

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20100902

Dossier : A-521-07

Référence : 2010 CAF 221

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE LÉTOURNEAU
LE JUGE NADON
LE JUGE PELLETIER**

ENTRE :

**ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION et
ASSOCIATION CANADIENNE DU LOGICIEL DE DIVERTISSEMENT**

demandereses

et

**LA SOCIÉTÉ CANADIENNE DES COMPOSITEURS, AUTEURS ET ÉDITEURS DE
MUSIQUE**

intimée

et

CMRRA/SODRAC INC.

intervenantes

Audience tenue à Montréal (Québec), le 3 mai 2010.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 2 septembre 2010.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE PELLETIER

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE LÉTOURNEAU
LE JUGE NADON**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20100902

Dossier : A-521-07

Référence : 2010 CAF 221

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE LÉTOURNEAU
LE JUGE NADON
LE JUGE PELLETIER**

ENTRE :

**ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION et
ASSOCIATION CANADIENNE DU LOGICIEL DE DIVERTISSEMENT**

demandereses

et

**LA SOCIÉTÉ CANADIENNE DES COMPOSITEURS, AUTEURS ET ÉDITEURS DE
MUSIQUE**

intimée

et

CMRRA/SODRAC INC.

intervenantes

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE PELLETIER

INTRODUCTION

[1] Il s'agit de la dernière d'une série de demandes de contrôle judiciaire générées par la décision de la Commission du droit d'auteur (la Commission) concernant la musique sur Internet.

La présente demande est déposée par les éditeurs de logiciel de divertissement qui contestent un certain nombre des conclusions de la Commission. La décision de la Commission quant à l'assujettissement des sites de jeux Internet à un tarif figure dans sa décision datée du 18 octobre 2007 (la décision concernant le Tarif 22.A) tandis que les caractéristiques du tarif en lui-même figurent dans la décision de la Commission datée du 24 octobre 2008 (la décision concernant les Tarif B à G), plus particulièrement la partie de la décision concernant le T – Sites de jeux. Dans la présente demande, seule la décision concernant le Tarif 22.A est en litige.

[2] Les demanderesses, l'Entertainment Software Association et l'Association canadienne du logiciel de divertissement du Canada (collectivement, ESA), sont des associations de l'industrie qui représentent la plus grande partie des éditeurs de produits logiciels de divertissement interactif en Amérique du Nord. La Société canadienne des compositeurs, auteurs et éditeurs de musique (SOCAN) est une société collective qui administre les droits d'exécuter et de communiquer des œuvres musicales à l'intention du public par voie de télécommunication. Les intervenantes CMRRA/SODRAC sont des sociétés de gestion qui administrent le droit de reproduire les œuvres musicales protégées au Canada. À toutes les fins pratiques, les intervenants appuient la thèse adoptée par la SOCAN. En conséquence, les renvois à la SOCAN devraient être considérés comme un renvoi aux intimées et aux intervenantes.

[3] L'ESA soutient que la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le téléchargement d'un jeu vidéo qui comprend de la musique constitue une communication de cette musique au public par télécommunication, conformément à l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit*

d'auteur, L.R.C. 1985, ch. c-42 (la Loi). L'ESA fait également valoir que la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a certifié le Tarif 22.G alors que la SOCAN n'a déposé aucun élément de preuve pour établir que le tarif était juste et équitable, tel que l'exige la Loi. Enfin, l'ESA soutient que la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a rejeté ou a omis de donner effet à ses éléments de preuve ayant trait à la pratique de l'industrie concernant l'obtention de droits au contenu musical des jeux électroniques. Elle affirme que l'omission de la Commission de donner effet à ces éléments de preuve entraînera une double indemnisation aux compositeurs de la musique.

[4] Je suis d'avis que les arguments de l'ESA ne sont pas bien fondés. En conséquence et pour les motifs suivants, je rejeterais la demande de contrôle judiciaire.

LES FAITS

[5] La Commission a résumé les éléments de preuve de l'ESA comme suit :

[TRADUCTION]

L'utilisation de la musique dans des jeux vidéo en ligne et dans les sites d'éditeurs de jeux est marginale. Les jeux vidéo consistent en des millions de lignes de code de logiciel qui, lorsqu'ils sont joués par l'utilisateur final, traitent les données entrées par l'utilisateur et génèrent un résultat audiovisuel. Ce résultat est habituellement composé de nombreuses composantes, y compris des images de l'environnement du jeu, les caractères et les objets, ainsi que des segments de vidéos de mouvement complet, un texte narratif et des voix hors champ, ainsi que des effets sonores. La composante de musique d'un jeu vidéo consiste habituellement en une partie d'une minute du résultat audiovisuel générale et, selon les observations de l'ESA, en une partie équivalente négligeable du programme logiciel général qui constitue un jeu vidéo. Entre 0 % et 5 % du budget de développement de jeux peut être attribués à la musique. En général, un éditeur d'un jeu vidéo conclura une entente avec un titulaire de droits des tiers pour fournir la musique à intégrer dans le jeu vidéo. ESA soutient donc que les titulaires de droits sont entièrement indemnisés avant la publication du jeu.

Décision concernant le Tarif 22.A, au paragraphe 75.

[6] L'ESA a déposé auprès de la Commission un certain nombre d'échantillons d'ententes utilisées par certains de ses membres pour étayer sa thèse selon laquelle les titulaires de droits avaient déjà été entièrement indemnisés.

.

LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

[7] La Commission a examiné les arguments de l'ESA aux paragraphes 122 à 126 de la Décision concernant le Tarif 22.A.

[8] La Commission a rejeté l'argument de l'ESA selon lequel le ludiciel ne constitue pas de la musique, même s'il peut contenir des segments musicaux. Elle a conclu que la transmission de jeux sur Internet concerne la transmission de la musique intégrée dans les jeux, tout comme la transmission d'une émission de télévision contenant de la musique constituait une transmission simultanée de la musique contenue dans l'émission de télévision.

[9] En ce qui concerne l'argument selon lequel les membres de l'ESA ont acquis les droits visés par le tarif, les titulaires de droits, la Commission a conclu que, vu la différence entre le droit d'auteur canadien et le droit d'auteur américain, les membres de l'ESA n'ont pas acquis les droits qu'ils croyaient avoir acquis.

[10] L'ESA a soutenu devant la Commission que la SOCAN n'avait pas déposé des éléments de preuve suffisants pour lui permettre d'établir un tarif juste et équitable. La Commission a également rejeté cet argument. Elle a procédé selon le fondement que la SOCAN avait droit à un tarif.

L'absence d'éléments de preuve peut bien être pertinente quant au montant du tarif, mais non au droit d'établir un tarif. De même, il n'existe aucune règle *de minimis* en vertu de laquelle un tarif ne peut être certifié que si un certain seuil de contenu musical est atteint.

[11] Enfin, la Commission a rejeté l'argument selon lequel la question liée à l'indemnisation des titulaires devrait être réglée au moyen de contrats conclus entre la SOCAN et les usagers de musique, comme les membres de l'ESA. Elle a conclu que la nature du régime de la SOCAN empêchait cette possibilité, en renvoyant à une de ses décisions antérieures dans laquelle elle avait discuté des questions soulevées dans cette approche.

[12] La Commission a finalement rejeté tous les arguments de l'ESA contre l'établissement d'un tarif.

ÉNONCÉ DES QUESTIONS EN LITIGE

[13] Devant notre Cour, comme il l'a fait devant la Commission, l'ESA a contesté la décision selon laquelle les téléchargements de musique constituaient une communication de cette musique au public par télécommunication, conformément à l'alinéa 3(1)f) de la Loi. La Cour a tranché cette question dans une décision publiée en même temps que la présente décision, *Bell Canada et al. c Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2010 CAF 220 (*Bell Canada*) dans laquelle notre Cour a examiné attentivement la décision de la Commission et la jurisprudence applicable et a conclu que le téléchargement d'un fichier de musique ou une suite constituait, en fait, une communication de cette œuvre musicale au public par télécommunication et a rejeté ces

demandes de contrôle judiciaire. Puisque la présente demande a été regroupée avec celles tranchées dans *Bell Canada*, les conclusions dans cette décision lient également l'ESA. Par conséquent, je n'ai pas l'intention d'examiner cette question de nouveau dans les présents motifs.

[14] Les autres questions soulevées par l'ESA peuvent être formulées comme suit :

- 1- La Commission a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu que les sites de jeux vidéo étaient assujettis à un tarif à l'égard de la communication d'œuvres musicales au public, vu le rôle mineur que la musique joue dans les jeux vidéo?
- 2- La Commission a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a certifié un tarif alors que la SOCAN n'a pas déposé des éléments de preuve suffisants pour justifier le caractère raisonnable du tarif qu'elle a proposé?
- 3- La Commission a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle n'a pas tenu compte des éléments de preuve d'ententes contractuelles conclues entre les membres de l'ESA et les créateurs de musique, lorsqu'elle n'a pas attribué une valeur probante appropriée à ces éléments de preuve et lorsqu'elle n'a pas donné de motifs suffisants pour n'avoir pas tenu compte de ces éléments de preuve?

DISCUSSION

La norme de contrôle

[15] La Commission est un tribunal spécialisé qui tranche abondamment de questions en matière du droit d'auteur. La Loi est sa loi habilitante. Elle a donc droit à la retenue en ce qui concerne son interprétation de cette Loi : voir *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 857, au paragraphe 54. La question en litige est une question mixte de fait et de droit. Si la Commission a droit à la retenue quant aux questions qui sont de pures questions de droit et qu'elle a droit à la retenue quant à ces conclusions de fait, elle doit nécessairement avoir droit à la retenue

quant aux questions mixtes de fait et de droit concernant l'application de sa loi habilitante aux faits d'une affaire.

1- La Commission a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu que les sites de jeux vidéo étaient assujettis à un tarif à l'égard de la communication d'œuvres musicales au public, vu le rôle mineur que la musique joue dans les jeux vidéo?

[16] Dans la décision concernant le tarif 22.A, la Commission a rejeté l'idée selon laquelle il existe une règle *de minimis* en ce qui concerne la certification de tarifs. Tant que la musique est exécutée ou communiquée au public par télécommunication, la SOCAN a droit à la certification d'un tarif à l'égard de cette utilisation. Le montant du tarif peut bien varier en fonction de l'utilisation, mais l'exécution ou la communication confèrent à la SOCAN le droit de demander un tarif et justifient la certification par la Commission d'un tarif juste et équitable concernant cette utilisation.

[17] Les paragraphes 19(2) et 67.1(4) de la Loi sont reproduits ci-dessous :

19. (1) Sous réserve de l'article 20, l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication — à l'exclusion de toute retransmission — de l'enregistrement sonore publié.

(2) En vue de cette rémunération, quiconque exécute en public ou communique au public par télécommunication l'enregistrement sonore publié doit verser des redevances :

19. (1) Where a sound recording has been published, the performer and maker are entitled, subject to section 20, to be paid equitable remuneration for its performance in public or its communication to the public by telecommunication, except for any retransmission.

(2) For the purpose of providing the remuneration mentioned in subsection (1), a person who performs a published sound recording in public or communicates it to the public by telecommunication is liable to pay royalties

a) dans le cas de l'enregistrement sonore d'une oeuvre musicale, à la société de gestion chargée, en vertu de la partie VII, de les percevoir;
b) dans le cas de l'enregistrement sonore d'une oeuvre littéraire ou d'une oeuvre dramatique, soit au producteur, soit à l'artiste-interprète.

(a) in the case of a sound recording of a musical work, to the collective society authorized under Part VII to collect them; or
(b) in the case of a sound recording of a literary work or dramatic work, to either the maker of the sound recording or the performer.

67.1 (4) Le non-dépôt du projet empêche, sauf autorisation écrite du ministre, l'exercice de quelque recours que ce soit pour violation du droit d'exécution en public ou de communication au public par télécommunication visé à l'article 3 ou pour recouvrement des redevances visées à l'article 19.

67.1 (4) Where a proposed tariff is not filed with respect to the work, performer's performance or sound recording in question, no action may be commenced, without the written consent of the Minister, for
(a) the infringement of the rights, referred to in section 3, to perform a work in public or to communicate it to the public by telecommunication; or
(b) the recovery of royalties referred to in section 19.

[18] Ces dispositions indiquent clairement que le mécanisme de recouvrement d'indemnisation pour l'exécution et la communication au public par télécommunication des enregistrements sonores est l'exécution de tarifs approuvés par les sociétés de gestion. Sans un tarif, il n'existe, sur le plan pratique, aucun droit à une indemnisation. Un tel régime ne se prête pas en soi à l'application d'une règle *de minimis*. La conclusion de la Commission relative à cette question est raisonnable.

2- La Commission a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a certifié un tarif alors que la SOCAN n'a pas déposé des éléments de preuve suffisants pour justifier le caractère raisonnable du tarif qu'elle a proposé?

[19] L'ESA a soutenu que la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a certifié un tarif alors que la SOCAN n'a pas déposé des éléments de preuve suffisants pour justifier le caractère « juste et équitable » du tarif. La Commission avait rejeté antérieurement des arguments de cette nature. Dans

Re Statement of Royalties to be collected for Performances or Communication by Telecommunication, in Canada, of Musical or Dramato-Musical Works in 1994, 1995, 1996, and 1997, (1997) 71 C.P.R. (3^e) 199, la Commission a rédigé ce qui suit à la page 202 :

La Commission a répété à plusieurs reprises qu'elle n'est liée ni par ces règles, ni par celles portant sur le fardeau de la preuve. La SOCAN a droit à un tarif. Les usagers ne peuvent espérer faire abolir un tarif au seul motif que la SOCAN n'aurait pas présenté une preuve prépondérante en faveur du maintien du tarif, ou encore, comme l'a énoncé le conseiller juridique de l'Association, [TRADUCTION] « vu l'absence de preuve » en faveur de ce maintien.

[20] Je souscris à ces commentaires. Le régime d'administration collective dépend de la certification de tarifs. Ce système, qui vise à établir un équilibre entre les droits des créateurs et des usagers, ne peut être entravé par une approche trop rigoureuse en matière d'évaluation du fondement en vertu duquel un tarif est certifié. En l'espèce, le taux de base de 0,08 % des recettes a été suggéré à l'origine par l'ESA elle-même et a finalement été accepté par la Commission. La décision de la Commission relative à cette question est raisonnable.

3- La Commission a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle n'a pas tenu compte des éléments de preuve d'ententes contractuelles conclues entre les membres de l'ESA et les créateurs de musique, lorsqu'elle n'a pas attribué une valeur probante appropriée à ces éléments de preuve et lorsqu'elle n'a pas donné des motifs suffisants pour n'avoir pas tenu compte de ces éléments de preuve?

[21] L'argument de l'ESA à cet égard équivalait à un argument, fondé sur un échantillon d'ententes utilisées par certains de ses membres, selon lequel tous ses membres utilisaient des ententes semblables pour obtenir tous les droits applicables des titulaires de droits. Le problème relatif à cette approche a été indiqué clairement par une concession faite par l'avocat de l'ESA devant la Commission :

[TRADUCTION]

LE PRÉSIDENT : Vous indiquez dans vos observations et dans vos éléments de preuve que vous n'utilisez pas le répertoire de la SOCAN.

M^{ME} BERTRAND : Rarement, mais cela pourrait arriver.

LE PRÉSIDENT : Mais cela pourrait arriver?

M^{ME} BERTRAND : Oui, et ensuite la réalité est que, si cela arrive, nous sommes là.

Mémoire des faits et du droit de la SOCAN, au paragraphe 40.

Dans ce contexte, j'estime que « là » signifie que la SOCAN aurait droit à la certification d'un tarif.

[22] De plus, la SOCAN a reconnu ce qui suit dans son mémoire des faits et du droit :

[TRADUCTION]

Dans la mesure où l'exploitant d'un site Web de jeux vidéo peut établir que tous les droits de musique en ce qui concerne la musique utilisée dans son site ont été approuvés aux fins d'utilisation au Canada, l'exploitant de ce site Web ne serait pas tenu de payer des redevances à la SOCAN et/ou d'obtenir une licence de cette dernière.

Mémoire des faits et du droit de la SOCAN, au paragraphe 37.

[23] Dans ce contexte, il est évident que l'ESA exagérerait lorsqu'elle a soutenu, en fonction d'un échantillon d'un certain nombre de contrats utilisés, qu'aucun tarif ne devrait être certifié. En pratique, dans les cas où l'exploitant du site de jeu avait le droit de communiquer la musique au public, aucune redevance ne serait à payer en vertu d'un tarif certifié par la Commission. Lorsque

l'exploitant ne pouvait pas démontrer qu'il avait les droits qu'il a revendiqués, des redevances devront être versées conformément au tarif.

[24] Il est évident que la Commission a tenu compte des éléments de preuve de l'ESA lorsqu'elle est parvenue à sa décision, même si elle n'a pas donné effet à ces éléments de preuve demandée par ESA, notamment, le refus de certifier un tarif. La décision de la Commission relative au fond est raisonnable.

[25] Cela dit, les motifs laconiques de la Commission concernant ce point ne répondaient pas à l'argument de l'ESA. Je suis d'avis qu'ils ne répondraient pas aux fins déterminées par la Cour au paragraphe 16 d'*Administration de l'aéroport international de Vancouver c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 2010 CAF 158, [2010] A.C.F. n° 809, au paragraphe 16. En dépit du caractère manifestement inadéquat des motifs de la Commission à l'égard de cette question, je ne suis pas disposé à renvoyer la question à la Commission pour obtenir de meilleurs motifs sur ce point. En premier lieu, la Commission était saisie de ces questions depuis 1996. L'intérêt que l'on porte à l'irrévocabilité est important. En deuxième lieu, la lacune dans les motifs de la Commission a trait à une seule question discrète. Enfin, même si le caractère insuffisant des motifs constitue une question indépendante par rapport au bien-fondé de la décision, les parties ou la Commission tireraient peu d'avantages du renvoi de la question afin d'obtenir des motifs meilleurs et plus approfondis lorsque le caractère raisonnable de la décision est manifeste à première vue. En conséquence, je rejeterais ce motif de contrôle judiciaire.

CONCLUSION

[26] Je rejetterais la demande de contrôle judiciaire de l'ESA, avec dépens adjugés en faveur de la SOCAN. Les intervenantes assumeront leurs propres dépens.

« J.D. Denis Pelletier »

j.c.a.

« Je suis d'accord
Gilles Létourneau »

« Je suis d'accord
M. Nadon »

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-521-07

INTITULÉ : ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION et al. et SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE et CMRRA/SODRAC INC.

LIEU DE L'AUDIENCE : MONTRÉAL (QUÉBEC)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 3 MAI 2010

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE PELLETIER

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE LÉTOURNEAU
LE JUGE NADON

DATE DES MOTIFS : LE 2 SEPTEMBRE 2010

COMPARUTIONS :

M^E HAFEEZ RUPANI POUR LES DEMANDERESSES

M^E GILLES DAIGLE POUR L'INTIMÉE
M^E LYNNE WATT

M^E CASEY M. CHISICK POUR L'INTERVENANTE
M^E TIMOTHY PINOS

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

BORDEN LADNER GERVAIS LLP POUR LES DEMANDERESSES
OTTAWA (ONTARIO)

GOWLING LAFLEUR HENDERSON LLP POUR L'INTIMÉE
OTTAWA (ONTARIO)

CASSELS BROCK & BLACKWELL LLP POUR L'INTERVENANTE
TORONTO (ONTARIO)