de celui qu’a effectué la Cour dans *Théberge* » (m.a., par. 81). La SRC soutient en outre que le juste équilibre entre les intérêts de l’utilisateur et ceux du titulaire d’un droit milite en faveur de la conclusion selon laquelle les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en cause le droit de reproduction. Enfin, elle ajoute que le principe de neutralité technologique permet de protéger le juste équilibre en question dans un environnement numérique : m.a., par. 66.
16. Bien sûr, l’arrêt *Théberge* témoigne de l’évolution de la manière dont la Cour interprète l’objet de la *LDA* depuis la décision *Bishop*, selon laquelle le « but unique » de la *Loi* devait profiter aux auteurs : *Bishop*, p. 478-479, citant *Performing Right Society, Ltd. c. Hammond’s Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, p. 127. Dans l’arrêt *Théberge*, la Cour a fait remarquer que, lorsqu’on soupèse des objectifs de politique générale qui s’opposent dans le domaine du droit d’auteur, « [o]n atteint le juste équilibre [. . .] non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l’importance qui convient à la nature limitée de ces droits » : par. 31. De même, dans l’arrêt *ESA*, la Cour a signalé que le principe de neutralité technologique protège contre l’imposition d’« un coût injustifié pour l’utilisation de technologies Internet plus efficaces » : par. 9, motifs des juges Abella et Moldaver. Cependant, dans ni l’une ni l’autre de ces décisions la Cour n’est allée jusqu’à permettre que ces principes l’emportent sur des dispositions législatives explicites. La portée d’un droit créé par la *LDA* est déterminée, d’abord et avant tout, par la loi même. Les principes en cause dans les arrêts *Théberge* et *ESA* peuvent servir de guide dans l’interprétation des dispositions de la *LDA* et dans leur application, mais ils ne peuvent les supplanter.
17. La méthode moderne d’interprétation législative exige que nous examinions 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 » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87, méthode approuvée et adoptée dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.
18. Suivant le sens ordinaire du texte de la *LDA*, les activités relatives aux copies accessoires de diffusion mettent effectivement en jeu le droit de reproduction. Ainsi que la Cour l’a conclu dans *Bishop*, le libellé même de l’al. 3(1)*d*) couvre une telle activité. La confection de copies accessoires de diffusion équivaut à faire un « enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l’aide desquels l’œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement » : al. 3(1)*d*). Bien que la manière dont la Cour interprète l’objet du droit d’auteur ait évolué depuis la remarque énoncée dans *Bishop* selon laquelle son « seul but » est de protéger les droits de l’auteur, il n’est pas nécessaire de se référer à cette remarque pour en arriver à la conclusion que l’al. 3(1)*d*) est mis en cause par les activités relatives aux copies accessoires de diffusion : p. 470. Le libellé ordinaire de la loi même le confirme.
19. Le contexte législatif plus général de la *LDA* illustre en outre clairement le souhait du législateur que les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction. Plus important encore, les art. 30.8 et 30.9 — reproduits intégralement en annexe et édictés comme partie intégrante d’une série de modifications apportées à la *LDA* en 1997 —, établissent les circonstances exactes dans lesquelles la confection de copies pour en faciliter la diffusion « *[n]e* constitue *pas* une violation du droit d’auteur » : L.C. 1997, c. 24, par. 18(1). Afin de pouvoir tirer profit des art. 30.8 ou 30.9, les diffuseurs doivent satisfaire à une série de conditions rigoureuses se rapportant notamment au choix de la date, à la tenue de registres et à la destruction des copies. Ainsi que l’avocat de la SRC l’a reconnu pendant l’audience tenue devant la Cour, les activités de la SRC relatives aux copies accessoires de diffusion ne relèvent pas du libellé des art. 30.8 ou 30.9 : transcription, p. 26.
20. S’il était vrai, ainsi que la SRC le fait valoir, qu’il convient d’interpréter la *LDA* de manière que les activités relatives aux copies accessoires de diffusion ne mettent pas en cause le droit de reproduction, le législateur n’aurait pas eu besoin d’édicter les art. 30.8 et 30.9. Leur existence démontre clairement que le législateur souhaitait, à tout le moins, que les copies accessoires de diffusion déclenchent l’application du droit de reproduction. Comme je l’ai souligné précédemment, bien que le principe de mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit et celui de neutralité technologique soient au cœur du droit canadien en matière de droit d’auteur, ils ne peuvent modifier le libellé de la *LDA*.
21. La juge Abella estime qu’en concluant de la sorte, les présents motifs « interprète[nt] littéralement l’al. 3(1)*d*), en lisant les termes de la disposition sans tirer bénéfice de l’objet et du contexte de la *Loi* pour vérifier sa véritable signification » : par. 170. C’est plutôt ma collègue qui utilise le principe de neutralité technologique pour déformer le texte utilisé par le législateur. En effet, soit dit en tout respect, en utilisant le principe de neutralité technologique comme elle le fait, elle ne s’attarde pas suffisamment sur le libellé des dispositions législatives, sur leur contexte et sur l’historique législatif qui expliquent la mise à l’écart du droit de reproduction prévu aux art. 30.8 et 30.9 ainsi que la large portée résiduelle de l’al. 3(1)*d*).
22. En 1997, soit après que la décision a été rendue dans *Bishop*, le législateur a édicté les art. 30.8 et 30.9. Selon la juge Abella, il ne faut pas interpréter ces exceptions comme un « énoncé complet du contenu du droit de reproduction, ni [comme] la liste des types de copies qui le feront intervenir » : par. 175. Or, avant que ces dispositions reçoivent la sanction royale, les diffuseurs ont demandé au Parlement d’en étendre la portée. À leur avis, les art. 30.8 et 30.9 favorisaient indûment les droits des titulaires du droit d’auteur. Les doléances des diffuseurs sont toutefois restées sans réponse : voir V. Syrtash, « Supra‑National Limitations on Copyright Exceptions : Canada’s Ephemeral Exception and the “Three‑Step Test” » (2005‑2006), 19 *I.P.J*. 521, p. 530-532; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 23‑62 et 23‑63. Ainsi, la portée des art. 30.8 et 30.9 était précise et voulue. Le législateur aurait pu leur donner une portée plus large. Il a choisi de ne pas le faire. Il n’appartient pas à la Cour de faire « en interprétant » la loi ce que le législateur a choisi de ne pas faire en l’adoptant.
23. L’article 30.7, lui aussi édicté en 1997, empêche nécessairement que l’inclusion accessoire d’une œuvre, mais non celle qui est délibérée, constitue une infraction — une disposition qui aurait été stérile et sans effet pratique si le législateur avait jugé que les inclusions accessoires n’étaient pas visées par l’al. 3(1)*d*). Il ne fait aucun doute que cette disposition s’applique à la diffusion, entre autres activités, et que l’utilisation de copies accessoires de diffusion est délibérée et, par conséquent, n’est pas visée par l’exception. Voir D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade‑marks* (2e éd. 2011), p. 223.
24. Même si elles sont confectionnées dans le cadre du processus de diffusion, ces copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction. Elles ne sont donc pas soustraites à l’application de ce droit par les art. 30.8 et 30.9. Rien dans le libellé de ces dispositions (ou du par. 3(1)), dans leur contexte ou dans leur historique législatif, n’étaye l’opinion selon laquelle le processus de diffusion annule le fait que les copies de ce type constituent des reproductions au sens où il faut l’entendre pour l’application de la *LDA*. Les arguments fondés sur l’objet visé que sont la neutralité technologique et la mise en équilibre sont invoqués pour qu’on en arrive à la conclusion inverse. Or, l’interprétation fondée sur l’objet visé est un outil d’interprétation législative qui cherche à aider à la compréhension du sens du texte. Elle ne constitue pas un fondement indépendant autorisant la Cour à élaborer sa propre théorie de ce qu’elle juge être une politique appropriée. Par conséquent, c’est à juste titre que la Commission a tenu pour acquis que les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction en application de l’al. 3(1)*d*) de la *LDA*.
    * 1. La licence de synchronisation conclue entre la SRC et la SODRAC n’emporte pas le droit de confectionner des copies accessoires de diffusion
25. La SRC fait valoir à titre subsidiaire que, si elle est requise, la licence couvrant ses copies accessoires de diffusion doit s’inférer de ses licences de synchronisation ou des licences de synchronisation de producteurs tiers. Conclure autrement, affirme la SRC, reviendrait à rendre les licences de synchronisation [TRADUCTION] « stériles du point de vue économique » et permettrait à la SODRAC de s’adonner à un « cumul de redevances contraire au principe de neutralité » : m.a., par. 99-100.
26. L’argument économique de la SRC repose sur la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « une copie maîtresse unique [confectionnée en vertu d’une licence de synchronisation] est inutile en l’absence d’une licence implicite correspondante de faire les copies accessoires de diffusion nécessaires » : m.a., par. 100. À son avis, il faut plutôt conclure que « l’approche neutre sur le plan technologique à l’égard d’une licence de synchronisation emporte les droits accessoires nécessaires pour réaliser l’objet de la licence sur lequel les parties se sont entendues » : m.a., par. 100.
27. Je ne suis pas d’accord. Dans la mesure où l’argument de la SRC sur l’existence implicite d’une licence porte sur le texte des licences de synchronisation mêmes de la SODRAC, ces licences n’indiquent nulle part qu’il faut y voir le droit de faire des copies accessoires de diffusion. Au contraire, la Commission a conclu que « [p]ratiquement toutes les licences de la SODRAC qui ont été octroyées à des producteurs et qui ont été déposées dans le cadre de la présente instance indiquent clairement, sous une forme ou une autre, que le producteur ne peut autoriser la confection de copies par un télédiffuseur, un distributeur ou un autre exploitant » : Décision sur la licence légale, par. 73.
28. Je ne suis pas convaincu non plus qu’il y a lieu d’inférer l’existence de licences pour faire des copies accessoires de diffusion des licences de synchronisation plus généralement, de crainte que ces dernières ne soient rendues stériles. Les licences de synchronisation visent à faciliter la production d’œuvres audiovisuelles. Le fait que ces œuvres puissent en définitive être destinées à la diffusion ne rend pas « inutile » la production de la seule copie maîtresse elle‑même. Le droit de synchronisation à lui seul est loin d’être inutile lorsqu’il est détenu par un producteur indépendant qui synchronise une chanson dans une copie maîtresse et vend le produit fini ou le donne ensuite en licence à un diffuseur. Dans ce cas, l’objet principal de la copie maîtresse du point de vue du producteur ne tient pas dans sa diffusion, mais plutôt dans sa vente ou sa concession en licence à un diffuseur. La licence de synchronisation suffit pour satisfaire aux besoins de ce producteur.
29. En outre, la Commission a cerné certaines considérations économiques justifiant à son avis la pratique qui consiste à séparer les paiements des licences de synchronisation et de copies accessoires de diffusion. La délivrance de licences distinctes pour la synchronisation, d’une part, et pour les copies accessoires de diffusion, d’autre part, permet aux producteurs d’être « libres de décider s’ils souhaitent offrir un service clé en main pour les œuvres audiovisuelles à l’égard desquelles ils octroient une licence, ou s’ils souhaitent payer uniquement pour les droits qu’ils utilisent » (Décision sur la licence légale, par. 83), un choix qui peut être particulièrement précieux pour les producteurs de plus petite taille dont les budgets de licence sont modestes.
30. Dans le présent pourvoi, la décision de la Commission ne fait pas naître le spectre du « cumul des redevances ». Les modalités de la licence fixées par la Commission fermaient expressément la porte à une telle possibilité. En effet, la licence légale 2008‑2012 inclut une disposition d’escompte en vertu de laquelle les redevances versées par la SRC pour les copies accessoires de diffusion peuvent être réduites dans la mesure où elle diffuse des émissions pour lesquelles le producteur a déjà libéré les droits de reproduction libres de tous droits : par. 5.03(2). Si, ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a signalé, la formule originale du calcul de l’escompte de la Commission était erronée (par. 74-82), la formule, tel qu’elle a été modifiée par la Cour d’appel fédérale, protège suffisamment contre les craintes que la SODRAC facture en double des redevances à plusieurs parties pour une même autorisation.
31. La SRC a tenté, sans succès, de formuler la question de la licence implicite sous l’angle du principe de neutralité technologique. En effet, elle n’a pas fait ressortir précisément comment la pratique souhaitée de la SODRAC de distinguer les licences de synchronisation des licences accessoires de diffusion porterait atteinte au principe tel que la Cour le comprend. Le partage des licences en des ententes sur la synchronisation et des ententes sur la confection de copies accessoires de diffusion n’impose pas en soi un « coût injustifié » sur le fondement de distinctions technologiques formelles, comme on le craignait dans *ESA*.
32. La neutralité technologique ne permet pas non plus d’avancer, comme la SRC le fait valoir, que la *LDA* empêche la création de [TRADUCTION] « couches supplémentaires de redevances à la demande des sociétés de gestion » de telle sorte que la distinction entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion ne puisse être permise en droit : m.a., par. 105. Cet argument repose sur une interprétation trop libérale de l’arrêt *ESA*. La différence entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion tient au caractère fondamentalement distinct des activités de production et de diffusion. Elles sont des fonctions différentes. Cette différence ne repose pas sur des détails technologiques en particulier; elle existerait sans égard aux technologies utilisées pour produire ou pour diffuser les œuvres. Donc, la décision qui reconnaît le caractère distinct de la production et de la diffusion, justifiant en conséquence l’octroi de licences distinctes, ne contrevient pas au principe selon lequel « un palier supplémentaire de protection et d’exigibilité d’une redevance » ne doit pas être imposé sur le seul fondement d’un changement technologique : *ESA*, par. 9.
33. En conséquence, la Commission pouvait raisonnablement refuser d’inférer l’existence d’une licence de confection de copies accessoires de diffusion des licences de synchronisation qui sous‑tendent les émissions que diffuse la SRC.
    1. En omettant de prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre dans son analyse de la valeur du droit, la Commission a rendu une décision déraisonnable
       1. Le principe de neutralité technologique est pertinent dans l’analyse de la valeur du droit
34. La SRC fait valoir que la Commission a commis une erreur, car elle ne s’est pas conformée au principe de neutralité technologique pour effectuer son analyse de la valeur. Pour la SODRAC, par contre, dès lors qu’il est établi que la confection de copies met en jeu l’application du droit de reproduction, le principe de neutralité technologique n’est plus pertinent et n’a plus aucune incidence sur l’évaluation.
35. Selon le principe de neutralité technologique, en l’absence d’une intention contraire du législateur, la *LDA* ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Ce principe découle de la mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit dont la Cour a fait l’analyse dans l’arrêt *Théberge* — soit l’« équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » : par. 30. Puisque ce principe reconnu depuis longtemps guide l’interprétation de la *LDA* dans son ensemble, il doit être maintenu dans tous les contextes technologiques : « L’équilibre traditionnel entre auteurs et utilisateurs doit être préservé dans le monde numérique . . . » (*ESA*, par. 8).
36. Dans le contexte réglementaire, le principe de neutralité technologique s’applique à l’évaluation d’une licence de reproduction, tout comme à la question de savoir si une activité met en cause un droit d’auteur. La Commission mène ses activités en application de la *LDA*, et lorsqu’elle assume le rôle que lui confère l’art. 70.2 de cette loi de fixer les redevances, elle ne peut pas simplement mettre de côté les principes qui guident son interprétation de la loi une fois qu’elle entreprend son analyse de la valeur. Si cette analyse faite par la Commission varie selon les faits propres à une affaire, il est cependant déraisonnable que, ce faisant, elle écarte le principe de neutralité technologique dans les cas où il est mis en cause[[1]](#footnote-1).
37. En effet, il serait illogique d’exiger que la *LDA* soit interprétée compte tenu du principe de neutralité technologique sans exiger une application de la loi qui, elle aussi, soit conforme à ce principe. Comme l’a écrit le professeur Vaver, [traduction] « [l]e droit d’auteur devrait viser la neutralité technologique » : p. 172. Tant l’interprétation de la loi que son application sont importantes dans la poursuite de cet objectif.
38. Dans son examen de la décision de la Commission, la Cour d’appel a fait des remarques relatives au principe de neutralité technologique. Elle a toutefois refusé de l’appliquer puisqu’elle était d’avis qu’elle manquait de directives de la Cour sur la façon dont il devrait être appliqué. Les présents motifs visent à donner de telles directives.
    * 1. La neutralité technologique dans le contexte de l’évaluation
39. Selon l’al. 3(1)*d*), les titulaires du droit d’auteur ont le droit exclusif de reproduire leurs œuvres. Ils ont donc droit à une juste compensation lorsqu’il y a usage de ce droit. Une telle compensation consiste notamment en un partage approprié des bénéfices qu’obtient l’utilisateur de reproductions des œuvres protégées par le droit d’auteur dans le contexte de l’utilisation de la technologie de l’utilisateur. Cette juste compensation doit cependant être évaluée en conformité avec le principe de neutralité technologique. Bien que cela soit très improbable, lorsque des utilisateurs tirent la même valeur de l’utilisation des reproductions d’œuvres protégées par le droit d’auteur en utilisant des technologies différentes, la neutralité technologique suppose qu’il serait incorrect d’exiger des redevances plus élevées de l’utilisateur d’une technologie particulière que de l’utilisateur d’une technologie différente. Agir ainsi donnerait au titulaire des droits d’auteurs plus de droits dans le contexte de l’utilisation d’une technologie plutôt que d’une autre, même s’il n’existe aucune différence entre la valeur que retire l’utilisateur de la première de ces reproductions par rapport à celle que retire l’utilisateur de la seconde.
40. L’inverse est également vrai. Lorsque l’utilisateur d’une technologie tire une plus grande valeur de l’utilisation de reproductions d’une œuvre protégée par le droit d’auteur qu’une personne qui en fait une utilisation similaire en se servant d’une autre technologie, le principe de la neutralité technologique suppose que le titulaire du droit d’auteur aurait droit à des redevances plus élevées de l’utilisateur qui obtient la plus grande valeur en question. Bref, il ne serait pas neutre sur le plan technologique de traiter ces deux technologies comme si elles permettaient de tirer la même valeur des reproductions.
41. Lorsqu’elle a examiné la question de savoir si un droit de communication distinct a été mis en jeu dans *ESA*, la Cour a conclu que le principe de neutralité technologique exigeait de prendre en considération la différence entre les modes anciens et nouveaux de livraison des œuvres. En l’absence de quelque différence que ce soit entre eux, aucun droit distinct n’entre en jeu : « À notre avis, il n’y a aucune différence d’ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l’œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu’un taxi technologique assurant la livraison d’une copie durable de la même œuvre à l’utilisateur » : *ESA*, par. 5. De même, lorsqu’il est question de donner une valeur à un droit, le principe de neutralité technologique exige que des technologies différentes qui utilisent des reproductions d’une œuvre protégée par le droit d’auteur et qui engendrent une même valeur pour les utilisateurs soient traitées de la même façon. Inversement, des technologies différentes qui utilisent des reproductions qui génèrent des valeurs différentes ne devraient pas l’être.
42. En l’espèce, si la SRC tire une plus grande valeur de l’utilisation de copies accessoires de diffusion en utilisant sa technologie numérique qu’elle ne le faisait lorsqu’elle utilisait la technologie analogique, il s’agit d’un facteur qui milite en faveur du droit du titulaire du droit d’auteur à des redevances plus importantes pour l’utilisation par la SRC de son œuvre protégée au moyen de la technologie numérique. La neutralité technologique exige que la Commission compare la valeur tirée de l’utilisation d’une reproduction au moyen des deux technologies dans son analyse de la valeur. Comme je l’expliquerai, elle ne l’a pas fait en l’espèce; et elle n’a pas non plus tenu compte du principe de mise en équilibre, sur lequel je vais maintenant m’attarder.
    * 1. La mise en équilibre dans le contexte de la recherche de la valeur
43. Il est bien établi que le droit d’auteur maintient « un équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » de ces œuvres : *Théberge*, par. 30. Cet 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. D’un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu’il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment » : *Théberge*, par. 31.
44. Lorsqu’elle est appelée à fixer des redevances, la Commission doit tenir compte des facteurs qu’elle juge pertinents pour mettre en équilibre les droits de l’utilisateur et ceux du titulaire des droits. Les facteurs pertinents incluent notamment : les risques pris par l’utilisateur et l’ampleur de son investissement dans la technologie ainsi que la nature de l’utilisation de l’œuvre protégée par le droit d’auteur dans la nouvelle technologie. La Commission doit évaluer les contributions respectives des risques pris par l’utilisateur et de son investissement, d’une part, et des copies des œuvres protégées par le droit d’auteur, d’autre part, par rapport à la valeur dont profite l’utilisateur. En l’espèce, où les risques financiers découlant de l’investissement dans la nouvelle technologie et de son implantation ont été pris par l’utilisateur et où l’utilisation de reproductions des œuvres protégées par le droit d’auteur était accessoire, le principe de mise en équilibre supposerait que les redevances à verser au titulaire du droit d’auteur soient relativement peu élevées. Comme je vais l’expliquer, la méthode d’évaluation utilisée par la Commission n’a donné aucune indication selon laquelle les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ont été pris en compte pour fixer les redevances que devait payer la SRC à la SODRAC sur la base du ratio SODRAC/SOCAN pour la reproduction des œuvres.
45. La juge Abella fait valoir que l’importance de l’investissement fait par l’utilisateur pour mettre en place la technologie dont il se sert ainsi que les risques qu’il a pris relativement à cette technologie « n’ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et [. . .] ne sont pas pertinent[s] » : par. 180. Je ne suis pas de cet avis. Dans un marché non réglementé, un utilisateur commercial examine toujours s’il est avantageux pour lui financièrement de payer les redevances exigées par le titulaire du droit d’auteur. S’il conclut que ces redevances l’empêcheraient d’obtenir un taux de rendement qu’il juge acceptable sur le capital qu’il a investi pour acquérir la technologie qu’il utilise, il n’y aura ni licence ni redevances. Dans un contexte réglementé, c’est la Commission qui doit tenir compte de tels facteurs. Ils sont loin de ne pas être pertinents.
46. Contrairement à ce qu’affirme la juge Abella, jamais un investissement important par l’utilisateur dans une technologie ou le risque considérable qu’il a pu prendre n’auront pour effet de rendre nulles les redevances du titulaire du droit d’auteur. Dès lors que le droit entre en jeu, des redevances suivront. Le montant de ces dernières dépendra de l’examen de la preuve par la Commission dans chaque affaire, examen qui doit toujours tenir compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ainsi que de tout autre facteur qu’elle juge pertinent.
47. La juge Abella déclare aussi que les présents motifs constituent « un changement important par rapport à [l]a formulation [du principe de neutralité technologique] dans *Entertainment Software Association* » : par. 181. La question en litige dans *ESA* (ainsi que dans *Rogers*) était celle de savoir si le droit de télécommunication était en jeu; qu’une technologie ait atteint un résultat de façon plus efficace qu’une autre n’était pas pertinent.
48. En l’espèce, où le droit entre en jeu, la question devient celle de la détermination de la valeur de ce droit, et les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre doivent être adaptés à ce contexte. Lorsqu’elle est appelée à déterminer la valeur d’un droit, il est important que la Commission prenne en considération la valeur de ce droit pour l’utilisateur. La valeur de l’utilisation de reproductions lorsqu’une technologie est utilisée peut découler de différences fonctionnelles par rapport à l’utilisation d’une autre technologie. Les différences de valeur peuvent aussi provenir de gains internes en efficacité des technologies. Ignorer ces gains priverait les titulaires de droits de redevances additionnelles lorsque l’utilisation de leur œuvre par la technologie plus efficace procure une plus grande valeur à l’utilisateur de cette technologie. Cela ne constituerait assurément pas des « redevances [. . .] injustifiées » comme le prétend la juge Abella : par. 182.
    * 1. La Commission n’a pas tenu compte des principes de neutralité technologique ou de mise en équilibre pour fixer la valeur de la licence de copies accessoires de diffusion qui lie la SRC et la SODRAC
         1. La décision de la Commission sur la licence légale
49. La Commission a obtenu un portrait détaillé de la structure des systèmes de diffusion de la SRC et d’Astral, des copies qui ont été faites dans le cadre de ces systèmes et des fins auxquelles ces dernières ont servi. C’est en grande partie grâce au témoignage et au rapport du Dr Michael Murphy et des réponses de la SRC aux questions que la Commission a obtenu ces renseignements. De plus, les mémoires de la SRC et d’Astral déposés devant la Commission mentionnent expressément la neutralité technologique comme étant un facteur pertinent :

[TRADUCTION] La Commission doit appliquer le principe de neutralité technologique. On doit se garder de soulever artificiellement des questions de technologie qui n’ont rien à voir avec la nature de l’œuvre qui est évaluée. À la connaissance d’Astral et de la SRC, aucun producteur de télévision en Amérique du Nord n’a jamais été tenu par un compositeur, un scénariste ou autre titulaire de droits de verser des redevances supérieures relativement à une musique en raison de prétendus gains technologiques en efficacité. Il s’agit là de considérations tout simplement sans pertinence dans le marché compte tenu de la nature de l’œuvre faisant l’objet de la licence. Il n’y a aucune raison de traiter les diffuseurs différemment parce que la Commission est saisie de la question. [d.a., vol. II, p. 190‑191]

1. Ni le dossier ni la Décision sur la licence légale de la Commission — dans laquelle elle a utilisé un ratio basé sur les redevances payées par la SRC à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN ») pour les droits d’exécution afin de déterminer les redevances de la SODRAC — n’indiquent qu’elle a pris en considération la mise en équilibre et la neutralité technologique pour effectuer son évaluation de l’œuvre protégée par le droit d’auteur. Rien n’indique que la valeur relative découlant de l’utilisation d’œuvres protégées par le droit d’auteur au moyen de la technologie numérique de la SRC en comparaison avec celle procurée au moyen de la technologie analogique qu’elle utilisait auparavant ou que les contributions relatives de la SRC et de la SODRAC aux technologies analogiques et numériques ont été prises en considération.
2. La Commission a conclu dans la présente affaire que, « [p]uisque ces technologies [de gestion du contenu numérique] supposent l’utilisation de copies supplémentaires, certains des avantages associés à ces technologies doivent se refléter dans la rémunération découlant de ces copies accessoires supplémentaires » : Décision sur la licence légale, par. 81. La valeur que la Commission a attribuée aux utilisations des copies de diffusion accessoires par la SRC semble avoir été fondée, au moins dans une certaine mesure, sur le fait que plus de copies étaient faites avec le système de gestion de contenu numérique de la SRC, même si la formule pour fixer la valeur prescrite par la Commission ne semble pas liée à l’utilisation de copies supplémentaires.
   * + 1. La décision de la Cour d’appel fédérale
3. La Cour d’appel fédérale a résumé l’approche retenue par la Commission comme impliquant que, « [e]n termes simples, plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » : par. 28. En définitive, la cour a maintenu l’approche de la Commission : par. 49. Le concept selon lequel « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » a l’avantage d’être simple. Il est cependant contraire aux principes de neutralité technologique et de mise en équilibre.
4. La confection des copies accessoires de diffusion ne peut être mise sur un pied d’égalité avec, par exemple, la reproduction de livres. Avec un livre, l’auteur s’attend à une compensation pour l’originalité d’expression dont la *LDA* l’a encouragé à faire montre lorsqu’il a produit l’œuvre. En cas de violation du droit d’auteur par la confection ou la vente de copies non autorisées, une approche mathématique (qui consisterait à faire la somme des redevances perdues) serait une façon de mesurer la perte encourue.
5. Cependant, lorsque des copies additionnelles sont confectionnées et utilisées à l’interne dans le cadre d’un processus de diffusion amélioré ou plus efficace, elles ne sont confectionnées que pour rendre le processus possible. Il se pourrait que ce processus soit utile uniquement pour faire face à la compétition en réduisant ses coûts ou en permettant des économies de temps, par exemple. Il se pourrait même qu’il ne fasse que limiter les pertes de l’utilisateur des copies. On est alors loin de bénéfices qui sont proportionnels aux nombres de copies qui ont été confectionnées. La Cour d’appel fédérale a interprété correctement l’arrêt *ESA* lorsqu’elle a dit que, selon cette décision, « [l]’équivalence fonctionnelle détermine la neutralité technologique » : par. 39. J’ajouterais que, dans la mesure où la Cour d’appel fédérale a donné à entendre que le principe ne s’applique qu’à la livraison des œuvres, elle l’a interprété de manière trop restrictive. À moins d’une indication contraire dans son libellé, la *LDA* dans son ensemble doit être interprétée en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre. L’accent mis sur la livraison des œuvres dans l’arrêt *ESA* témoignait d’une application spécifique du principe général, compte tenu des questions soulevées dans cette affaire; le principe n’est pas confiné à ce seul contexte.
6. En l’espèce, le contexte est celui de la fixation des redevances par la Commission en vertu de l’art. 70.2 de la *Loi*. Dans ce contexte, adhérer aux principes de neutralité technologique et de mise en équilibre exige qu’il soit tenu compte de la valeur qu’apportent les reproductions d’une œuvre protégée par le droit d’auteur dans un contexte numérique par rapport à celle qu’elles apportent dans un contexte de technologie analogique ainsi que des contributions relatives des reproductions et de l’investissement de l’utilisateur dans la nouvelle technologie et du risque qu’il a assumé en l’adoptant.
   * + 1. L’historique du ratio de 1:3.2 de la Commission
7. L’examen de l’historique de la méthode d’évaluation retenue par la Commission ne donne aucune indication que cette dernière a pris en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre, que ce soit explicitement ou implicitement. La Commission a calculé les redevances au titre des copies accessoires de diffusion, les fixant à 31,25 % de celles que verse la SRC à la SOCAN au titre des droits d’exécution. Cela donne un ratio entre les redevances au titre des copies accessoires de diffusion et celles au titre de l’exécution de 1:3.2, ce qui correspond à 31,25 %, sous réserve d’un ajustement de répertoire. La Commission a porté son choix sur ce ratio de 1:3.2 compte tenu de son utilisation antérieure pour une série de dossiers dans lesquels ont été fixées les valeurs respectives des redevances au titre des copies accessoires de diffusion et au titre de l’exécution dans le contexte de la radio commerciale. Dans la présente affaire, la Commission a conclu que le ratio était également applicable au contexte télévisuel : par. 109.
8. Le ratio de 1:3.2 tire son origine de la décision rendue par la Commission en 2003 concernant les redevances pour la radio commerciale : *Tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d’œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales en 2001, 2002, 2003 et 2004*, décision de la Commission, 28 mars 2003 (en ligne) (« *Radio commerciale 2003* »). Dans ce dossier, la Commission a été appelée à fixer les tarifs de copies accessoires de diffusion dans le contexte de la radio commerciale.
9. La Commission a alors pris en considération trois facteurs qu’elle a jugés pertinents aux fins de soutenir le tarif qu’elle a sélectionné en définitive. Premièrement, elle a conclu que l’existence du droit de reproduction « tend à favoriser l’établissement d’une redevance plus que nominale, et ce, même si l’utilisation [de ce droit] dans le cadre d’activités de diffusion est une utilisation accessoire à cette diffusion » : *Radio commerciale 2003*, p. 13. Deuxièmement, a‑t‑elle conclu, « l’utilisation des nouvelles techniques de diffusion entraîne une baisse des coûts pour les stations de radio. La reproduction de la musique sur disque dur, qui optimise l’utilisation de ces nouvelles techniques, fait en sorte que les titulaires ont droit à une juste part des efficiences qui découlent de cette reproduction » : *ibid*., p. 13. Troisièmement, la Commission a conclu que la nature « optionnelle » du tarif (dans la mesure où les postes de radio pourraient éviter le tarif en refusant de faire des copies accessoires de diffusion) apaisait les craintes qu’un tarif élevé puisse décourager l’innovation dans les techniques de diffusion : *ibid*., p. 13.
10. La Commission a ensuite soupesé ces facteurs et conclu qu’un tarif de base de 1 % des recettes brutes de l’utilisateur était juste, sous réserve d’un rajustement fondé sur la taille du répertoire : *Radio commerciale 2003*, p. 14. À l’époque, la SOCAN avait droit à un tarif au titre de l’exécution de 3,2 % des recettes brutes, ce qui établissait le ratio pour les copies accessoires de diffusion et les tarifs d’exécution à 1:3.2.
11. En 2010, la Commission a encore une fois été appelée à fixer des redevances d’exécution et de reproduction à verser à des sociétés de gestion collective pour les activités de radio commerciale : *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Ré:Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et Artisti à l’égard des stations de radio commerciale*, décision de la Commission, 9 juillet 2010 (en ligne) (« *Radio commerciale 2010* »). Dans cette affaire, la Commission a confirmé le ratio de 1:3.2, a souligné le fait que ce ratio était justifié en partie par les gains d’efficacité réalisés grâce à une technologie numérique, et a appliqué celui‑ci pour fixer des tarifs au titre des copies accessoires de diffusion : par. 223.
    * + 1. L’application des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre à l’analyse de la valeur
12. Il ressort clairement des motifs de la Commission dans le présent dossier et du raisonnement qui sous‑tend son utilisation du ratio de 1:3.2 dans le passé qu’en procédant à la détermination des redevances que doit verser la SRC au titre des copies accessoires de diffusion, la Commission n’a pas appliqué une méthode d’évaluation compatible avec le principe de neutralité technologique. En effet, elle n’a procédé à aucune comparaison de la valeur générée par les reproductions d’œuvres protégées par le droit d’auteur lorsque la SRC utilisait la technologie antérieure par rapport à cette valeur lorsqu’elle utilise sa nouvelle technologie numérique. La Commission a également omis de prendre en considération les contributions relatives découlant de l’utilisation des œuvres protégées par le droit d’auteur par rapport au risque qu’a pris l’utilisateur et à son investissement pour acquérir sa technologie numérique, tel que l’exige le principe de mise en équilibre.
13. D’aucuns pourraient prétendre qu’en raison de la complexité des systèmes technologiques et des modèles d’entreprise, il n’existe aucune manière objective de déterminer la part de la valeur générée par un système qui dépend de la technologie que l’on doit attribuer aux titulaires d’un droit et la part que l’on doit attribuer à l’utilisateur, compte tenu de la neutralité technologique et de la mise en équilibre. Il incombe néanmoins à la Commission d’appliquer les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre de manière raisonnable et cohérente. Lorsqu’elle procède à l’évaluation d’une licence ou d’un tarif, la Commission arrive à une décision en se servant de son expérience et de son expertise pour soupeser une preuve qui peut ne pas se réduire à une évaluation économique objective. Il ne faut toutefois pas déduire de l’existence de cette difficulté que la Commission ne peut pas examiner soigneusement une preuve d’expert, l’existence d’approximations applicables et d’autres facteurs pertinents pour en arriver à une évaluation raisonnable. Dans l’ensemble, l’analyse de la valeur faite par la Commission doit être conforme à l’exigence selon laquelle il faut reconnaître la neutralité technologique et l’équilibre établit par la *LDA* entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires du droit d’auteur. Dans les instances en matière de licence où la neutralité technologique et la mise en équilibre sont pertinentes, il incombe à la Commission d’établir le mode de présentation de la preuve ayant trait à ces principes. Puisqu’une partie est généralement tenue de fournir une preuve de ce qui est nécessaire pour étayer ses prétentions, la Commission peut fort bien envisager d’imposer au titulaire d’un droit l’obligation de démontrer comment l’utilisation d’une œuvre protégée par un droit d’auteur devrait justifier les redevances qu’il réclame, l’utilisateur étant ensuite tenu de démontrer pourquoi des redevances inférieures sont justifiées.
14. Toutefois, loin de moi l’idée d’imposer la procédure que la Commission doit suivre dans le cadre des instances en matière de licence dont elle est saisie, car elle jouit d’un pouvoir discrétionnaire pour établir ses propres pratiques et procédures dans chaque cas, sous réserve des règlements qu’elle prend et qui sont approuvés par le gouverneur en conseil : *LDA*, par. 66.6(1).
15. Il faudra évidemment faire preuve d’un certain degré de jugement éclairé dans l’analyse de la valeur, tout comme dans toutes les instances en matière de licence dans lesquelles la Commission est appelée à attribuer une valeur monétaire à des utilisations d’œuvres protégées par un droit d’auteur dont la valeur n’est pas aisément quantifiée. Néanmoins, la Commission doit fonder ses décisions sur la *LDA*, sur les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre, sur son expertise et sur la preuve produite.
16. Je conclus que la décision de la Commission était déraisonnable au motif qu’elle n’a pas pris en considération la manière dont les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre devaient se refléter dans les redevances imposées à la SRC en ce qui concerne sa confection de copies accessoires de diffusion pour la télévision et Internet. Je suis d’avis de renvoyer l’affaire à la Commission pour nouvel examen des portions de la Décision sur la licence légale qui portent sur ces redevances et nouvelle analyse d’une manière qui concorde avec la neutralité technologique et avec la mise en équilibre, tel qu’il en a été question précédemment.
    1. Décision provisoire de la Commission
       1. Le maintien du « statu quo » par la Commission était raisonnable
17. La Commission est habilitée par l’art. 66.51 de la *LDA* à rendre des ordonnances provisoires. Le libellé de l’art. 66.51 lui confère un pouvoir discrétionnaire : « La Commission *peut*, sur demande, rendre des décisions provisoires. » La loi ne précise pas la manière dont la Commission doit exercer ce pouvoir pour rendre ou choisir de ne pas rendre des décisions provisoires.
18. Lorsqu’elle a rendu la Décision sur la licence provisoire, la Commission a fait remarquer qu’« [u]ne décision provisoire sert avant tout à éviter les effets néfastes de la longueur des procédures et peut servir à éviter les vides juridiques créés lorsqu’il y a une utilisation d’œuvres protégées sans autorisation » : par. 17. À son avis, « la meilleure façon d’atteindre les objectifs d’une décision provisoire est de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique », à moins qu’un changement au statu quo soit souhaitable, eu égard à la prépondérance des inconvénients : par. 18.
19. Je ne peux retenir l’argument de la SRC selon lequel la manière dont la Commission a déterminé le statu quo et l’a utilisé pour fonder une licence provisoire a de façon inadmissible [TRADUCTION] « fait entrave à son pouvoir discrétionnaire en adoptant une définition excessivement restrictive du statu quo » : m.a., par. 139. La méthode retenue par la Commission permet à cette dernière d’éviter l’incertitude et les vides juridiques qui surviendraient en l’absence d’une décision provisoire, et l’utilisation des modalités de la licence en vigueur immédiatement avant l’entrée en vigueur de la décision provisoire assure la continuité entre l’accord précédent et la licence provisoire. En outre, sa reconnaissance que certains facteurs pourraient parfois justifier une dérogation au statu quo eu égard à la prépondérance des inconvénients indique que la Commission n’a pas complètement fait abstraction de son pouvoir discrétionnaire.
20. Je ne vois rien de déraisonnable dans la manière dont la Commission a choisi et utilisé la licence légale 2008‑2012 comme statu quo dans la présente affaire. Toutefois, comme je suis d’avis de lui renvoyer le dossier pour réexamen de la licence 2008‑2012 ainsi que je l’ai mentionné précédemment, la Commission devra revoir les modalités de la licence légale provisoire pour veiller à ce que celles‑ci concordent avec sa nouvelle décision sur les redevances visées par la licence 2008‑2012.
    * 1. La Commission ne peut contraindre un utilisateur à accepter contre son gré les modalités d’une licence
21. La SRC fait valoir que, si elle peut fixer les redevances à payer en application de la procédure d’octroi de licences légales créée par l’art. 70.2 de la *LDA*, la Commission ne peut cependant pas énoncer les autres modalités ou la structure de cette licence. Plus spécifiquement, la SRC conteste la décision de la Commission d’imposer une licence provisoire de manière générale, obligeant ainsi la SRC à verser une somme d’argent pour avoir accès au répertoire complet de la SODRAC, plutôt qu’à la pièce, comme elle le souhaite, ce qui lui permettrait de ne payer que lorsqu’elle utilise effectivement une œuvre puisée dans ce répertoire. Une licence générale accorde pour toute sa durée un accès au répertoire complet de la SODRAC et réduit ainsi la capacité de la SRC de contrôler ses coûts de licence. Par opposition, une licence ponctuelle permettrait à la SRC de choisir, dans une situation donnée, si elle souhaite obtenir une licence à l’égard d’une œuvre donnée ou renoncer à utiliser la musique de la SODRAC. La SRC soutient que, si la société de gestion et l’utilisateur ne peuvent s’entendre sur le modèle que doit revêtir une licence — générale ou ponctuelle —, la Commission n’a pas le pouvoir de forcer la passation d’une licence.
22. La SODRAC soutient en revanche que la Commission est habilitée à octroyer des licences — générales ou ponctuelles — et qu’elle devrait détenir ce pouvoir dans toutes les instances fondées sur l’art. 70.2. Si on concluait le contraire, affirme‑t‑elle, [TRADUCTION] « la compétence de la Commission en matière de réparation en application de l’art. 70.2 serait tributaire du consentement d’un utilisateur, [. . .] ce qui serait contraire au mandat qui est le sien de résoudre des conflits » : m.i., par. 133.
23. Bien que la SRC ait soulevé cette question dans le contexte de la Décision sur la licence provisoire de la Commission, le litige se rapporte généralement au pouvoir de la Commission de structurer les licences, qu’elles soient provisoires ou non : le pouvoir de la Commission de fixer les modalités d’une licence emporte‑t‑il le pouvoir de lier les parties à ces modalités?
24. À mon avis, la *LDA* n’exige pas que les décisions prises dans le cadre des instances de la Commission visant à fixer les modalités d’une licence en vertu de l’art. 70.2 aient un effet obligatoire à l’égard des utilisateurs. Le paragraphe 70.2(1) lui‑même prescrit que lorsque la société de gestion et l’utilisateur ne peuvent s’entendre sur les modalités d’une licence, l’une ou l’autre partie peut s’adresser à la Commission et lui demander de « fixer ces redevances ou modalités [afférentes] ». Cela témoigne du pouvoir de la Commission de formuler par écrit une série de modalités qui, à son avis, représentent une entente raisonnable en vue d’autoriser l’utilisation des œuvres en cause. Cette disposition reste cependant muette sur la question de savoir si ces modalités doivent lier l’utilisateur.
25. Le contexte législatif permet de conclure que les modalités dont les licences sont assorties dans le cadre d’instances tenues en application de l’art. 70.2 ne lient pas automatiquement les utilisateurs. L’article 70.4 de la *LDA* prescrit ce qui suit :

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

1. Il est clair, suivant cette disposition, que l’utilisateur dont la confection de copies a fait l’objet d’une instance fondée sur l’art. 70.2 *peut* se prévaloir des modalités fixées par la Commission comme moyen pour obtenir l’autorisation d’accomplir l’activité envisagée dans le cadre de l’instance qui se déroule devant la Commission. Le texte de l’art. 70.4 en lui‑même ne lie donc pas l’utilisateur aux modalités dont la licence est assortie.
2. La conclusion selon laquelle les licences dont les modalités sont fixées par la Commission en vertu de l’art. 70.2 ne lient pas les utilisateurs est compatible avec le principe juridique plus général selon lequel « aucune charge pécuniaire ne peut être imposée aux sujets de ce pays, peu importe le nom qu’on lui donne, qu’il s’agisse d’une taxe, d’une cotisation, d’un tarif ou d’un péage, sauf en vertu d’une autorité légale claire et distincte » : *Gosling c. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891, p. 407, tel qu’approuvé et adopté dans *Ontario English Catholic Teachers’ Assn. c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470, par. 77, et *Attorney‑General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884 (C.A.), p. 885. Lier un utilisateur à l’égard d’une licence reviendrait à l’assujettir à ses modalités s’il en venait à accomplir l’activité visée. En l’absence, dans la loi, d’un pouvoir clair et distinct démontrant que c’était là l’intention du législateur, le fardeau d’une licence ne devrait pas être imposé à l’utilisateur qui ne consent pas à être lié par ses modalités.
3. La formulation de la question en litige par la SODRAC n’est pas entièrement erronée : la Commission a effectivement le pouvoir, aux termes de l’art. 70.2, de « fixer ces redevances ou modalités [afférentes] », ce qui signifie qu’elle peut fixer des droits d’auteur équitables à verser si l’utilisateur décide d’accomplir l’activité en cause suivant les modalités d’une licence. Toutefois, ce pouvoir n’emporte pas en lui‑même celui de contraindre l’utilisateur à accepter ces modalités lorsqu’après les avoir examinées, il décide de ne pas effectuer les copies visées par la licence. Évidemment, si l’utilisateur effectue ensuite des copies non autorisées, il demeurera responsable de la violation. Par contre, il ne sera pas responsable en tant que titulaire à moins qu’il ne souscrive expressément aux avantages et aux obligations dont la licence est assortie.
4. L’affaire est considérablement compliquée par le fait que, au cours des récentes années, les décisions de la Commission sur les licences légales ont revêtu un caractère de plus en plus rétroactif. La licence légale de la SRC dans la présente affaire en est un exemple : elle couvre la période allant du mois de novembre 2008 au mois de mars 2012, alors que la décision finale de la Commission a été rendue le 2 novembre 2012, après l’expiration des modalités de la licence. Dans de telles situations, la Commission peut octroyer des licences provisoires qui visent à combler le vide juridique avant que la décision finale ne soit prête. Cela signifie cependant que l’utilisateur doit mener ses activités sur le fondement de suppositions sur la manière dont sera évaluée sa responsabilité en définitive pour des actes accomplis dans l’intervalle.
5. S’il en venait à faire des copies en vertu d’une licence provisoire et qu’il obtenait ensuite une licence définitive dont il n’acceptait pas volontairement les modalités, l’utilisateur se retrouvait devant un choix difficile : accepter les modalités d’une licence qui lui est indésirable ou refuser la licence et rendre invalide rétroactivement l’activité visée qu’il a menée dans l’intervalle, et ainsi risquer une action en contrefaçon. En raison de ce dilemme, l’utilisateur qui mène ses activités en vertu d’une licence provisoire pourrait n’avoir d’autre choix *réaliste* que d’accepter les modalités dont la licence définitive est assortie.
6. Si cette possibilité me paraît déconcertante, je ne crois pas que ce résultat déroge à la proposition plus générale selon laquelle il n’y a aucun fondement juridique permettant de contraindre les utilisateurs à accepter contre leur gré les modalités d’une licence. Celle‑ci ne lie pas les utilisateurs en droit même si les particularités d’une instance donnée et la décision d’un utilisateur de mener l’activité visée au cours d’une période intérimaire peuvent signifier qu’il n’a pas dans les faits le choix réaliste de refuser la licence[[2]](#footnote-2).
7. Je conclus que le régime législatif d’octroi de licences n’envisage pas la possibilité que des licences fixées par la Commission en vertu de l’art. 70.2 aient un effet obligatoire à l’égard des utilisateurs. Cependant, la présente affaire n’oblige pas la Cour à décider s’il en est de même à l’égard des sociétés de gestion collective. Il se peut que l’objectif principal du régime législatif de réglementer les actions des sociétés de gestion collective et celui de la jurisprudence de faire en sorte que de telles sociétés ne se transforment pas en des [traduction] « instruments d’oppression et d’extorsion » (*Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348, p. 354, le juge Duff, citant *Hanfstaengl c. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109, p. 128) justifient la conclusion selon laquelle la Commission a effectivement le pouvoir de contraindre les sociétés de gestion à accepter une licence compte tenu du modèle préféré de l’utilisateur — ponctuel ou général — selon les modalités que la Commission juge équitables eu égard à ce modèle. Toutefois, cette question n’a pas été débattue dans la présente affaire.
8. Je suis d’avis que les licences octroyées par la Commission ne sont pas revêtues d’un caractère obligatoire à l’égard d’un utilisateur; la Commission a le pouvoir de fixer les modalités d’une licence en vertu de l’art. 70.2, mais l’utilisateur reste libre de décider de devenir titulaire de la licence et mener ses activités conformément à cette dernière, ou de refuser de le faire.
9. Conclusion
10. La Commission n’a pas tenu compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour fixer les redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la licence légale 2008-2012 en ce qui a trait à la fixation des redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC et de renvoyer la Décision sur la licence légale à la Commission pour réexamen de la fixation des redevances en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre.
11. Dans la mesure où les redevances fixées par la licence provisoire reposaient sur l’évaluation des copies accessoires de diffusion dans la licence légale 2008‑2012, je suis d’avis d’annuler la licence provisoire et de renvoyer la Décision sur la licence provisoire pour réexamen en conformité avec les principes qui s’appliquent aux fins de la nouvelle décision sur la licence 2008‑2012.
12. La SRC a droit à ses dépens devant la Cour et devant la Cour d’appel fédérale.

Version française des motifs rendus par

1. La juge Abella (dissidente) — Le présent pourvoi est fondé sur la décision de la Commission du droit d’auteur d’imposer des redevances à la Société Radio-Canada (SRC) pour toute copie accessoire qu’elle doit créer au cours du processus de diffusion d’une émission de télévision. L’imposition de ces redevances porte non seulement atteinte au principe de neutralité technologique adopté par la Cour il y a trois ans dans l’arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231, mais elle rompt également l’équilibre établi entre les droits des titulaires d’un droit d’auteur et le public. La SRC paie déjà des redevances pour les droits de diffusion. Ces frais additionnels augmentent artificiellement le coût de diffusion des programmes télévisés, ce qui a pour conséquence d’accroître le coût du même produit pour les consommateurs. Rattacher une responsabilité pour violation du droit d’auteur pour toute copie accessoire créée en raison de l’amélioration des technologies de diffusion pénalise les diffuseurs et le public pour l’utilisation des technologies nouvelles et améliorées et confère artificiellement aux créateurs le droit à une rémunération qui n’a jamais été prévue par la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C‑42. Par conséquent, la décision est déraisonnable.

Contexte

1. La SRC, le diffuseur public canadien, produit et diffuse des émissions de télévision. Elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que des émissions qui ont été produites par des producteurs tiers.
2. La Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (SODRAC) est une société de gestion collective qui exerce ses activités en application de la *Loi sur le droit d’auteur*. Elle gère les droits de reproduction de ses membres quant à leurs œuvres musicales, à savoir « le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque » : par. 3(1). Fait à noter, elle ne gère pas les droits d’exécution, qui incluent les droits de diffusion. La SODRAC obtient une cession des droits de reproduction de ses membres et les représente dans le cadre de négociations avec des parties qui cherchent à reproduire des œuvres contenues dans son répertoire.
3. Le producteur d’émissions de télévision incorpore des œuvres musicales dans des émissions audiovisuelles. La SRC paie des redevances à la SODRAC pour avoir le droit d’incorporer des œuvres musicales contenues dans le répertoire de cette dernière dans ses émissions de télévision. Le processus d’incorporation est appelé synchronisation. Il s’agit d’un processus à plusieurs étapes, qui requiert actuellement la création d’entre 12 et 20 copies accessoires de l’œuvre afin de produire la copie « maîtresse » finale synchronisée de l’émission de télévision. Lorsque le processus de synchronisation est terminé, une seule copie maîtresse de l’émission synchronisée est créée, puis remise par le producteur au diffuseur, habituellement sur un support numérique comme un CD ou un ruban d’enregistrement numérique.
4. Pour pouvoir reproduire légalement les œuvres musicales durant la synchronisation, le producteur doit obtenir une licence de synchronisation de la part du titulaire du droit de reproduction des œuvres musicales. Au Canada, la SODRAC exerce un quasi‑monopole sur les droits de reproduction de la musique francophone. Elle accorde des licences de synchronisation aux producteurs, les autorisant ainsi à effectuer toute reproduction nécessaire pour créer une œuvre audiovisuelle synchronisée. Ainsi, lorsque la SRC synchronise une émission de télévision en utilisant de la musique provenant du répertoire de la SODRAC, elle doit obtenir de cette dernière une licence de synchronisation. Si la SRC reçoit une émission de télévision d’un producteur tiers, c’est ce dernier qui doit détenir la licence de synchronisation.
5. La SODRAC est titulaire uniquement des droits de reproduction des œuvres contenues dans son répertoire et n’a pas droit aux redevances relatives à la diffusion de ces œuvres. Ces redevances sont plutôt versées à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), la société de gestion collective qui gère le droit de communiquer les œuvres musicales au public par télécommunication. Ainsi, pour diffuser une émission de télévision synchronisée, la SRC doit obtenir une licence de diffusion de la SOCAN.
6. Avant de présenter sa demande auprès de la Commission du droit d’auteur en l’espèce, la SODRAC n’avait droit aux redevances pour aucun aspect de la diffusion d’œuvres musicales.
7. Tout comme le processus de synchronisation, le processus de diffusion d’une émission de télévision exige de procéder à un certain nombre d’étapes, qui suppose la création de copies accessoires de l’œuvre. Celles‑ci sont appelées copies accessoires de diffusion. La SRC effectue des copies accessoires de diffusion de toutes les émissions de télévision qu’elle diffuse, peu importe si elles sont produites à l’interne ou par un tiers.
8. Le processus de diffusion commence lorsque le contenu numérique de la copie maîtresse est transféré au système de gestion du contenu numérique du diffuseur, système dont le diffuseur se sert pour gérer le stockage, l’édition et la diffusion de l’émission.
9. Les systèmes modernes de diffusion numérique comportent plusieurs composantes, dont le disque dur d’un serveur de diffusion (ou une série de disques durs) servant au stockage temporaire d’une copie de l’émission jusqu’à ce qu’elle soit diffusée, une bibliothèque de rubans d’enregistrement numérique servant à stocker l’émission à plus long terme (jusqu’à expiration des droits de diffusion), des ordinateurs et des logiciels utilisés pour projeter et éditer l’émission en préparation de sa diffusion, un enregistreur vidéo servant à enregistrer une copie en temps réel de l’émission diffusée afin de respecter les exigences du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), ainsi qu’un gestionnaire de contenu automatisé qui donne des instructions au système pour déplacer les fichiers vers les diverses composantes ou à partir de celles‑ci.
10. L’utilisation de systèmes modernes de diffusion numérique entraîne la création de copies accessoires de diffusion des émissions, y compris des œuvres musicales qui y sont incorporées. En fait, pour que le dossier d’émission numérique existe sur les multiples composantes du système en même temps et pour permettre le fonctionnement simultané des diverses composantes du système de diffusion, de multiples copies accessoires de l’émission doivent forcément être créées. Le transfert initial de la copie maîtresse sur le système de gestion du contenu numérique, par exemple, entraîne la création d’une copie accessoire de diffusion. D’autres copies peuvent être créées dans le cadre du processus visant à assurer la compatibilité du format du dossier avec les disques durs du serveur du diffuseur. Des copies supplémentaires sont aussi effectuées dans les jours précédant immédiatement la diffusion, puisque l’émission de télévision synchronisée est temporairement copiée à partir de la bibliothèque de rubans d’enregistrement numérique vers le disque dur du serveur du diffuseur : décision de la Commission du droit d’auteur, dossiers nos 70.2‑2008‑01, 70.2‑2008‑02, 2 novembre 2012 (en ligne) (Décision sur la licence légale), par. 54. Bien qu’il soit encore possible sur le plan technique de télédiffuser sans recourir à des serveurs et à des technologies numériques, ces dernières sont devenues la norme plutôt que l’exception en raison de l’efficacité et de la fonctionnalité supplémentaire qu’elles offrent aux diffuseurs : Décision sur la licence légale, par. 53.
11. Les systèmes de télédiffusion plus traditionnels sont des systèmes analogiques. Ceux‑ci utilisent des supports analogiques, et non des techniques numériques, pour stocker, reproduire ou transmettre l’émission audiovisuelle. La cassette VHS, qui est une bande magnétique, est un exemple de support analogique. Les systèmes de diffusion analogiques anciennement utilisés par les télédiffuseurs entraînaient généralement eux aussi la création de copies accessoires de diffusion découlant de la nécessité de projeter et d’éditer les émissions avant la diffusion, ainsi que pour créer des copies de sauvegarde. Toutefois, les systèmes analogiques engendraient moins de copies accessoires de diffusion que les systèmes de diffusion modernes numériques.
12. Les systèmes de diffusion modernes numériques sont beaucoup plus efficaces que les systèmes analogiques, car, dans le domaine numérique, les diffuseurs sont en mesure de comprimer et de stocker des quantités beaucoup plus grandes d’émissions vidéo numériques sur les disques durs d’un serveur et sur les rubans d’enregistrement numérique qu’ils ne pouvaient le faire sur la bibliothèque de cassettes VHS. La projection et l’édition d’émissions pour le sous‑titrage et pour la traduction dans d’autres langues sont aussi réalisées beaucoup plus efficacement au moyen de systèmes informatiques et de logiciels modernes que par des systèmes analogiques.
13. En 1998, la SODRAC a commencé à exiger que les producteurs tiers obtiennent une licence de synchronisation distincte. Puisque les télédiffuseurs qui produisaient également des émissions audiovisuelles à l’interne, comme la SRC, étaient déjà tenus d’obtenir une licence de synchronisation pour la même œuvre, la SODRAC ne percevait pas initialement de redevances auprès des producteurs tiers pour cette licence supplémentaire. En 2006, toutefois, la SODRAC a abandonné cette politique et a commencé à facturer aux producteurs le plein prix pour obtenir une licence de synchronisation, qui ne couvre désormais qu’un droit de « première intégration » : Décision sur la licence légale, par. 73. En vertu de cette licence, les producteurs payaient des redevances pour avoir le droit de synchroniser de la musique dans une seule copie maîtresse de l’émission de télévision, mais n’avaient pas le droit d’effectuer des copies accessoires en aval, comme des copies accessoires de diffusion. Ces copies en aval, habituellement effectuées par le diffuseur pendant qu’il prépare la copie synchronisée pour la diffusion, sont devenues assujetties à des redevances supplémentaires payées par les diffuseurs. La nouvelle politique de la SODRAC de monnayer des activités de diffusion par l’imposition de redevances pour les copies accessoires de diffusion est à l’origine du présent pourvoi.
14. En 1992, la SRC et la SODRAC ont conclu une entente de licencequi autorisait la SRC à reproduire des œuvres contenues dans le répertoire de la SODRAC. Cette licence permettait à la SRC de synchroniser des œuvres musicales dans des émissions audiovisuelles et d’effectuer toute autre copie accessoire des œuvres, y compris des copies accessoires de production et des copies accessoires de diffusion. En 2008, toutefois, la SRC et la SODRAC n’ont pas été en mesure de s’entendre sur les modalités de la nouvelle licence parce que la SODRAC cherchait à monnayer les copies accessoires de diffusion en plus des droits de synchronisation. La SODRAC a demandé à la Commission du droit d’auteur de fixer, en vertu de l’art. 70.2 de la *Loi sur le droit d’auteur*, les modalités de la licence visant la reproduction d’œuvres musicales contenues dans son répertoire.
15. La Commission a conclu que les copies accessoires de diffusion faisaient intervenir le droit de reproduction et étaient donc assujetties à des redevances. Comme les nouvelles technologies de diffusion qui exigeaient d’autres copies accessoires de diffusion ont généré des bénéfices pour la SRC en gardant le diffuseur pertinent et concurrentiel, la Commission a conclu que ces bénéfices devaient se refléter dans la rémunération accordée aux titulaires d’un droit d’auteur. Par conséquent, la Commission a homologué le tarif proposé par la SODRAC et a imposé à la SRC une licence pour les années 2008 à 2012qui comportait des redevances pour les copies accessoires de diffusion. La Commission a déterminé la valeur des copies accessoires de diffusion en les associant à la valeur des redevances payées par la SRC à la SOCAN relativement aux droits de communication des œuvres. Conformément à sa licence de 1992, la SRC payait des redevances annuelles à la SODRACde 520 000 $; selon la nouvelle entente imposée par la Commission, elle paierait 1,2 million de dollars par année.
16. Après le prononcé de cette décision, la SODRAC a obtenu une licence provisoire de la Commission selon les mêmes modalités pour la période 2012‑2016.
17. La Cour d’appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des décisions de la Commission présentée par la SRC. S’appuyant sur l’arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, la Cour d’appel fédérale a conclu que « les enregistrements éphémères d[’une] œuvre, faits dans le seul but de faciliter la radiodiffusion de cette œuvre, constituent, s’ils sont faits sans l’autorisation du titulaire du droit d’auteur, une violation de ses droits ». Elle a refusé d’appliquer le principe de neutralité technologique énoncé par la Cour dans l’arrêt *Entertainment Software Association*.

Analyse

1. La question en l’espèce est celle de savoir si la SODRAC est habilitée à monnayer les copies accessoires de diffusion malgré le fait qu’elle n’a droit aux redevances pour aucun aspect de la diffusion. Pour répondre à la question, il faut d’abord savoir en quoi consiste une copie accessoire de diffusion.
2. Dans sa décision, la Commission a défini les copies accessoires de la façon suivante :

La *copie accessoire* est nécessaire ou utile pour arriver à un résultat sans toutefois y être intégrée. La *copie accessoire de production* est effectuée dans le cadre de la production et de la distribution d’une œuvre audiovisuelle, avant ou après la création de la copie maîtresse : il s’agit d’une forme de copie de synchronisation. La *copie accessoire de diffusion* vise à faciliter la télédiffusion d’une œuvre audiovisuelle ou à la conserver dans les archives du télédiffuseur, alors que la *copie accessoire de distribution* a pour objet de préparer ou de conserver le film pour distribution au public : les deux sont des formes de copies de postsynchronisation. [Je souligne; par. 12.]

1. La copie accessoire de diffusion est créée lorsque le contenu de la copie maîtresse de l’émission de télévision synchronisée est alimenté dans le système de gestion du contenu numérique du télédiffuseur. Cela crée une copie de l’œuvre en haute résolution. Lorsque le contenu de la copie maîtresse se trouve dans le système de gestion du contenu numérique, une copie de travail de faible résolution qui n’est pas suffisamment de bonne qualité pour être diffusée est utilisée pour faciliter l’édition de l’émission de télévision, comme la traduction en ondes ou le sous‑titrage. Une autre copie de faible résolution est créée à des fins de projection par les équipes de programmation, de commercialisation et de communications. Lorsque tous les traitements techniques de l’émission sont terminés, une autre copie est créée lorsque le fichier numérique est reformaté pour créer un fichier de diffusion compatible avec les disques durs du serveur de diffusion de la SRC. Des copies supplémentaires du fichier de diffusion sont effectuées lorsque le fichier est copié au besoin à partir de la bibliothèque de rubans d’enregistrement numérique vers les disques durs du serveur de diffusion. Pendant que l’émission est diffusée, une autre copie est créée puisque l’émission diffusée est enregistrée en temps réel afin de respecter les exigences réglementaires du CRTC : voir *Règlement de 1987 sur la télédiffusion*, DORS/87‑49, par. 10(5). La copie initiale en haute résolution de l’émission et les copies de travail en faible résolution ainsi que le dossier de diffusion reformaté sont tous des copies accessoires de diffusion créées dans le seul but de faciliter la diffusion de l’émission audiovisuelle.
2. Les copies accessoires de diffusion décrites plus haut sont de nature purement technique, en ce qu’elles sont créées uniquement parce qu’elles font partie intégrante du processus de diffusion des émissions de télévision, et elles ne sont ni vendues au public, ni mises à sa disposition, ni utilisées pour générer des revenus indépendants.
3. Les copies accessoires de diffusion sont créées pour réaliser l’activité centrale de diffusion en fournissant les modalités techniques pour permettre la diffusion et pour respecter les exigences réglementaires. En matière de droit d’auteur, leur création ne peut être perçue comme distincte de l’activité centrale de diffusion sans qu’il soit porté atteinte au principe de neutralité technologique.
4. Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à se pencher sur la portée du droit de reproduction visé au par. 3(1) et à l’al. 3(1)*d*) de la *Loi sur le droit d’auteur* qui disposent que :

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

. . .

d) s’il s’agit d’une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d’en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l’aide desquels l’œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

1. L’introduction du par. 3(1) énumère trois droits distincts dont sont assorties les œuvres protégées : le droit de produire ou de reproduire (le droit de reproduction), le droit d’exécuter ou de représenter l’œuvre, ce qui inclut les droits de diffusion, et le droit de publier l’œuvre. Les droits dont la liste figure aux al. 3(1)a) à 3(1)j) sont des exemples de ces trois droits fondamentaux : Entertainment Software Association, par. 42.
2. Comme la Cour l’a fait remarquer dans Entertainment Software Association, le législateur a établi une distinction entre les droits de reproduction, d’une part, et les droits d’exécution/de diffusion, d’autre part. Cette distinction est établie parce qu’une exécution est, de par sa nature même, fugace et passagère, tandis que la reproduction crée une copie durable qui acquière une sorte d’autonomie : Entertainment Software Association, par. 35. L’exécution/la diffusion d’une œuvre, d’une part, et sa reproduction, d’autre part, mettent en cause deux droits distincts dont jouissent les titulaires du droit d’auteur. C’est pourquoi deux sociétés de gestion collective administrent ces droits : Entertainment Software Association, par. 38.
3. Personne ne conteste que les activités de diffusion menées par la SRC sont visées par les droits d’exécution/de diffusion. La question qu’il nous revient de trancher dans le présent appel est celle de savoir si le moyen technique utilisé par la SRC pour mener à bien son activité de diffusion est également visé par le droit de reproduction.
4. Une interprétation raisonnable de la portée du droit de reproduction doit donc tenir compte des libellés du par. 3(1) et de l’al. 3(1)d) dans le contexte de l’objet prépondérant de la *Loi sur le droit d’auteur* et du principe central de neutralité technologique.
5. La *Loi sur le droit d’auteur* établit un juste équilibre entre la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres créatives et l’obtention d’une juste récompense pour le créateur : *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30. Faire résolument pencher la balance au profit de la protection des droits des créateurs minerait le droit des utilisateurs à avoir accès au matériel créatif et à travailler avec celui‑ci. Faire résolument pencher la balance au profit de l’accès au matériel, en revanche, ne permettrait pas de fournir une juste récompense aux créateurs, de telle sorte que les auteurs et leurs collaborateurs sous‑investiraient dans la production et la distribution de leurs œuvres. Aux deux extrémités du spectre, le public perd certains avantages relativement aux œuvres créatives : David Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade‑marks* (2e éd. 2011), p. 60; *Théberge*,par. 31.
6. Comme l’a systématiquement reconnu la Cour, maintenir l’équilibre qui favorise le mieux l’intérêt du public quant aux œuvres créatives est l’objet principal de la *Loi sur le droit d’auteur*: *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*,[2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN* *c. ACFI*), par. 40‑41; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363,par. 69‑70; *Euro‑Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*,[2007] 3 R.C.S. 20, par. 76‑84; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, [2012] 2 R.C.S. 326 (*SOCAN c. Bell*), par. 8‑11; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 R.C.S. 345,par. 19; *Entertainment Software Association*,par. 7-8 des motifs des juges Abella et Moldaver pour la majorité et par. 47 et 123‑125 des motifs du juge Rothstein, dissident; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*,[2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers c. SOCAN*),par. 40; *Cinar Corporation c. Robinson*,[2013] 3 R.C.S. 1168, par. 23 et 28.
7. Encore une fois, il faut se demander en l’espèce comment préserver cet équilibre face aux nouvelles technologies qui transforment les mécanismes de production, de reproduction et de distribution des œuvres créatives. Francis Gurry, le directeur général de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, a expliqué le défi que posent les nouvelles technologies au regard de la politique en matière de droit d’auteur :

Une question fondamentale pour la société sous‑tend ce processus de changement : il s’agit de la politique en matière de droit d’auteur. Comment la société peut‑elle mettre les œuvres culturelles à disposition d’un public le plus large possible à des prix abordables tout en assurant des moyens de subsistance dignes aux créateurs, aux artistes et aux partenaires commerciaux qui les aident à naviguer dans le système économique? Pour répondre à cette question, plusieurs équilibres doivent être maintenus : entre la diffusion et le contrôle de la distribution des œuvres comme moyen d’en extraire de la valeur; entre les consommateurs et les producteurs; entre les intérêts de la société et ceux du créateur; et entre la satisfaction à court terme que procure la consommation immédiate et le processus à long terme qui consiste à mettre en place des mesures d’incitation économiques récompensant la créativité et favorisant le dynamisme culturel.

(« L’avenir du droit d’auteur », discours prononcé à la Blue Sky Conference : Future Directions in Copyright Law, 25 février 2011 (en ligne).)

1. La réponse à ce défi, à mon sens, repose sur l’application d’une vision solide de la neutralité technologique en tant que principe central de l’interprétation législative de la *Loi sur le droit d’auteur*,en s’inspirant surtout de l’arrêt *Entertainment Software Association* de la Cour.
2. Cette approche trouve son origine législative au par. 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* qui prévoit que le droit d’auteur comprend le « droit exclusif de produire ou reproduire » la totalité ou une partie importante de l’œuvre, « *sous une forme matérielle quelconque* » : voir *Entertainment Software Association*,par. 5. Le législateur a également donné son appui à cette approche dans le sommaire de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*,L.C. 2012, c. 20, qui prévoit que les modifications à la *Loi* visaient à « *éliminer la spécificité* technologique [de ses] dispositions ». Ces termes montrent le souhait du législateur que la *Loi* s’adapte et s’applique aux nouvelles technologies de façon à maintenir le juste équilibre entre les créateurs et les utilisateurs qui la sous‑tend dans son ensemble.
3. En tant que principe d’interprétation, la neutralité technologique attache plus de valeur au fond qu’à la forme en appliquant la *Loi sur le droit d’auteur* de manière uniforme, « peu importe le support ou son degré d’avancement technologique » : *SOCAN c. Bell*, par. 43. La neutralité technologique se présente sous deux formes différentes.
4. La première est le principe de neutralité du support, qui vise à assurer que la doctrine du droit d’auteur évolue de façon à incorporer les nouvelles technologies. Selon la prémisse fondamentale de ce principe, [traduction] « le droit d’auteur subsiste non seulement sur le support sur lequel l’œuvre est créée, mais sur tous les supports actuels et futurs sur lesquels l’œuvre pourrait être exprimée » : Cameron J. Hutchison, « Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC* » (2015), 13 *C.J.L.T.* 101, p. 110. Dans la mesure où l’expression créative survit au transfert sur un nouveau support, le droit d’auteur rattaché à l’œuvre survivra. La neutralité du support n’est toutefois pas restreinte à la protection des droits des créateurs quant à l’ensemble des nouveaux supports; elle peut aussi protéger les droits des utilisateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur quant à l’ensemble des nouveaux supports également. Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Robertson*:

Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* reflète le principe de neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d’auteur* continue de s’appliquer malgré l’usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d’une technologie plus avancée. [. . .] Le principe de la neutralité du support ne permet pas d’écarter les droits des auteurs — il a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue. [Je souligne; par. 49.]

1. La deuxième est le principe de l’équivalence fonctionnelle, qui exige que les tribunaux se concentrent sur la *fonction* de la technologie en cause plutôt que sur les modalités techniques de son *fonctionnement* lorsqu’ils interprètent les droits et les exceptions établis par la *Loi sur le droit d’auteur* : Cameron J. Hutchison, « Case Comment : The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589, p. 590. Ce principe oriente les tribunaux vers une interprétation de la *Loi* qui traite les technologies fonctionnellement équivalentes de façon similaire, sans s’embourber dans les modalités selon lesquelles l’œuvre est livrée : Carys J. Craig, « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », dans Michael Geist, dir., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271, p. 275. Le principe suppose également que, [traduction] « lorsqu’il n’existe aucun équivalent fonctionnel clair et préexistant, les tribunaux devraient éviter de mettre l’accent sur les détails de systèmes technologiques en particulier et plutôt interpréter les concepts fondamentaux du droit d’auteur d’une manière applicable à l’ensemble des technologies » : Craig, p. 275; voir également, Deborah Tussey, « Technology Matters : The Courts, Media Neutrality, and New Technologies » (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427; Gregory R. Hagen, « Technological Neutrality in Canadian Copyright Law », dans *The Copyright Pentalogy*,307, p. 317.
2. L’interprétation fonctionnelle de la neutralité technologique[traduction] « vise à éviter de rattacher une responsabilité pour violation du droit d’auteur aux technologies et aux activités qui, bien qu’elles puissent en théorie être visées par la *Loi*, ne font intervenir le droit d’auteur que de façon accessoire » : Hutchison (2015), p. 113; voir également Craig. Autrement dit, « le fond » surpasse « la forme » : Hutchison (2015), p. 111; voir également *SOCAN c. ACFI*. Ou, comme Maria A. Pallante, la directrice du Bureau du droit d’auteur aux É.‑U., l’a fait remarquer, [traduction] « les nouvelles technologies démontrent de plus en plus clairement que les reproductions ne sont pas toutes équivalentes à l’ère numérique. Certaines copies sont simplement accessoires à l’utilisation première prévue d’une œuvre, y compris lorsque les utilisations premières sont visées par une licence, et ces copies accessoires ne devraient pas être nécessairement traitées comme si elles étaient contrefaisantes » : « The Next Great Copyright Act » (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315, p. 325.
3. Cet aspect de la neutralité technologique trouve son expression dans bon nombre de décisions récentes de la Cour. Dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, par exemple, la Cour a examiné si la pratique de mise en antémémoire empêchait les fournisseurs de services Internet de bénéficier de la protection de l’art. 2.4 de la *Loi sur le droit d’auteur*, lequel protège ceux qui fournissent *seulement* le moyen de télécommunication « nécessair[e] pour que [le tiers] [. . .] effectue [la communication de l’œuvre] ». La Cour a conclu que les fournisseurs de services Internet étaient protégés par l’art. 2.4, même si leurs transmissions donnaient lieu à la création d’antémémoires. Comme l’a résumé le professeur Hutchison dans son article de 2015 :

[traduction] . . . la pratique de la mise en antémémoire est une innovation qui a aidé à promouvoir la diffusion des œuvres (un des objectifs du droit d’auteur) sans faire obstacle aux droits légitimes des titulaires d’un droit d’auteur. Autrement dit, il a été jugé que les copies accessoires ne relèvent pas du droit de reproduction puisque les intérêts de l’économie et de l’efficacité technologiques surpassent la production de simples copies techniques qui sont imperceptibles pour l’utilisateur ultime. [Note de bas de page omise; p. 114.]

1. De même, dans l’arrêt *Entertainment Software Association*,la Cour s’est penchée sur le sens du droit de communication énoncé à l’al. 3(1)*f*) de la *Loi sur le droit d’auteur* et a conclu qu’un tarif distinct ne devrait pas s’appliquer à des copies téléchargées pour la communication d’œuvres musicales. Puisqu’il engendre la création d’une copie numérique durable, le processus de téléchargement est essentiellement un exercice du droit de reproduction. Le simple fait que la copie soit livrée par Internet ne signifie pas qu’il s’agit d’une communication au sens où il faut l’entendre pour l’application de la *Loi*. L’activité centrale était l’élément principal de l’analyse juridique, et non le processus technologique accessoire par lequel elle a eu lieu.
2. Enfin, dans l’arrêt *Rogers c. SOCAN*, la Cour a examiné si la musique offerte en continu sur Internet à des utilisateurs individuels constituait une communication « au public » visée à l’al. 3(1)*f*) de la *Loi sur le droit d’auteur*.En concluant par l’affirmative, le juge Rothstein a fait observer que « la nature véritable de la communication » et non ses détails techniques était cruciale pour bien interpréter le sens de l’expression « au public » : par. 30. La protection du droit d’auteur ne devrait pas être entièrement tributaire « du modèle d’entreprise retenu par celui qui contreviendrait au droit d’auteur [. . .] [lorsque] le résultat est en fin de compte le même » : par. 40.
3. Ensemble, ces principes — la neutralité du support et l’équivalence fonctionnelle — ont pour effet de protéger le juste équilibre ancré dans la *Loi sur le droit d’auteur* entre les utilisateurs et les créateurs, ainsi qu’entre l’accès et la récompense.Comme la professeure Tussey l’a fait remarquer, [traduction] « [d]ans la mesure où l’équilibre en matière de droit d’auteur entre les incitatifs et l’accès a été bien établi pour une technologie qui existe déjà, le fait de traiter les équivalents fonctionnels de façon similaire devrait maintenir cet équilibre » : p. 479. L’analyse de la question de savoir si une activité donnée est assujettie à un droit d’auteur devrait donc être axée sur la nature essentielle de l’activité ou de son résultat plutôt que sur le processus par lequel elle survient.
4. C’est précisément pourquoi les antémémoires en cause dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, créées par suite des activités des fournisseurs de services Internet, n’ont pas élevé les fournisseurs au‑delà de la protection pour les personnes qui fournissent *seulement* le moyen de télécommunication nécessaire pour que le tiers effectue la communication de l’œuvre. L’activité centrale des fournisseurs était de fournir un agent de communication, et les antémémoires ont été créées dans le seul but d’offrir un service plus rapide et plus économique aux utilisateurs d’Internet.
5. C’est aussi pourquoi dans l’arrêt *Rogers c. SOCAN*,bien qu’une copie temporaire du fichier de musique soit transmise sur le disque dur de l’utilisateur dans le cadre du processus de transmission en continu de musique en ligne, la Cour a traité le processus de transmission en continu comme un exercice du droit de télécommunication, et non comme un exercice distinct du droit de reproduction. Ces copies temporaires étaient considérées comme une partie technique du processus de transmission en continu et ne transformaient pas l’activité centrale de communiquer l’œuvre par télécommunication.
6. Enfin, c’est pourquoi dans l’arrêt *Entertainment Software Association* — où la SOCAN voulait percevoir des redevances pour les exemplaires de jeux vidéo vendus et livrés sur Internet alors qu’elle ne peut percevoir de redevances pour les exemplaires de jeux vidéo vendus dans un magasin ou livrés par courrier — la Cour a conclu que les supports traditionnels et les supports plus avancés sur le plan technologique d’une même activité devraient être traités uniformément en application de la *Loi sur le droit d’auteur*:

Le principe de neutralité technologique veut que, sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétions la *Loi sur le droit d’auteur* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d’exigibilité d’une redevance qui soit uniquement fondé sur le *mode de livraison* de l’œuvre à l’utilisateur. Toute autre interprétation imposerait en fait un coût injustifié pour l’utilisation de technologies Internet plus efficaces. [En italique dans l’original; par. 9.]

1. De même, en l’espèce, la SODRAC tente de percevoir des redevances sur le *mode* de diffusion des œuvres musicales au public, en dépit du fait qu’elle n’ait jamais reçu auparavant de redevances pour des activités de diffusion.
2. La neutralité technologique — et, plus particulièrement, le principe de l’équivalence fonctionnelle — est une composante cruciale de toute interprétation raisonnable de l’application du droit de reproduction aux copies accessoires de diffusion.
3. La SRC a fait valoir que la tentative de la SODRAC de monnayer les copies accessoires de diffusion [traduction] « représente une subversion de l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur* en tentant de générer des rentes économiques au moyen d’un régime de licences aux couches multiples ».
4. Je suis d’accord. Le principe de neutralité technologique exige que l’interprétation et l’application de la *Loi sur le droit d’auteur* soient centrées sur le caractère essentiel de l’activité, et non sur les modalités techniques grâce auxquelles elle est réalisée. Le caractère essentiel du processus de *diffusion* ne change pas parce que des technologies numériques modernes dépendantes de la création de copies accessoires sont adoptées pour réaliser l’activité. Chaque copie accessoire de diffusion ne constitue pas une reproduction distincte de l’œuvre visée par la *Loi*simplement parce que les impératifs techniques de la diffusion exigent la création de multiples copies.Par conséquent, elles ne donnent pas droit à des redevances distinctes. Conclure autrement reviendrait à condamner tant la neutralité technologique que la capacité du droit d’auteur à préserver l’équilibre délicat établi entre les droits des titulaires d’un droit d’auteur et l’intérêt du public à ce que les œuvres créatives soient diffusées.
5. Traditionnellement, la diffusion était uniquement assujettie aux frais de communication. La décision de la Commission d’imposer des redevances à la SRC pour la création de copies effectuées accessoirement à la diffusion revient à conclure que la diffusion à l’ère numérique, par opposition à l’ère prénumérique, devrait être assujettie à deux types de frais pour la même activité. Comme l’a fait observer la Cour dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, ce résultat est préjudiciable à la fois aux utilisateurs et aux titulaires du droit d’auteur :

[traduction] Lorsque, à elle seule, une activité économique emporte l’application de plus d’un type de droit, chacun étant géré par une société de gestion collective distincte, la multiplicité des licences nécessaires peut entraîner une inefficacité. [. . .] Dès lors, le prix que doit verser l’utilisateur au total est trop élevé . . .

. . .

. . . l’octroi par plusieurs monopoles de gestion collective des licences nécessaires à l’exercice d’une seule activité crée des inefficiences dont souffre également la collectivité des titulaires du droit d’auteur . . .

(Par. 11, citant Ariel Katz, « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature? », dans Marcel Boyer, Michael Trebilcock et David Vaver, dir., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, p. 461‑463.)

1. Plus particulièrement, la Cour d’appel fédérale a eu tort d’indiquer que « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances ». À mon humble avis, cette affirmation contrevient au principe de neutralité technologique non seulement en imposant des redevances supplémentaires sur l’utilisation de technologies de diffusion plus efficaces qui dépendent de la création de copies et qui sont fonctionnellement équivalentes aux systèmes de diffusion traditionnels, mais aussi en liant erronément la rémunération des créateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur à l’efficacité avec laquelle l’utilisateur de ces œuvres exerce le droit qui lui a été accordé.
2. Qui plus est, les diffuseurs sont tenus d’effectuer certaines copies accessoires de diffusion afin de respecter la réglementation du CRTC. Ils doivent notamment tenir un registre de tout ce qui a été diffusé au cas où il y aurait une plainte du public ou une enquête. Donner aux créateurs d’œuvres diffusées une rémunération supplémentaire parce que la SRC, pour avoir le droit de diffuser, est tenue de créer des copies accessoires des œuvres afin de respecter le règlement, revient à donner aux créateurs une rémunération pour quelque chose à laquelle ils n’ont pas droit aux termes de la *Loi*.
3. En fait, il est difficile de voir comment la création de copies accessoires de diffusion fait intervenir les droits légitimes de reproduction des créateurs de l’œuvre d’une quelconque façon. Ces copies sont, pour reprendre les mots de la Cour dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, simplement un taxi technologique assurant la livraison du processus de diffusion numérique. Elles ne sont pas des enregistrements qui constituent une incarnation précise des œuvres protégées, elles ne sont pas livrées au téléspectateur ou à l’auditeur comme des copies durables et elles ne modifient aucunement le degré de contrôle que le compositeur exerçait auparavant sur la façon dont l’œuvre est présentée au public.
4. Le fait d’exclure les copies accessoires de diffusion de la portée du droit de reproduction prévu à l’al. 3(1)*d*) de la *Loi sur le droit d’auteur* ne porte pas préjudice aux intérêts légitimes des titulaires d’un droit d’auteur. Pratiquement tous les compositeurs représentés par la SODRAC pour l’administration des droits de reproduction de leurs œuvres sont également représentés par la SOCAN pour l’administration des droits de communication. Il est difficile de voir comment les objectifs de la *Loi sur le droit d’auteur* sont réalisés en permettant aux créateurs d’œuvres musicales de négocier à une table pour obtenir des redevances en échange du droit de diffuser leurs œuvres, et ensuite à une autre table pour obtenir des redevances supplémentaires pour les modalités techniques selon lesquelles ce même droit est exercé.
5. C’est pourquoi j’ai de la difficulté à accepter l’analyse du juge Rothstein. Son point de vue a pour effet de pénaliser les diffuseurs qui mettent en œuvre des technologies de diffusion innovantes en créant des droits artificiels à une rémunération en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur* pour des activités accessoires qui n’ont jamais été censées être visées par cette dernière. Le juge Rothstein commence sa discussion sur la portée du droit de reproduction visé par l’al. 3(1)*d*) en reconnaissant que la façon dont la Cour interprète l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur* a évolué depuis la conception centrée sur l’auteur de l’œuvre formulée dans l’arrêt *Bishop* jusqu’à celle du maintien du juste équilibre entre les droits des créateurs et la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles. Cet 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*, par. 31. Mon collègue reconnaît également le rôle que joue le principe de neutralité technologique tel qu’il a été énoncé plus récemment par la Cour dans l’arrêt *Entertainment Software Association* dans le maintien de cet équilibre. Dans cette mesure, je souscris à ses motifs. Toutefois, je ne puis souscrire à sa conclusion selon laquelle ces principes fondamentaux du droit en matière de droit d’auteur ont été écartés en l’espèce par le libellé de la *Loi sur le droit d’auteur*. Pour arriver à cette conclusion, il interprète littéralement l’al. 3(1)*d*), en lisant les termes de la disposition sans tirer bénéfice de l’objet et du contexte de la *Loi* pour vérifier sa véritable signification.
6. Le juge Rothstein attire notre attention sur les art. 30.8 et 30.9 de la *Loi sur le droit d’auteur* —qui créent des exceptions minutieusement calibrées et limitées pour certains genres d’enregistrements éphémères —afin de démontrer que le législateur souhaitait que les copies accessoires de diffusion fassent intervenir le droit de reproduction. Selon lui, en créant ces exceptions limitées au droit de reproduction, le législateur a confirmé que toutes les *autres* copies éphémères et accessoires étaient protégées par l’al. 3(1)*d*) de la *Loi*. Puisque les copies accessoires de diffusion en cause en l’espèce ne font pas partie des exceptions précises énumérées, le juge Rothstein accepte l’argument de la SODRAC selon lequel elles font forcément intervenir le droit de reproduction énoncé à l’al. 3(1)*d*).
7. Il existe une explication beaucoup plus plausible pour justifier ces exceptions restreintes, qui s’accorde mieux avec les objets généraux de la *Loi sur le droit d’auteur*. Comme le reconnaît la SODRAC, ces modifications ont été apportées en réponse à la décision rendue en 1990 par la Cour dans *Bishop.*Dans cet arrêt, la Cour a été appelée à déterminer si le fait de céder des droits d’exécution — le droit de diffuser une œuvre musicale — autorisait implicitement les enregistrements éphémères d’une exécution de l’œuvre dans le but de servir la diffusion. Le compositeur a fait valoir que le ruban préenregistré de son exécution faisait intervenir le droit de reproduction. La défenderesse n’a pas nié que pareille copie avait été effectuée, mais a soutenu qu’elle était « éphémère » et que, par conséquent, il ne devrait pas lui être rattaché une responsabilité pour violation du droit d’auteur. En interprétant littéralement l’al. 3(1)*d*) pour conclure que l’enregistrement éphémère mettait en cause les droits de reproduction du compositeur, la Cour a statué qu’une licence de reproduction distincte était nécessaire.
8. Les diffuseurs ont sollicité une intervention législative correctrice. Grâce à leurs efforts, les art. 30.8 et 30.9 ont été édictés. L’article 30.8 prévoit des dispositions pour les diffuseurs qui ont le droit de diffuser une exécution en direct, mais qui n’ont pas le droit d’effectuer des enregistrements de cette exécution. Sous réserve de conditions précises, cette disposition leur permet d’effectuer des enregistrements temporaires de la prestation pour les besoins de la diffusion sans obtenir une deuxième permission de la part du titulaire du droit d’auteur : Hugues G. Richard et Laurent Carrière, dir., *Canadian Copyright Act Annotated* (feuilles mobiles), p. 30.8‑9 et 30.8‑10. L’article 30.9 prévoit une exception pour les diffuseurs qui ont le droit de diffuser un enregistrement sonore, mais qui n’ont pas le droit d’en effectuer des copies. Il permet aux diffuseurs de convertir une exécution préenregistrée d’un support à un autre si cela est nécessaire pour les besoins de la diffusion : Richard et Carrière, p. 30.9‑7. Ces exceptions sont assujetties à des conditions précises, y compris que la copie soit effectuée par le diffuseur même pour sa propre diffusion et qu’elle ne peut être synchronisée avec quelque autre œuvre que ce soit. Les parties conviennent que ni l’une ni l’autre de ces dispositions ne s’applique aux copies accessoires de diffusion en cause en l’espèce.
9. Ces réponses législatives distinctes à une interprétation judiciaire précise de la *Loi sur le droit d’auteur* ne devraient pas, il me semble, être perçues comme une pierre de Rosette quant à la portée et à la signification du droit de reproduction. De plus, elles sont loin du libellé législatif exprès requis pour supplanter des objectifs et principes aussi fondamentaux qui sous‑tendent la *Loi sur le droit d’auteur* que ceux de la neutralité technologique et de l’équilibre. Cette approche a pour effet d’établir un nouveau précédent relativement à l’interprétation législative, un précédent qui est contraire à l’approche acceptée depuis longtemps qui exige que nous examinions les termes d’une loi « dans leur contexte global ».
10. Il me semble plus crédible d’interpréter les art. 30.8 et 30.9comme une façon d’assurer que certaines catégories d’enregistrements éphémères ne sont pas assujetties à des redevances. Ces dispositions répondaient à un arrêt de la Cour afin de *maintenir* la neutralité technologique, et *ne* constituaient *pas* un énoncé complet du contenu du droit de reproduction, ni ne dressaient la liste des types de copies qui le feront intervenir. Même si les art. 30.8 et 30.9 permettent d’illustrer la distinction entre les droits de diffusion et de reproduction et identifient spécifiquement certaines catégories de copies qui ne mettent pas en cause le droit de reproduction, à titre d’exceptions, ils sont d’une valeur limitée pour interpréter la portée du droit de reproduction visé au par. 3(1), une disposition édictée de nombreuses années plus tôt. Conclure autrement forcerait le législateur à rattraper constamment son retard à l’égard de courants technologiques inconnus et qui évoluent rapidement.
11. Cela m’amène à l’effet de l’arrêt *Bishop* sur le cas qui nous occupe. La Cour d’appel fédérale a conclu que la nature juridique des copies accessoires de diffusion en cause en l’espèce a été établie par cet arrêt de 1990. L’arrêt *Bishop*, toutefois, repose sur des fondements jurisprudentiels qui ont été révisés par la jurisprudence subséquente de la Cour. Tout d’abord, l’arrêt *Bishop* a explicitement adopté une interprétation littérale de l’al. 3(1)*d*) et du paragraphe introductif du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*: p. 484-485.
12. Dans les années qui ont suivi l’arrêt *Bishop*, la Cour a précisé que l’interprétation législative ne peut être fondée sur le seul libellé du texte de loi : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27,par. 21. Les objets de la *Loi sur le droit d’auteur* — y compris le principe proéminent de neutralité technologique et l’objectif de maintien de l’équilibre entre les utilisateurs et les titulaires d’un droit d’auteur — ont par conséquent pris une importance accrue dans l’exercice d’interprétation. Ces objets nous évitent d’interpréter le « droit de reproduction » comme englobant toute reproduction technique ou accessoire et nous mènent à adopter une approche visant à examiner s’il s’agit du genre de « reproduction » que la *Loi* visait à protéger. Ainsi, il faut examiner l’objet et l’effet de la reproduction — autrement dit, son contexte technologique.
13. Si, en revanche, nous adoptons une interprétation littérale du droit énoncé à l’al. 3(1)*d*) de la *Loi*, il n’y aura aucune place pour le principe de neutralité technologique dans l’interprétation des droits énoncés au par. 3(1) de la *Loi*. Conclure que le sens ordinaire de l’al. 3(1)*d*) et que l’issue de l’arrêt *Bishop* dictent la portée du droit de reproduction au lieu d’adopter une interprétation téléologique et neutre sur le plan de la technologie annulera, par conséquent, près de deux décennies de jurisprudence de la Cour quant à l’interprétation législative et en matière de droit d’auteur.
14. Puisque, à mon sens, la création de copies accessoires de diffusion ne constitue pas un exercice du droit de reproduction justifiant rémunération, j’estime qu’il n’est pas nécessaire d’examiner quelle valeur la Commission devrait accorder à ces copies. Cela dit, je suis préoccupée par la façon dont les juges majoritaires énoncent le principe de neutralité technologique et l’applique à la question de l’évaluation. La jurisprudence des treize dernières années depuis *Théberge* relative au droit d’auteur a construit les principes de mise en équilibre et de neutralité technologique étage par étage. Soit dit en tout respect, l’approche adoptée par les juges majoritaires établit une structure totalement nouvelle qui non seulement est complètement contraire à la jurisprudence établie, mais qui en démolit en outre les fondations. Cela a une incidence considérable et néfaste sur la façon dont est atteint l’équilibre entre les titulaires du droit d’auteur et les utilisateurs des œuvres protégées, cela s’écarte du principe de neutralité technologique énoncé dans *Entertainment Software Association* et cela crée de l’incertitude quant à la façon dont ce principe fonctionne.
15. Premièrement, dans *Théberge*, la Cour a conclu que la *Loi sur le droit d’auteur* établit un équilibre entre l’obtention d’une « juste récompense » pour le créateur des œuvres protégées et la « promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion » de telles œuvres : par. 30. Cette mise en équilibre tient compte de la question de savoir si les intérêts légitimes des titulaires du droit d’auteur sont mis en cause par l’usage qu’on se propose de faire de leurs œuvres protégées. L’application que font les juges majoritaires du principe de neutralité technologique perturbe la façon dont cet équilibre est établi. Ils proposent que la Commission tienne compte de deux nouveaux facteurs lorsqu’elle procède à cette mise en équilibre : (1) la nature de l’utilisation de l’œuvre protégée par le droit d’auteur avec la nouvelle technologie et (2) les risques pris par l’utilisateur et l’étendue de son investissement dans la nouvelle technologie. S’il est vrai que le premier facteur est compatible avec la mise en équilibre décrite dans *Théberge*, le second ne l’est pas. Il a pour effet de lier la compensation du titulaire du droit d’auteur aux actions de l’utilisateur qui n’ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et qui ne sont pas pertinentes. Si l’on suit le deuxième nouveau facteur ajouté par les juges majoritaires jusqu’à sa conclusion logique, il se pourrait qu’on en arrive à conclure que les utilisateurs qui font un investissement suffisamment important ou qui prennent un risque suffisamment grand peuvent, ce faisant, priver le titulaire du droit d’auteur de *quelque* droit *que ce soit* à une compensation pour l’utilisation des œuvres protégées.
16. Deuxièmement, la formulation du principe de neutralité technologique par les juges majoritaires en l’espèce constitue un changement important par rapport à sa formulation dans *Entertainment Software Association*. Comme le reconnaissent les juges majoritaires, le principe de neutralité technologique tel qu’il est formulé dans cet arrêt vise à préserver l’équilibre qui fait consensus entre les créateurs et les utilisateurs dans l’environnement numérique. Dans un cas comme celui‑là, où l’utilisation de la nouvelle technologie recoupe la *Loi sur le droit d’auteur*, le principe de neutralité technologique suppose l’examen de la question de savoir s’il existe une équivalence fonctionnelle entre la nouvelle technologie et l’ancienne d’une manière qui maintienne cet équilibre. L’accent porte sur *la fonction* exercée par la technologie et non pas sur son *fonctionnement*: *Entertainment Software Association*, par. 5 et 9‑10. Autrement dit, comme le juge Rothstein l’a lui‑même noté dans *Rogers c. SOCAN*, « [l]orsque l’acte est foncièrement identique, bien qu’il soit accompli par des moyens techniques différents, rien ne justifie d’établir une distinction entre les deux envois pour les besoins de l’application du droit d’auteur » : par. 29.
17. Comme la Cour l’a confirmé dans *Entertainment Software Association*, la neutralité technologique sert à éviter d’imposer des redevances additionnelles et injustifiées à l’utilisateur uniquement parce qu’il utilise des technologies plus efficaces : par. 9. Faire porter l’examen principalement sur la valeur que crée la technologie pour l’utilisateur, comme le font les juges majoritaires, plutôt que sur le résultat fonctionnel créé par la technologie, revient à interpréter erronément la neutralité technologique. Une innovation technologique peut créer de la valeur pour l’utilisateur en augmentant l’efficacité des processus, en réduisant les coûts ou en lui permettant de rester compétitif. Mais comme la Cour l’a fait remarquer dans *Entertainment Software Association*, le titulaire du droit d’auteur comme la SODRAC n’a pas le droit de recevoir une compensation pour l’efficacité avec laquelle un utilisateur comme la SRC se sert de la technologie pour mener à bien ses activités de diffusion. Ces gains n’ont rien à voir ni avec les intérêts légitimes du titulaire du droit d’auteur ni avec l’équilibre établi entre ce dernier et l’utilisateur.
18. Les conclusions des juges majoritaires ont pour effet de créer une incertitude quant à l’objet et à l’application du principe de neutralité technologique dans l’interprétation et l’application de la *Loi sur le droit d’auteur*, une incertitude pour les utilisateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur quant à la façon d’exercer leurs droits et activités autorisés sans encourir une responsabilité supplémentaire pour violation du droit d’auteur, ainsi qu’une incertitude quant à la « valeur » des activités accessoires. Ces conclusions reviennent également à accepter les systèmes de licences aux couches multiples selon lesquels, plutôt que d’assujettir l’activité centrale de diffusion à une licence, les licences sont accordées pour l’activité centrale de même que pour ses composantes en fonction uniquement de la méthode choisie pour effectuer l’activité centrale autorisée. Ainsi, des coûts injustifiés seraient imposés aux diffuseurs simplement pour l’utilisation de technologies plus efficaces qui ne font pas intervenir les intérêts légitimes des titulaires du droit d’auteur. Il s’agit là des conséquences mêmes que la Cour a estimées proscrites par le principe de neutralité technologique dans l’arrêt *Entertainment Software Association*.
19. Pour conclure, en appliquant la norme de la décision raisonnable et en examinant les motifs de la Commission dans leur ensemble, je suis d’avis que sa décision d’imposer des redevances pour les copies accessoires de diffusion était déraisonnable. Par conséquent, il est inutile d’examiner la question de l’évaluation.
20. Pourquoi appliquer la norme de la décision raisonnable? Voilà qui nous amène encore une fois à l’enfant prodige de la Cour, la norme de contrôle. La route est déjà encombrée de trop de confusion, et même si j’hésite à ajouter des paroles dans un espace déjà trop encombré, je crains que les juges majoritaires n’aient créé sur le chemin une autre fourche déroutante.
21. La question principale en l’espèce est celle de savoir si la Commission du droit d’auteur aurait dû imposer des redevances à la SRC pour la création de copies accessoires qui découlent de la partie technique du processus de diffusion numérique. Cette question est au cœur du mandat spécialisé de la Commission du droit d’auteur et est, par conséquent, susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.
22. En l’espèce, plutôt que d’examiner la décision de la Commission du droit d’auteur dans son ensemble, le juge Rothstein relève pas moins de cinq questions distinctes, dont chacune, affirme‑t‑il, emporte sa propre analyse de la norme de contrôle. Une de ces questions, à savoir « si la *LDA* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC », justifierait un examen selon la norme de la décision correcte, alors que les quatre autres devraient être examinées selon la norme de la décision raisonnable. En appliquant ces normes concurrentes aux différentes parties de la décision de la Commission du droit d’auteur, il conclut en définitive que la Commission du droit d’auteur a eu raison de tenir pour acquis que les copies accessoires de diffusion font intervenir le droit de reproduction en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur*, mais que certaines de ses conclusions à l’égard des autres questions étaient raisonnables, alors que d’autres ne l’étaient pas. Soit dit en tout respect, cette conclusion pousse le contrôle judiciaire de l’autre côté du miroir.
23. Il est vrai que, dans l’arrêt *Rogers c. SOCAN*, les juges majoritaires ont conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte relativement aux questions de droit pour lesquelles la Commission du droit d’auteur et les cours de justice partagent une compétence concurrente : par. 15. Or, dans ce pourvoi, « [s]eul le sens des mots “au public” employés à l’al. 3(1)*f*) de la [*Loi* *sur le droit d’auteur*] [faisait] l’objet du litige » : par. 2. Après avoir tranché la question de droit, les juges majoritaires ont appliqué cette conclusion aux faits : par. 53‑56.Aucune autre normede contrôle n’a été analysée, considérée, ni appliquée. En l’espèce, la Commission a décidé d’imposer des redevances pour la création de copies accessoires de diffusion. Le juge Rothstein non seulement met à l’écart à titre de question de droit celle de savoir si la *Loi sur le droit d’auteur* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC, mais il subdivise le reste de la décision en parties séparées emportant chacune l’application de leur propre norme de contrôle. Cette façon de procéder est à la fois nouvelle et régressive. Elle a également été proscrite par la Cour dans l’arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc*., [2007] 1 R.C.S. 650, par. 100.
24. Soit dit en tout respect, traiter séparément les diverses parties de la décision et assujettir chacune d’entre elles à sa propre analyse de la norme de contrôle représente un changement important et inexplicable dans la jurisprudence de la Cour en matière de norme de contrôle, affaibli également le cadre formulé minutieusement approuvé par la Cour dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, et risque de créer un modèle non fonctionnel pour le contrôle judiciaire des décisions administratives.
25. Cette dernière dérive orchestrée par le juge Rothstein des plaques tectoniques de l’univers du contrôle judiciaire — dégager les divers aspects d’une décision d’un tribunal pour les assujettir à leur propre analyse de la norme de contrôle — crée encore plus de confusion dans un domaine de la jurisprudence qui a déjà été inutilement alourdi par trop d’exceptions durant les quelques années depuis que la Cour a rendu l’arrêt *Dunsmuir*. La décision d’un tribunal comporte toujours beaucoup de parties. Obliger les cours de révision à évaluer séparément la norme applicable à chacune de ces parties, puis à décider combien de ces parties doivent être jugées déraisonnables ou incorrectes pour pouvoir surpasser les parties qui sont jugées raisonnables ou correctes peut mener, à mon humble avis, à des résultats absurdes. Les cours de révision seront obligées de se demander combien il faut de parties déraisonnables ou incorrectes dans la décision pour justifier une intervention judiciaire.
26. Le fait de diviser une décision en plusieurs parties augmente également le risque qu’une cour de révision trouve une erreur pour justifier son intervention dans la décision du tribunal et pourrait bien être perçu comme une tentative à peine voilée de conférer aux cours chargées de contrôles judiciaires un pouvoir discrétionnaire plus large pour intervenir dans les décisions administratives. Cela reviendrait essentiellement à réintroduire la « doctrine de la condition préalable », abandonnée depuis longtemps, selon laquelle les tribunaux interprétaient l’« erreur de compétence » d’une façon si large et approfondie qu’ils pouvaient en effet substituer leur propre opinion à celle du tribunal sur pratiquement tous les aspects de la décision. La doctrine de la condition préalable était une tactique judiciaire qui permettait aux cours de justice d’intervenir et de substituer leurs propres visions à celles des tribunaux administratifs. Il s’agit d’une tactique que l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau‑Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, a cherché à éliminer et que l’arrêt *Dunsmuir* a cherché à enterrer. Ses héritiers spirituels devraient recevoir le même traitement.
27. Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

1. La juge Karakatsanis (dissidente) — Je suis d’accord avec ma collègue la juge Abella quant au fond et quant au résultat. J’écris toutefois les présents motifs parce que je ne peux pas accepter son point de vue quant à la norme de contrôle. Il y a une présomption que les décisions du tribunal spécialisé dont il est question en l’espèce sont assujetties à la norme de la décision raisonnable. Cela dit, je suis d’accord avec le juge Rothstein pour dire que la question de droit en litige, qui consiste à se demander si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction, doit être revue suivant la norme de la décision correcte, aux termes de notre décision dans *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 10-20. Puisque la présomption n’a été renversée à aucun autre égard, la norme de contrôle de la décision raisonnable s’applique au reste de la décision sur la licence légale ainsi qu’à la décision sur la licence provisoire : dossiers de la Commission du droit d’auteur nos 70.2‑2008‑01, 70.2‑2008‑02, 2 novembre 2012 (en ligne), et dossier no70.2‑2012‑01, 16 janvier 2013 (en ligne), respectivement.
2. Cela dit, je ne souscris pas à l’approche générale adoptée par mon collègue le juge Rothstein pour analyser la norme de contrôle. Je redoute une méthode qui examine chaque élément contesté d’une décision d’un tribunal individuellement et qui lui attribue une norme de contrôle spécifique. La jurisprudence de la Cour permet d’isoler exceptionnellement une question de droit en particulier; elle n’*exige* pas de procéder à une analyse distincte de la norme de contrôle pour chaque question. Je crains qu’une approche qui se penche sur les questions une à la fois, n’ajoute aux observations et à l’analyse requises pour établir la norme de contrôle dans chaque cas. Cela complique inutilement un domaine du droit déjà tarabiscoté.
3. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

**ANNEXE**

*Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C‑42 (version en vigueur au moment pertinent)

**3.**(1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

. . .

*d*) s’il s’agit d’une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d’en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l’aide desquels l’œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

. . .

*f*) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

. . .

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes.

**30.8** (1) Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait, pour une entreprise de programmation de fixer ou de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, une œuvre — sauf une œuvre cinématographique — ou une prestation d’une telle œuvre exécutée en direct, ou un enregistrement sonore exécuté en même temps que cette œuvre ou cette prestation, pourvu que :

*a*) l’entreprise ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;

*b*) elle réalise la fixation ou la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;

*c*) la fixation ou la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d’une autre œuvre ou prestation ou d’un autre enregistrement sonore;

*d*) la fixation ou la reproduction ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) L’entreprise doit inscrire, dans un registre qu’elle tient à jour, la date de la fixation ou de la reproduction et, le cas échéant, celle de la destruction, ainsi que tout autre renseignement visé par règlement concernant la fixation ou la reproduction.

(3) Elle met ce registre à la disposition du titulaire du droit d’auteur ou de son représentant pour inspection dans les vingt‑quatre heures qui suivent la réception d’une demande à cet effet.

(4) Elle est tenue de détruire la fixation ou la reproduction dans les trente jours de sa réalisation, sauf si elle reçoit l’autorisation à l’effet contraire du titulaire du droit d’auteur ou si elle a fait le dépôt visé au paragraphe (6).

(5) Lorsque le titulaire du droit d’auteur l’autorise à garder la fixation ou la reproduction au‑delà du délai de trente jours, elle doit verser les redevances afférentes, le cas échéant.

(6) Si elle estime que la fixation ou la reproduction réalisée dans les conditions visées au paragraphe (1) présente un caractère documentaire exceptionnel, l’entreprise peut, avec le consentement des archives officielles, la déposer auprès de celles‑ci. Le cas échéant, elle avise le titulaire du droit d’auteur du dépôt dans les trente jours qui suivent.

(7) Au paragraphe (6), « archives officielles » s’entend de Bibliothèque et Archives du Canada et des établissements qui sont constitués en vertu d’une loi provinciale pour la conservation des archives officielles de la province.

(8) Le présent article ne s’applique pas dans les cas où l’entreprise peut obtenir, par l’intermédiaire d’une société de gestion, une licence l’autorisant à faire une telle fixation ou reproduction.

(9) Pendant la période visée au paragraphe (4), une entreprise de radiodiffusion au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* peut, si elle fait partie d’un réseau désigné par règlement dont fait aussi partie l’entreprise de programmation et pourvu qu’elle remplisse les conditions visées au paragraphe (1), faire une seule reproduction de cette fixation ou reproduction et la communiquer au public par télécommunication.

(10) Le cas échéant, les paragraphes (2) à (6) s’appliquent, les délais en cause étant calculés à compter de la date de la réalisation de la fixation ou reproduction par l’entreprise de programmation.

(11) Pour l’application du présent article, « entreprise de programmation » s’entend, selon le cas :

*a*) au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*;

*b*) d’une telle entreprise qui produit des émissions dans le cadre d’un réseau au sens de cette loi;

*c*) d’une entreprise de distribution, au sens de la même loi, pour les émissions qu’elle produit elle‑même.

Dans tous les cas, elle doit être titulaire d’une licence de radiodiffusion délivrée, en vertu toujours de la même loi, par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

**30.9** (1) Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait pour une entreprise de radiodiffusion de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, un enregistrement sonore ou une prestation ou œuvre fixée au moyen d’un enregistrement sonore aux seules fins de les transposer sur un support en vue de leur radiodiffusion, pourvu que :

*a*) elle en est le propriétaire et qu’il s’agisse d’exemplaires autorisés par le titulaire du droit d’auteur;

*b*) elle ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;

*c*) elle réalise la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;

*d*) la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d’une autre œuvre ou prestation ou d’un autre enregistrement sonore;

*e*) elle ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) L’entreprise doit inscrire, dans un registre qu’elle tient à jour, la date de la reproduction ainsi que, le cas échéant, celle de la destruction, ainsi que tout autre renseignement visé par règlement concernant la reproduction.

(3) Elle met ce registre à la disposition du titulaire du droit d’auteur ou de son représentant pour inspection dans les vingt‑quatre heures qui suivent la réception d’une demande à cet effet.

(4) Elle est tenue — sauf autorisation à l’effet contraire du titulaire du droit d’auteur — de détruire la reproduction dans les trente jours de sa réalisation ou, si elle est antérieure, soit à la date où l’enregistrement sonore ou la prestation ou œuvre fixée au moyen d’un enregistrement sonore n’est plus en sa possession.

(5) Lorsque le titulaire du droit d’auteur l’autorise à garder la reproduction, elle doit verser les redevances afférentes, le cas échéant.

(6) Le présent article ne s’applique pas dans les cas où l’entreprise peut obtenir, par l’intermédiaire d’une société de gestion, une licence l’autorisant à faire une telle fixation ou reproduction.

(7) Pour l’application du présent article, « entreprise de radiodiffusion » s’entend d’une entreprise de radiodiffusion, au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui est titulaire d’une licence de radiodiffusion délivrée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes en vertu de cette loi.

**66.51** La Commission peut, sur demande, rendre des décisions provisoires.

**66.6** (1) La Commission peut, avec l’approbation du gouverneur en conseil, prendre des règlements régissant :

*a*) la pratique et la procédure des audiences, ainsi que le quorum;

**70.2** (1) À défaut d’une entente sur les redevances, ou les modalités afférentes, relatives à une licence autorisant l’intéressé à accomplir tel des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, la société de gestion ou l’intéressé, ou leurs représentants, peuvent, après en avoir avisé l’autre partie, demander à la Commission de fixer ces redevances ou modalités.

(2) La Commission peut, selon les modalités, mais pour une période minimale d’un an, qu’elle arrête, fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la licence. Dès que possible après la fixation, elle en communique un double, accompagné des motifs de sa décision, à la société de gestion et à l’intéressé, ou au représentant de celui‑ci.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges* Abella *et* Karakatsanis *sont dissidentes.*

Procureurs de l’appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs des intimées : Matteau Poirier avocats inc., Montréal.

Procureurs des intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz : Macera & Jarzyna, 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 intervenantes l’Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, l’Association canadienne des éditeurs de musique et la Confédération internationale des éditeurs de musique : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs des intervenants Music Canada, la Fédération internationale de l’industrie phonographique, le Conseil canadien des associations de l’industrie musicale, l’Association canadienne de la musique indépendante et l’Association québécoise de l’industrie du disque, du spectacle et de la vidéo : McCarthy Tétrault, Toronto.

1. La présente affaire concerne le pouvoir de la Commission prévu à l’art. 70.2 de la *LDA* de fixer les redevances. La question des facteurs dont un tribunal peut tenir compte pour évaluer les redressements monétaires par suite d’une infraction n’est pas tranchée en l’espèce et le sera, le cas échéant, lorsque la Cour sera saisie d’une cause portant sur la question. [↑](#footnote-ref-1)
2. Lors de l’audience tenue devant la Cour, l’avocat des intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz a soulevé brièvement des préoccupations relativement au pouvoir de la Commission de rendre rétroactivement des décisions obligatoires en général. Cette question n’a pas été directement soumise à la Cour dans la présente affaire, et je n’entends pas me prononcer ici sur des questions plus générales concernant la légitimité ou les limites du pouvoir de la Commission de rendre des décisions rétroactives. [↑](#footnote-ref-2)