

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20200605

Dossiers : A-267-17
A-270-17

Référence : 2020 CAF 100

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LE JUGE STRATAS
LE JUGE NEAR**

Dossier : A-267-17

ENTRE :

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

demandereses

et

**SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET
ÉDITEURS DE MUSIQUE, ALLIANCE OF CANADIAN
CINEMA, TELEVISION AND RADIO ARTISTS, APPLE INC.,
APPLE CANADA INC., ARTISTI, ASSOCIATION
CANADIENNE DES RADIODIFFUSEURS, L'ALLIANCE DES
RADIO COMMUNAUTAIRES/NATIONAL CAMPUS AND
COMMUNITY RADIO ASSOCIATION, BELL CANADA,
CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY S/N ACCESS
COPYRIGHT, CANADIAN MEDIA PRODUCERS
ASSOCIATION, CINEPLEX DIVERTISSEMENT LP,
CMRRA-SODRAC INC., CONSEIL CANADIEN DU
COMMERCE DE DÉTAIL, GOOGLE, ARIEL KATZ,
MICROSOFT CORPORATION, MUSIC CANADA, MUSICIANS'
RIGHTS ORGANIZATION CANADA, PANDORA MEDIA INC.,
PROVINCE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, QUÉBECOR
MÉDIA INC., RÉ:SONNE — SOCIÉTÉ DE GESTION DE LA
MUSIQUE, ROGERS COMMUNICATIONS INC., SHAW
COMMUNICATIONS, SIRIUS XM CANADA INC., SOCIÉTÉ**

**CIVILE DES AUTEURS MULTIMÉDIA, SOCIÉTÉ
COLLECTIVE DE RETRANSMISSION DU CANADA, SOCIÉTÉ
DE GESTION COLLECTIVE DES DROITS DES
PRODUCTEURS DE PHONOGRAMMES ET DE
VIDÉOGRAMMES DU QUÉBEC, SOCIÉTÉ DES AUTEURS ET
COMPOSITEURS DRAMATIQUES, SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE
DE GESTION COLLECTIVE DES DROITS DE
REPRODUCTION, SOCIÉTÉ RADIO-CANADA/CANADIAN
BROADCASTING CORPORATION et YAHOO! CANADA**

défendeurs

Dossier : A-270-17

ET ENTRE :

APPLE INC. ET APPLE CANADA INC.

demanderes

et

**SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET
ÉDITEURS DE MUSIQUE, ALLIANCE OF CANADIAN
CINEMA, TELEVISION AND RADIO ARTISTS, ARTISTI,
ASSOCIATION CANADIENNE DES RADIODIFFUSEURS,
L'ALLIANCE DES RADIOS COMMUNAUTAIRES/NATIONAL
CAMPUS AND COMMUNITY RADIO ASSOCIATION, BELL
CANADA, CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY
S/N ACCESS COPYRIGHT, CANADIAN MEDIA PRODUCERS
ASSOCIATION, CINEPLEX DIVERTISSEMENT LP,
CMRRA-SODRAC INC., CONSEIL CANADIEN DU
COMMERCE DE DÉTAIL, ENTERTAINMENT SOFTWARE
ASSOCIATION, GOOGLE, ARIEL KATZ, MICROSOFT
CORPORATION, MUSIC CANADA, MUSICIANS' RIGHTS
ORGANIZATION CANADA, PANDORA MEDIA INC.,
PROVINCE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, QUÉBECOR
MÉDIA INC., RÉ:SONNE — SOCIÉTÉ DE GESTION DE LA
MUSIQUE, ROGERS COMMUNICATIONS INC., SHAW
COMMUNICATIONS, SIRIUS XM CANADA INC., SOCIÉTÉ
CIVILE DES AUTEURS MULTIMÉDIA, SOCIÉTÉ
COLLECTIVE DE RETRANSMISSION DU CANADA, SOCIÉTÉ
DE GESTION COLLECTIVE DES DROITS DES
PRODUCTEURS DE PHONOGRAMMES ET DE
VIDÉOGRAMMES DU QUÉBEC, SOCIÉTÉ DES AUTEURS ET
COMPOSITEURS DRAMATIQUES, SOCIÉTÉ DU DROIT DE**

**REPRODUCTION DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET
ÉDITEURS AU CANADA, SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DE
GESTION COLLECTIVE DES DROITS DE REPRODUCTION,
SOCIÉTÉ RADIO-CANADA/CANADIAN BROADCASTING
CORPORATION et YAHOO! CANADA**

défendeurs

Audience tenue à Toronto (Ontario), les 26, 27 et 28 novembre 2018.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 5 juin 2020.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE STRATAS

Y ONT SOUSCRIT :

LE JUGE PELLETIER
LE JUGE NEAR

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20200605

Dossiers : A-267-17
A-270-17

Référence : 2020 CAF 100

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LE JUGE STRATAS
LE JUGE NEAR**

Dossier : A-267-17

ENTRE :

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

demandereses

et

**SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET
ÉDITEURS DE MUSIQUE, ALLIANCE OF CANADIAN
CINEMA, TELEVISION AND RADIO ARTISTS, APPLE INC.,
APPLE CANADA INC., ARTISTI, ASSOCIATION
CANADIENNE DES RADIODIFFUSEURS, L'ALLIANCE DES
RADIO COMMUNAUTAIRES/NATIONAL CAMPUS AND
COMMUNITY RADIO ASSOCIATION, BELL CANADA,
CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY S/N ACCESS
COPYRIGHT, CANADIAN MEDIA PRODUCERS
ASSOCIATION, CINEPLEX DIVERTISSEMENT LP,
CMRRA-SODRAC INC., CONSEIL CANADIEN DU
COMMERCE DE DÉTAIL, GOOGLE, ARIEL KATZ,
MICROSOFT CORPORATION, MUSIC CANADA, MUSICIANS'
RIGHTS ORGANIZATION CANADA, PANDORA MEDIA INC.,
PROVINCE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, QUÉBECOR
MÉDIA INC., RÉ:SONNE — SOCIÉTÉ DE GESTION DE LA
MUSIQUE, ROGERS COMMUNICATIONS INC., SHAW
COMMUNICATIONS, SIRIUS XM CANADA INC., SOCIÉTÉ
CIVILE DES AUTEURS MULTIMÉDIA, SOCIÉTÉ
COLLECTIVE DE RETRANSMISSION DU CANADA, SOCIÉTÉ**

**DE GESTION COLLECTIVE DES DROITS DES
PRODUCTEURS DE PHONOGRAMMES ET DE
VIDÉOGRAMMES DU QUÉBEC, SOCIÉTÉ DES AUTEURS ET
COMPOSITEURS DRAMATIQUES, SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE
DE GESTION COLLECTIVE DES DROITS DE
REPRODUCTION, SOCIÉTÉ RADIO-CANADA/CANADIAN
BROADCASTING CORPORATION et YAHOO! CANADA**

défendeurs

Dossier : A-270-17

ET ENTRE :

APPLE INC. ET APPLE CANADA INC.

demandereses

et

**SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET
ÉDITEURS DE MUSIQUE, ALLIANCE OF CANADIAN
CINEMA, TELEVISION AND RADIO ARTISTS, ARTISTI,
ASSOCIATION CANADIENNE DES RADIODIFFUSEURS,
L'ALLIANCE DES RADIOS COMMUNAUTAIRES/NATIONAL
CAMPUS AND COMMUNITY RADIO ASSOCIATION, BELL
CANADA, CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY
S/N ACCESS COPYRIGHT, CANADIAN MEDIA PRODUCERS
ASSOCIATION, CINEPLEX DIVERTISSEMENT LP,
CMRRA-SODRAC INC., CONSEIL CANADIEN DU
COMMERCE DE DÉTAIL, ENTERTAINMENT SOFTWARE
ASSOCIATION, GOOGLE, ARIEL KATZ, MICROSOFT
CORPORATION, MUSIC CANADA, MUSICIANS' RIGHTS
ORGANIZATION CANADA, PANDORA MEDIA INC.,
PROVINCE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, QUÉBECOR
MÉDIA INC., RÉ:SONNE — SOCIÉTÉ DE GESTION DE LA
MUSIQUE, ROGERS COMMUNICATIONS INC., SHAW
COMMUNICATIONS, SIRIUS XM CANADA INC., SOCIÉTÉ
CIVILE DES AUTEURS MULTIMÉDIA, SOCIÉTÉ
COLLECTIVE DE RETRANSMISSION DU CANADA, SOCIÉTÉ
DE GESTION COLLECTIVE DES DROITS DES
PRODUCTEURS DE PHONOGRAMMES ET DE
VIDÉOGRAMMES DU QUÉBEC, SOCIÉTÉ DES AUTEURS ET
COMPOSITEURS DRAMATIQUES, SOCIÉTÉ DU DROIT DE
REPRODUCTION DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET
ÉDITEURS AU CANADA, SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DE**

**GESTION COLLECTIVE DES DROITS DE REPRODUCTION,
SOCIÉTÉ RADIO-CANADA/CANADIAN BROADCASTING
CORPORATION et YAHOO! CANADA**

défendeurs

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE STRATAS

[1] La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la « SOCAN ») gère le droit de « communication » d'œuvres musicales pour le compte de titulaires du droit d'auteur. Elle a déposé un projet de tarif à la Commission du droit d'auteur pour certaines années à l'égard de la communication au public par télécommunication d'œuvres de son répertoire au moyen d'un service de musique en ligne.

[2] La Commission devait décider si le projet de tarif était approprié aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.

[3] Après le dépôt par la SOCAN de son projet de tarif, la *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée : voir la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, ch. 20. Un nouveau paragraphe, le paragraphe 2.4(1.1), parfois qualifié de paragraphe relatif à la « mise à la disposition », a été ajouté à la *Loi sur le droit d'auteur*. Ce paragraphe est rédigé comme suit :

Pour l'application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que

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

[4] Cela a mené à la question de savoir si le fait de simplement mettre une œuvre à la disposition du public sur un serveur en vue de sa diffusion ou de son téléchargement ultérieur était un acte pour lequel il fallait payer une redevance.

[5] Quelques jours après l'ajout du paragraphe 2.4(1.1) à la *Loi sur le droit d'auteur*, la Cour suprême a rendu une décision importante qui interprétait l'expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre » : voir *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34,

[2012] 2 R.C.S. 231. Elle a jugé que la transmission par Internet d'une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n'est pas une communication par télécommunication. Voir également *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, au paragraphe 2. D'après cette décision, la SOCAN ne pouvait pas percevoir de redevances pour ces téléchargements.

[6] En raison de ces décisions et à l'appui de son projet de tarif, la SOCAN a fait valoir devant la Commission que le paragraphe 2.4(1.1) rendait la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Entertainment Software Association* non pertinente. Elle a fait valoir que le paragraphe 2.4(1.1) obligeait les utilisateurs comme les services de musique en ligne à payer des redevances à la SOCAN lorsqu'ils mettent des œuvres musicales sur leurs serveurs Internet de manière à ce que leurs clients-utilisateurs puissent y avoir accès, peu importe si les œuvres

musicales sont par la suite transmises aux utilisateurs au moyen de téléchargement ou de diffusion, et même si elles ne sont pas transmises.

[7] Au vu de cette observation, la Commission a invité toutes les parties touchées directement et indirectement à présenter des observations complètes sur ce point. Après avoir examiné les observations des parties, la Commission a accepté le point de vue de la SOCAN : voir *Portée de l'article 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d'auteur — Mise à la disposition* (25 août 2017), CB-CDA 2017-085, <https://web.archive.org/web/20200217175603/cb-cda.gc.ca/decisions/2017/DEC-2017-SCOPE-25082017.pdf>. Elle a conclu ce qui suit (au paragraphe 12) :

[...] en vertu du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*, constitue une communication au public par télécommunication, le fait de mettre une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur sur un serveur d'un réseau de télécommunication de manière à ce qu'une requête d'un membre du public entraîne la transmission de cette œuvre ou de cet objet du droit d'auteur, notamment sous la forme d'une diffusion en continu ou d'un téléchargement, qu'une telle requête se concrétise ou non.

[8] En bref, selon la Commission, le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* fait en sorte que l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l'alinéa 3(1)f) de cette Loi et est, par conséquent, un acte qui déclenche un droit tarifaire.

[9] Selon la Commission (aux paragraphes 13 et 14), la position contraire « ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada » énoncées à l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996, R.T. Can. 2014/20 (le « Traité »). À son avis (au

paragraphe 15), son interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* était conforme à l'arrêt *Entertainment Software Association*.

[10] Cette interprétation a eu pour effet de créer deux actes distincts déclenchant des redevances (au paragraphe 16) :

Le fait de mettre une œuvre à la disposition du public demeure une communication au public par télécommunication, peu importe si la transmission subséquente est un téléchargement ou une diffusion en continu. Ce fait demeure distinct de tout autre acte subséquent de transmission; les deux actes ne s'intègrent pas pour devenir un acte unique, plus large.

[11] Les demanders présentent des demandes de contrôle judiciaire à la Cour et remettent en question l'interprétation par la Commission du paragraphe 2.4(1.1).

[12] Parallèlement à sa décision interprétant le paragraphe 2.4(1.1), la Commission s'est prononcée sur le caractère approprié du projet de tarif : voir *Services de musique en ligne (CSI : 2011-2013; SOCAN : 2011-2013; SODRAC : 2010-2013)* (25 août 2017), CB-CDA 2017-086, <https://web.archive.org/web/20200217160553/cb-cda.gc.ca/avis-notice/2017/CB-CDA-2017-086.p>. Elle a notamment conclu que la preuve présentée était insuffisante pour lui permettre de tirer une conclusion sur ce que devrait être le tarif pour le fait de « mettre à la disposition ». Une demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée : voir 2020 CAF 101.

[13] En l'espèce, pour les raisons qui suivent, j'accueillerais les demandes et j'annulerais la décision de la Commission sur l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1). Son interprétation ne peut être maintenue.

A. La norme de contrôle

[14] Le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* doit être interprété à la fois par la Commission et par les tribunaux. La Cour suprême a jugé que la norme de contrôle s'appliquant aux interprétations de la Commission dans ces cas est celle de la décision correcte : voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, et *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615. La question de savoir si ces trois décisions — *SOCAN* (2004), *Rogers Communications* et *Radio-Canada* — s'appliquent encore demeure en suspens.

[15] L'année passée, la Cour suprême s'est lancée dans un « rajustement de la méthode à employer » pour choisir la norme de contrôle du bien-fondé des décisions des tribunaux administratifs. Cela soulève un doute quant à savoir si la jurisprudence, même sa propre jurisprudence, « continue de donner des indications utiles » : voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, au paragraphe 143.

[16] L'arrêt *Vavilov* vise « l'ensemble des situations dans lesquelles il convient que la cour de révision déroge à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » et effectue un examen selon la norme de la décision correcte (au paragraphe 69), soit les cinq situations suivantes : les normes de contrôle établies par voie législative, les mécanismes d'appel prévus par la loi, les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d'importance

capitale pour le système juridique dans son ensemble et les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs. Les arrêts *SOCAN* (2004), *Rogers Communications* et *Radio-Canada* ne font pas partie d'une de ces cinq situations. Ainsi, l'arrêt *Vavilov* sème un doute à l'égard de ceux-ci.

[17] La Cour suprême n'a pas fermé « définitivement la porte à la possibilité qu'une autre catégorie puisse ultérieurement être reconnue comme appelant une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » puisqu'il « serait illusoire de déclarer que nous avons envisagé toutes les combinaisons possibles de circonstances » (*Vavilov* au paragraphe 70). Cela jette un doute sur les arrêts *SOCAN* (2004), *Rogers Communications* et *Radio-Canada*. La Cour suprême a dû tenir compte de ces arrêts, parce qu'ils sont récents et qu'on a renvoyé la Cour à ceux-ci. Pourtant, la Cour suprême n'a rien fait pour les confirmer.

[18] Certains facteurs permettent toutefois d'alléger le doute, voire de le supprimer complètement. En discutant de l'exception des mécanismes d'appel prévus par la loi, pour lesquels la norme de contrôle est celle de la décision correcte pour les questions de droit, la Cour suprême a mentionné l'importance de respecter les « choix d'organisation institutionnelle » du législateur (*Vavilov* aux paragraphes 24, 26, 36 et 46). La décision du législateur selon la *Loi sur le droit d'auteur* de donner compétence à la Commission et aux tribunaux à l'égard des questions d'interprétation des lois est peut-être un « choix d'organisation institutionnelle » qui mérite d'être reconnu au moyen de l'examen selon la norme de la décision correcte. De ce point de vue, les arrêts *SOCAN* (2004), *Rogers Communications* et *Radio-Canada* demeurent valables.

[19] De plus, l'arrêt *Vavilov* appuie la cohérence, l'uniformité et la certitude dans le droit en matière de contrôle judiciaire. Les arrêts *SOCAN* (2004), *Rogers Communications* et *Radio-Canada* favorisent effectivement la cohérence, l'uniformité et la certitude. L'arrêt *Rogers Communications*, par exemple, explique comment (au paragraphe 14) :

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

[20] Nous n'avons pas d'observations des parties sur cette question. La question de savoir si les arrêts *SOCAN* (2004), *Rogers Communications* et *Radio-Canada* continuent d'énoncer le droit actuel à l'égard de la norme de contrôle devra être examinée à une autre occasion.

[21] Pour les besoins de la présente demande de contrôle judiciaire, la Cour supposera que la norme de contrôle est celle qui accorde la plus grande déférence à la Commission et qui est la plus favorable pour ceux qui appuient sa décision, à savoir la norme de la décision raisonnable.

[22] Les parties ont présenté leurs observations alors que l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et non l'arrêt *Vavilov*, faisait jurisprudence à l'égard de la norme de la décision raisonnable. Mais cela n'a aucune incidence.

[23] Pour certaines cours de révision, l'arrêt *Vavilov* a entraîné un changement important dans la manière de mener un examen du caractère raisonnable. Cependant, pour notre Cour, du moins pour l'examen du caractère raisonnable dans un cas comme celui-ci, l'arrêt *Vavilov* n'a pratiquement rien changé.

[24] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a en fait adopté le point de vue de notre Cour selon lequel il est plus facile ou plus difficile de faire annuler les décisions administratives selon les facteurs contextuels qui libèrent ou contraignent le décideur : voir *Vavilov*, aux paragraphes 88 à 90. Notre Cour ne doit plus chercher à contourner les observations de la Cour suprême dans des décisions comme *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, au paragraphe 35, et *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, au paragraphe 73, qui ont interdit tout recours au contexte.

[25] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a accepté qu'en pratique, certaines décisions sont plus susceptibles d'être maintenues à la suite d'un examen selon la norme de la décision raisonnable, car elles sont assujetties à relativement peu de contraintes. Mais d'autres décisions sont moins susceptibles d'être maintenues parce qu'elles sont assujetties à relativement plus de contraintes'. Notre Cour a déjà reconnu cette réalité dans une série de décisions de principe : voir, p. ex., *Procureur général du Canada c. Abraham*, 2012 CAF 266, aux paragraphes 37 à 50, *Procureur général du Canada c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75, aux paragraphes 13 et 14, *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006, aux paragraphes 88 à 92, et

Delios c. Procureur général du Canada, 2015 CAF 117, au paragraphe 26, et voir Paul Daly, « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 62:2 McGill L.J. 527.

[26] L'arrêt *Vavilov* décrit également des catégories de facteurs contextuels : voir *Vavilov*, aux paragraphes 83, 103, 108 à 126 et 129 à 135. Comme nous le verrons maintenant, notre Cour les avait déjà presque tous décrits et appliqués.

[27] Les décideurs administratifs qui appliquent des critères factuels de nature non juridique, ou moins juridique, sont relativement plus libres et, en pratique, il est plus difficile de faire annuler leurs décisions selon la norme de la décision raisonnable : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138, au paragraphe 49, *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, au paragraphe 149, *Procureur général du Canada c. Boogaard*, 2015 CAF 150, aux paragraphes 46, 51 et 52, *Paradis Honey Ltd. c. Canada*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, au paragraphe 137, *Delios*, au paragraphe 21, et *Farwaha*, aux paragraphes 90 à 99.

[28] Les décisions relatives à l'intérêt public fondées sur de vastes considérations de politique générale et d'intérêt public, évaluées selon des critères polycentriques, subjectifs ou indistincts et qui dépendent de l'opinion des décideurs administratifs sur des questions économiques et culturelles et sur des questions d'intérêt public au sens large — décisions dont on dit parfois qu'elles sont fondamentalement de nature exécutive — sont très peu limitées : voir *Vavilov*, au

paragraphe 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Nation Gitxaala* (2016), au paragraphe 150, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573, aux paragraphes 72 et 73, et *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, aux paragraphes 18 et 19.

[29] Toutes autre choses étant égales, les appréciations complexes, délicates et comportant de multiples aspects appelant le décideur administratif à apprécier avec finesse les renseignements, les impressions et les indications en utilisant des critères qui peuvent changer et être appréciés différemment d'une fois à l'autre selon des circonstances changeantes et évolutives sont assujetties à relativement peu de contraintes et sont plus difficiles à annuler : voir *Vavilov*, aux paragraphes 129 à 132, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Boogaard*, aux paragraphes 47, 51 et 52, et *Ré:Sonne*, au paragraphe 50.

[30] De même, toutes autres choses étant égales, lorsque le décideur administratif fait une évaluation qui découle de ses connaissances spécialisées, le décideur est plus libre et il peut être plus difficile de faire annuler sa décision : voir *Vavilov*, aux paragraphes 92, 93 et 119, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Ré:Sonne*, au paragraphe 48, et *Canada (Procureur général) c. Heffel Gallery Limited*, 2019 CAF 82, [2019] 3 R.C.F. 81, aux paragraphes 36 et 37.

[31] Lorsque les décideurs administratifs tirent leur compétence légale d'un libellé plus général qui peut avoir plusieurs sens, ils sont relativement plus libres lorsqu'ils interprètent la loi, toutes autres choses étant égales : voir *Vavilov*, au paragraphe 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Heffel*, *Boogaard*, au paragraphe 42, *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office*

national de l'énergie), 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75, au paragraphe 69, et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Richardson International Limited*, 2015 CAF 180, au paragraphe 30.

[32] De même, les décideurs administratifs sont relativement plus libres lorsque les dispositions légales leur confèrent un large pouvoir discrétionnaire : voir *Vavilov*, au paragraphe 108, *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, et *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Heffel et Forest Ethics*.

[33] D'autre part, lorsque les décideurs administratifs sont moins libres en raison de dispositions légales précises ou de décisions judiciaires bien établies, leurs décisions peuvent être annulées s'ils ne tiennent pas compte de ces limites : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 113, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Abraham*, aux paragraphes 37 à 50, *Commission canadienne des droits de la personne*, au paragraphe 14, *Farwaha*, aux paragraphes 93 à 97, et *Emerson Milling*, au paragraphe 70.

[34] Les décisions administratives qui s'apparentent davantage aux décisions des tribunaux judiciaires et sont régies par le droit et non par des questions de politique générale sont assujetties à relativement plus de contraintes : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143, [2016] 4 R.C.F. F-6, aux paragraphes 24 et 25, *Walchuk c. Ministre de la Justice*, 2015 CAF 85, et *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344.

[35] Lorsque la loi prévoit une méthode précise et que le libellé est strict, elle peut ressembler à une méthode contraignante qu'il faut suivre; sinon, il peut en découler une annulation : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203, *Sharif c. Procureur général du Canada*, 2018 CAF 205, au paragraphe 34, et *Heffel*, au paragraphe 34.

[36] De même, lorsque la décision revêt une grande importance pour le particulier, le décideur administratif doit fournir davantage de justifications et d'explications : voir *Vavilov*, aux paragraphes 133 à 135, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Farwaha*, aux paragraphes 91 et 92, *Boogaard*, au paragraphe 49, *Walchuk*, au paragraphe 33, *Sharif*, au paragraphe 11, *Erasmus c. Procureur général du Canada*, 2015 CAF 129, et *Kabul Farms*, aux paragraphes 24 à 26.

[37] Les parties ont présenté leurs observations en tenant compte de l'arrêt *Dunsmuir*, mais elles ont également tenu compte de la jurisprudence de notre Cour. Par conséquent, il n'était pas nécessaire de les inviter à fournir des observations supplémentaires concernant l'arrêt *Vavilov*. Les motifs qui suivent renvoient principalement à l'arrêt *Vavilov*. Cependant, si l'arrêt *Vavilov* n'existait pas, la Cour aurait prononcé les mêmes motifs en renvoyant à la jurisprudence existante de notre Cour.

[38] Les demandes de contrôle judiciaire dont notre Cour est saisie contestent l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission. Il convient de dire ce dont les cours de révision s'attendent des décideurs administratifs lorsqu'ils interprètent des dispositions légales, car c'est l'une des façons dont la Commission s'est égarée.

[39] Depuis un certain temps, notre Cour dit que les décideurs administratifs qui interprètent des dispositions légales doivent prendre en compte le texte, le contexte et l'objet des dispositions afin de parvenir au sens véritable des dispositions : voir *Hillier c. Procureur général du Canada*, 2019 CAF 44, aux paragraphes 18 à 33, *Sharif*, aux paragraphes 18 à 29, et *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376, aux paragraphes 24 à 32, décisions qui suivent les arrêts de principe de la Cour suprême dans ce domaine, comme *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, et *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10. Notre Cour a également jugé que les décideurs administratifs doivent interpréter les dispositions légales d'une manière qui ne favorise pas un résultat précis et qu'ils doivent s'abstenir de viser une politique générale qui ne ressort pas de la législation en vigueur : voir *Hillier*, *Sharif* et *Schmidt*; voir également *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174, aux paragraphes 41 à 52, et *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328, aux paragraphes 77 à 80.

[40] La loi habilitante de certains décideurs administratifs leur confère la tâche d'établir ou d'appliquer des politiques, et certains d'entre eux ont une connaissance spécialisée. Cela peut faire qu'ils soient en mesure de discerner et d'appliquer la politique qui sous-tend véritablement une loi précise. Mais ce n'est pas à eux — ni aux tribunaux, d'ailleurs — de modifier la loi. En l'absence d'une délégation précise et appropriée du pouvoir de légiférer, l'établissement et la modification de la loi relèvent de ceux que nous élisons : voir *Williams*, au paragraphe 49, *Sharif*, au paragraphe 51, et *Atlas Tube Canada ULC c. Ministre du Revenu national*, 2019 CAF 120, aux paragraphes 4 et 5. Les décideurs administratifs, comme les tribunaux

judiciaires, ne peuvent que discerner le sens véritable de la loi et l'appliquer fidèlement, sans négliger ce sens et sans le déformer pour obtenir un résultat dans une affaire précise ou pour atteindre ce qu'ils croient être préférable ou juste.

[41] L'arrêt *Vavilov* est maintenant la plus récente intervention de la Cour suprême à cet égard. En bref, il confirme sans modification les principes susmentionnés énoncés par notre Cour, en soulignant qu'on peut saisir l'intention du législateur « uniquement à partir du texte de loi, de l'objet de la disposition législative et du contexte dans son ensemble » (au paragraphe 118).

[42] Si le décideur administratif ne fait que prétendre s'intéresser au texte, au contexte et à l'objet plutôt que de procéder à une véritable analyse, son interprétation légale pourrait être annulée. Le même sort sera réservé à une analyse rapide qui favorise un résultat précis ou vise une politique générale qui ne fait pas partie de la législation. Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a énoncé ce qui suit (aux paragraphes 120 et 121) :

[...] le fond de l'interprétation [d'une disposition législative] par le décideur administratif doit être conforme à son texte, à son contexte et à son objet. En ce sens, les principes habituels d'interprétation législative s'appliquent tout autant lorsqu'un décideur administratif interprète une disposition. Par exemple, lorsque le libellé d'une disposition est « précis et non équivoque », son sens ordinaire joue normalement un rôle plus important dans le processus d'interprétation : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10. Lorsque le sens d'une disposition législative est contesté au cours d'une instance administrative, il incombe au décideur de démontrer dans ses motifs qu'il était conscient de ces éléments essentiels.

La tâche du décideur administratif est d'interpréter la disposition contestée d'une manière qui cadre avec le texte, le contexte et l'objet, compte tenu de sa compréhension particulière du régime législatif en cause. Toutefois, le décideur administratif ne peut adopter une interprétation qu'il sait de moindre qualité — mais plausible — simplement parce que cette interprétation paraît possible et opportune. Il incombe au décideur de véritablement s'efforcer de discerner le sens

de la disposition et l'intention du législateur, et non d'échafauder une interprétation à partir du résultat souhaité.

(D'autres décisions récentes de la Cour suprême sur le devoir d'éviter d'interpréter les lois de façon expéditive afin d'atteindre un résultat précis sont *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, et *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51, et voir également Mark Mancini, « The 'Return' of 'Textualism' at the SCC[?] » (9 avril 2019), <https://doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>).

[43] Dans l'arrêt *Vavilov*, au paragraphe 124, la Cour suprême nous enseigne que « la cour qui effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne doit pas procéder à une analyse *de novo* ni déterminer l'interprétation « correcte » d'une disposition contestée ». Une telle analyse ne serait pas un contrôle du caractère raisonnable et serait plutôt un contrôle selon la norme de la décision correcte ne faisant pas preuve de retenue suffisante. De même, la cour de révision ne doit pas procéder à sa propre analyse et comparer ensuite l'interprétation administrative à celle-ci. Il s'agirait d'un contrôle « déguisé selon la norme de la décision correcte ». Voir *Vavilov*, au paragraphe 116, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Delios*, au paragraphe 28, *Heffel*, au paragraphe 50, *Schmidt*, au paragraphe 39, et *Hillier*, au paragraphe 14.

[44] Le défaut d'examiner un aspect pertinent du texte, du contexte ou de l'objet ne mènera pas nécessairement à une décision déraisonnable. Cependant, « s'il est manifeste que le décideur administratif aurait pu fort bien arriver à un résultat différent s'il avait pris en compte un élément clé du texte, du contexte ou de l'objet d'une disposition législative, le défaut de tenir compte de cet élément pourrait alors être indéfendable et déraisonnable dans les circonstances » : voir *Vavilov*, au paragraphe 122. Ainsi, il existe des cas où l'interprétation du décideur administratif

est indéfendable. Dans l'ensemble, « il s'agit principalement de savoir si l'aspect omis de l'analyse amène la cour de révision à perdre confiance dans le résultat auquel est arrivé le décideur » (*ibid.*).

[45] Lorsqu'ils procèdent au contrôle du caractère raisonnable, les tribunaux judiciaires sont en droit d'exiger que les décideurs administratifs expliquent leur raisonnement et justifient leurs conclusions sur les questions d'interprétation légale : voir *Vavilov*, aux paragraphes 109 et 116. Voir également *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67, au paragraphe 29. Le fait d'exiger une explication et une justification assure que le décideur administratif se soit attaqué « de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties » et qu'il fût « effectivement attentif et sensible à la question qui lui était soumise » : voir *Vavilov*, au paragraphe 128, et, à notre Cour, avant l'arrêt *Vavilov*, voir *D'Errico c. Procureur général du Canada*, 2014 CAF 95, *Yantzi c. Procureur général du Canada*, 2014 CAF 193, au paragraphe 4, et *Bonnybrook Industrial Park Development Co. Ltd c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 136, [2018] 4 R.C.F. F-23, aux paragraphes 87 à 94. Lorsque, en tenant compte du dossier, les motifs « comportent une lacune fondamentale ou révèlent une analyse déraisonnable, il ne convient habituellement pas que la cour de révision élabore ses propres motifs pour appuyer la décision administrative » : voir *Vavilov*, au paragraphe 96.

[46] Il n'est pas nécessaire d'examiner en plus de détail la norme de contrôle en l'espèce. Pour les motifs énoncés ci-dessous, la décision de la Commission ne peut être maintenue.

[47] Même selon la norme de contrôle de la décision raisonnable, la Commission était fortement limitée dans ce qu'elle pouvait faire de manière acceptable par ce qui suit :

- le texte, le contexte et l'objet du paragraphe 2.4(1.1) et la méthode acceptée pour examiner ces éléments (voir *Vavilov*, aux paragraphes 120 et 121, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée);
- la jurisprudence dans ce domaine, comme *Entertainment Software Association* et *Rogers Communications Inc.*, au sujet du sens de l'expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre » (voir *Vavilov*, aux paragraphes 111 et 112, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée);
- la jurisprudence concernant les liens entre le droit national et le droit international et la primauté générale du premier sur le second (voir *Vavilov*, aux paragraphes 111 à 114, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée).

[48] Lors de son interprétation du paragraphe 2.4(1.1), la Commission a enfreint ces contraintes et est parvenue à une décision déraisonnable.

B. Analyse

[49] La Commission ne dit jamais explicitement qu'elle avait un résultat souhaité à l'esprit et qu'elle allait interpréter le paragraphe 2.4(1.1) de manière à obtenir ce résultat. Cependant, en

examinant les motifs dans leur ensemble, que ce soit délibéré ou non, c'est exactement ce que la Commission a fait : elle a biaisé son analyse en faveur d'un résultat précis.

[50] Deux indices généraux du caractère inacceptable ressortent des motifs de la Commission :

- 1) *Une interprétation légale inacceptable* — La Commission a exposé la méthode acceptée d'interprétation des lois et la nécessité d'examiner le texte, le contexte et l'objet de la loi, au paragraphe 95. Cependant, l'analyse qui suit omet des éléments importants, notamment des éléments contextuels comme l'arrêt de la Cour suprême *Entertainment Software Association*. Ainsi, en cours de route, la Commission a fait dans son raisonnement des sauts qui ne peuvent être justifiés. Ces défauts fondamentaux entraînent une perte de confiance fatale dans l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission.

- 2) *Une mauvaise compréhension des liens entre le droit international et le droit national* — Un élément de l'objet et du contexte du paragraphe 2.4(1.1), voire un élément important, est l'article 8 du Traité. Toutefois, la Commission ne s'est pas contentée de le considérer comme un simple élément : elle a développé sa propre vue d'ensemble de l'article 8, ne l'étayant aucunement, et a imposé au paragraphe 2.4(1.1), une disposition légale nationale, un sens qui correspondait à son point de vue, qualifiant le paragraphe 2.4(1.1) de « disposition déterminative ». Ce faisant, la Commission a contrevenu à la jurisprudence

contraignante qui limite les façons dont le droit international peut influencer l'interprétation du droit national.

1) Une interprétation légale inacceptable

[51] De l'avis de la Commission, le fait de mettre une œuvre à la disposition du public est une « communication au public par télécommunication » qui existe indépendamment de toute transmission ultérieure, telle qu'une communication ultérieure sous la forme d'une diffusion ou un acte de reproduction sous la forme d'un téléchargement. Cela signifie que deux tarifs s'appliquent, un pour la mise à la disposition du public et un autre pour la transmission ultérieure sur Internet (au paragraphe 16). Certaines parties fondent leur contestation sur cela : voir le mémoire des faits et du droit de Apple Inc. et de Apple Canada Inc., aux paragraphes 36 et 89 à 92, et le mémoire des faits et du droit de Pandora Media Inc., aux paragraphes 4, 5, 14 et 24 à 30.

[52] La Commission n'a fourni aucun motif valable pour affirmer que le paragraphe 2.4(1.1) a cet effet.

[53] Elle a invoqué le préambule de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* (au paragraphe 98), mais en aucun cas le préambule n'étaye l'interprétation de la Commission. La partie du préambule invoquée par la Commission est la suivante :

Attendu :

que la *Loi sur le droit d'auteur* est une loi-cadre importante du marché et un instrument indispensable de la politique culturelle qui, au moyen de règles claires, prévisibles et équitables, favorise la créativité et l'innovation et touche de nombreux secteurs de l'économie du savoir;

que le développement et la convergence des technologies de l'information et des communications qui relient les collectivités du monde entier présentent des possibilités et des défis qui ont une portée mondiale pour la création et l'utilisation des œuvres ou autres objets du droit d'auteur protégés;

que la protection du droit d'auteur, à l'ère numérique actuelle, est renforcée lorsque les pays adoptent des approches coordonnées, fondées sur des normes reconnues à l'échelle internationale;

que ces normes sont incluses dans le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur et dans le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adoptés à Genève en 1996;

que ces normes ne se trouvent pas toutes dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

Le préambule est énoncé de façon si générale qu'il n'étaye pas l'interprétation à laquelle est parvenue la Commission. Le préambule laisse également penser que la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* vise à mettre en œuvre certaines normes du droit international, mais il est vague quant à la mesure dans laquelle la loi le fait. Il n'encourage certainement pas qu'on ne tienne pas compte du libellé précis de la *Loi sur le droit d'auteur* et qu'on ne fasse qu'interpréter et appliquer le droit international dans son intégralité.

[54] La Commission s'est ensuite penchée sur les déclarations du gouvernement lors de l'adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*. Celles-ci sont également si générales qu'elles n'appuient pas l'interprétation à laquelle est parvenue la Commission.

[55] Il y a tout d'abord la déclaration du gouvernement lors de la présentation de la loi, au paragraphe 101. Elle ne dit rien à l'égard du paragraphe 2.4(1.1) qui pourrait étayer l'interprétation de la Commission :

Le projet de loi intitulé *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* donne aux secteurs reposant sur le droit d'auteur un cadre clair pour investir dans le contenu créatif, atteindre de nouveaux marchés, lancer de nouveaux modèles d'affaires et combattre la violation du droit d'auteur dans un environnement numérique. Les titulaires du droit d'auteur sont souvent des artistes et des créateurs. La nouvelle *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* favorise la créativité, l'innovation et la culture en introduisant de nouveaux droits et mesures de protection pour les artistes et les créateurs. Elle aidera ces gens à protéger leurs œuvres et veillera à ce qu'ils reçoivent une rémunération équitable pour leurs efforts.

[...]

Le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, appelés collectivement *Traité Internet de l'OMPI*, établissent les nouveaux droits et mesures de protection des auteurs, interprètes et producteurs. Le Canada a signé ces traités en 1997. Le projet de loi permettra de mettre en œuvre les droits et mesures de protection connexes, afin qu'une future décision soit prise concernant la ratification de ces traités. Tous les titulaires du droit d'auteur auront désormais le « droit de mettre à disposition », à savoir le droit exclusif de contrôler l'affichage d'œuvres protégées par le droit d'auteur sur Internet. Ainsi, il sera plus facile de déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d'auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d'auteur.

[56] Plutôt qu'étayer l'interprétation de la Commission, ce passage semble l'infirmier. Il semble indiquer que le paragraphe 2.4(1.1) est une disposition étroite, à objet limité, visant à rendre plus facile de « déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d'auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d'auteur ». Mais la Commission ne s'est pas arrêtée à cet obstacle dans son cheminement vers le résultat qu'elle a atteint. Au lieu de cela, elle est passée à un autre document gouvernemental, intitulé « Droit d'auteur équilibré — Glossaire », au paragraphe 102.

[57] Ce document ne dit rien qui étaye l'interprétation de la Commission du paragraphe 2.4(1.1). Il explique seulement que la « mise à disposition » constitue un « [d]roit exclusif pour les titulaires du droit d'auteur d'autoriser la communication au public de leur œuvre ou d'un autre objet protégé de façon à ce que le temps et l'endroit de la réception de la communication puissent être individuellement choisis par les membres du public (p. ex., iTunes) ».

[58] En ce qui concerne le contexte, la Commission a noté que l'expression « mise à la disposition » figure ailleurs dans la loi, et elle n'a pas tiré de conclusion de ce fait, au paragraphe 106. En fait, elle reconnaît que ces « dispositions ne semblent pas faire la lumière sur la question » (*ibid.*).

[59] La Commission s'est ensuite penchée sur l'importante décision de la Cour suprême *Entertainment Software Association*. La Cour suprême a affirmé que la « communication par télécommunication » était fondamentalement un droit d'exécution, et que le terme « communiquer » n'englobait pas des activités apparentées à la reproduction (au paragraphe 109). La Commission a ensuite écarté l'arrêt *Entertainment Software Association* parce qu'il est antérieur au Traité (au paragraphe 110). En fait, à partir de là, la Commission ne s'est plus intéressée au texte, au contexte ou à l'objet du paragraphe 2.4(1.1). Le Traité a pris toute la place.

[60] Sans offrir de raisonnement à l'appui, la Commission a exposé sa propre vision très expansionniste du Traité (au paragraphe 111) :

[...] La nouvelle protection concernant la mise à disposition d'une œuvre par télécommunication visait à fournir aux titulaires de droits des outils pour poursuivre ceux qui mettent des œuvres à la disposition du public en ligne, même sans preuve de reproduction ou de communication.

[61] Pour étayer son interprétation du verbe « communiquer » au paragraphe 2.4(1.1) afin que ce paragraphe corresponde à son point de vue sur les exigences du Traité, la Commission a examiné (aux paragraphes 113 et 114) la définition que donnent les dictionnaires du verbe « communiquer », et non la jurisprudence de la Cour suprême, plus précisément l'arrêt *Entertainment Software Association*. Cependant, ces définitions, où il est question de la transmission de renseignements, ne correspondent pas convenablement au libellé du paragraphe 2.4(1.1). Par ailleurs, la Cour suprême, dans l'arrêt *Entertainment Software Association*, a expressément rejeté ce genre d'utilisation abstraite des définitions de dictionnaires sans tenir compte du contexte (au paragraphe 31).

[62] Cela n'a pas empêché la Commission de parvenir à la définition qu'elle préférait. À son avis, le paragraphe 2.4(1.1) était une disposition déterminative (au paragraphe 115) :

Étant donné que la mise à disposition d'une œuvre ne requiert pas qu'une transmission ait lieu, le sens ordinaire de l'énoncé « communiquer au public, par télécommunication » ne saurait correspondre au sens que lui donne le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi, lequel a donc l'effet d'une disposition déterminative.

[63] La Commission a expliqué qu'une disposition déterminative est « une fiction juridique qui donne à un mot ou à une expression un sens autre que celui qu'on leur reconnaît habituellement » (au paragraphe 116). Malgré le sens normal du mot « communiquer », la

Commission a fait en sorte que le paragraphe 2.4(1.1) corresponde à son point de vue sur les exigences du Traité.

[64] La méthode convenable était d'expliquer le sens de l'expression « communication au public par télécommunication » en examinant le texte, le contexte et l'objet de cette expression d'une manière réelle et utile. La Commission a abandonné cette méthode et a imposé un sens tiré de sa propre vision du Traité en cachant l'incohérence en qualifiant le paragraphe 2.4(1.1) de disposition déterminative.

[65] La décision de la Cour suprême *Entertainment Software Association* mérite un examen plus approfondi parce que, selon toute analyse rationnelle, elle renvoie au sens véritable du paragraphe 2.4(1.1) et limite la Commission. Dans l'arrêt *Entertainment Software Association*, la Cour suprême a examiné si le mot « communiquer » à l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* visait les téléchargements d'œuvres protégées par le droit d'auteur. La Cour suprême a conclu que ce n'était pas le cas.

[66] La Cour suprême est parvenue à cette conclusion après avoir examiné attentivement l'évolution des modes d'exécution d'une œuvre, d'abord en présence d'un auditoire sur place, puis par radiodiffusion à un auditoire éloigné, puis par communication au public par télécommunication grâce à la câblodistribution et, enfin, par Internet. Le législateur pouvait s'écarter de l'interprétation faite par la Cour suprême de l'expression « communication au public, par télécommunication », mais, à l'instar d'une dérogation au principe de la neutralité technologique, il faudrait un texte légal clair : voir *Entertainment Software Association*, au

paragraphe 9. Les conséquences en l'espèce sont évidentes : il faudrait que le paragraphe 2.4(1.1) ait un libellé clair pour qu'il étaye la thèse de la Commission. Comme nous l'avons vu plus haut, les déclarations générales auxquelles renvoie la Commission ne signifient pas que le législateur l'ait autorisée à ne pas tenir compte de cette contrainte. C'est cependant ce qu'a fait l'interprétation de la Commission : elle a élargi le sens de la communication par télécommunication pour inclure les étapes préparatoires (la mise à la disposition) aux téléchargements.

[67] L'interprétation de la Commission contrevient également aux contraintes imposées par les arrêts antérieurs de la Cour suprême. La Cour suprême a mis en garde contre la duplication des niveaux de règlements et de frais qui seraient source d'inefficacité et de coûts inutiles. Dans l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, au paragraphe 31, la Cour suprême a conclu qu'un juste équilibre entre les titulaires de droits d'auteur et les utilisateurs exige qu'on tienne compte de l'efficacité réglementaire. Elle a ajouté à cette ligne de pensée dans l'arrêt *Entertainment Software Association* lorsqu'elle a estimé que la loi devait être interprétée « 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 ». Sinon, on « imposerait en fait un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces » (au paragraphe 9).

[68] Dans l'ensemble, l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission ne repose sur aucun fondement acceptable.

2) Une mauvaise compréhension des liens entre le droit international et le droit national

[69] Les termes du paragraphe 2.4(1.1) sont : « communication au public par télécommunication ». Selon la méthode acceptée d'interprétation des lois, cela aurait dû être le point de départ. Mais plutôt que de partir de là, la Commission s'y est prise autrement.

[70] Comme il est indiqué ci-dessus, la Commission a pris l'article 8 du Traité, l'a interprété, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à cette interprétation. Elle a interprété l'article 8 du Traité comme visant à protéger la mise à la disposition d'une œuvre par télécommunication, même en l'absence de transmission au public (au paragraphe 111). Elle a supposé, sans analyse, que le paragraphe 2.4(1.1) mettait en œuvre ce sens précis de l'article 8 (au paragraphe 99). Par conséquent, le paragraphe 2.4(1.1) protégeait le fait de rendre une œuvre accessible par télécommunication même en l'absence de transmission au public, comme la mise d'œuvres sur un serveur Internet en vue de leur téléchargement par les utilisateurs (au paragraphe 117).

[71] Comme nous l'avons vu, la Commission a justifié ce résultat, sans aucune analyse à l'appui, en affirmant que le paragraphe 2.4(1.1) était une disposition déterminative. La Commission a fait en sorte que le paragraphe 2.4(1.1) corresponde à son point de vue sur le Traité au point de faire en sorte que la *Loi sur le droit d'auteur* signifie autre chose que ce qu'elle énonce. C'est comme si la Commission avait considéré le Traité — plus précisément son avis sur ce que signifie le Traité — comme étant le droit supérieur qui régit le droit national au Canada et comme si la Commission avait fait en sorte que la loi interne adoptée par le législateur corresponde à ce sens.

[72] Les défendeurs défendent cette approche et nous demandent d'appliquer la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398. Ils affirment que, dans les faits, l'arrêt *Balev* rend le Traité en cause dans cette affaire contraignant en droit canadien. Ainsi, selon eux, la méthode de la Commission, soit interpréter l'article 8 du Traité et supposer ensuite que le paragraphe 2.4(1.1) a mis en œuvre cette interprétation dans son intégralité, était bonne.

[73] Ce n'est pas ce que dit l'arrêt *Balev*. Dans cet arrêt, la Cour suprême a examiné la loi provinciale qui a adopté et intégré, explicitement, intégralement et sans modification, la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. Ainsi, dans cette affaire, la Cour suprême devait interpréter la Convention elle-même. Cela est différent de l'espèce, où le paragraphe 2.4(1.1) n'adopte ou n'intègre pas explicitement l'article 8 du Traité intégralement et sans modification.

[74] Ce n'est pas parce que la législation nationale canadienne est adoptée alors que le Canada a signé un traité et que le préambule de la loi, comme ici, indique qu'elle vise à mettre en œuvre un traité qu'on peut supposer que le législateur a en fait adopté le traité intégralement. En fait, le législateur peut avoir restreint les dispositions du traité ou les avoir étendues. Il peut même avoir fait quelque chose complètement différent.

[75] La décision de la Commission et de nombreuses observations à l'appui de celle-ci démontrent une mauvaise compréhension des liens entre le droit national canadien et le droit international.

a) Les liens justes entre le droit international et le droit national

[76] Lorsqu'ils préparent un argument juridique, certains professeurs de droit, avocats, décideurs administratifs et juges invoquent le droit international — ou parfois simplement l'impression qu'il donne — parce qu'ils le considèrent comme toujours pertinent, convaincant et contraignant. D'autres le considèrent comme un argument supplémentaire et espèrent convaincre ceux qui se laissent facilement influencer par sa provenance prestigieuse et parfois par sa large acceptation. D'autres encore y voient une source de valeurs à privilégier et de normes idéologiques, des munitions pratiques à l'appui d'une cause. Devant une Cour régit par les règles de droit, il s'agit là d'un abus du droit international.

[77] Nous constatons ces abus trop souvent de nos jours. Le droit international n'entre dans les débats judiciaires et administratifs que de manière précise et conforme aux règles de droit établies et à notre cadre constitutionnel : voir *Nation Gitxaala c. La Reine*, 2015 CAF 73.

[78] Il est vrai que certains traités et conventions ont été signés par nombre de pays, dont certains très importants. Il est également vrai que les règles prohibitives du droit international coutumier font partie de notre *common law* : voir *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, au paragraphe 39, et *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5. Mais le droit national — comme une loi, un règlement ou un décret — qui énonce autre chose prévaut toujours. C'est pourquoi lorsque le droit national et le droit international sont tous deux susceptibles d'être pertinents à un problème juridique, il faut toujours commencer par discerner le sens véritable du droit national.

[79] N'oublions pas pourquoi le droit national prévaut. Sur le territoire du Canada, la Constitution du Canada est la loi suprême : voir la *Loi constitutionnelle de 1982*, article 52. Aux termes de la Constitution, les représentants élus au Parlement fédéral et aux législatures provinciales ont le pouvoir exclusif de faire des lois : voir les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *Procureur général du Canada c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 CAF 63, au paragraphe 31, *Williams*, au paragraphe 49, et *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686, au paragraphe 26. En application de notre Constitution, personne d'autre n'a le pouvoir d'établir des lois, et certainement pas les fonctionnaires non élus à l'étranger qui rédigent et règlent les instruments internationaux. À moins que le législateur n'ait fait de délégation valable au pouvoir exécutif, même celui-ci n'a pas le pouvoir de faire des lois : *Williams*, au paragraphe 49, *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61, aux paragraphes 40 à 46. Sauf pour le pouvoir exceptionnel de faire des lois en vertu de la prérogative de la Couronne, un pouvoir que prévoit explicitement l'article 9 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous ne sommes soumis qu'aux lois adoptées par ceux que nous élisons et par ceux qui exercent des pouvoirs législatifs qui leur ont été valablement délégués : voir, p. ex., *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117. Être souverain et autonome sur notre territoire et vivre dans un État démocratique, c'est être régi par des lois adoptées par les personnes que nous élisons.

[80] Pour cette raison fondamentale, les instruments internationaux ne peuvent pas devenir des lois canadiennes sans un acte législatif national. Autrement dit, les instruments internationaux ne sont pas automatiquement exécutoires dans le droit national canadien. Ils doivent être intégrés au

droit national canadien par une loi qui adopte l'instrument international en tout ou en partie ou qui établit des normes empruntées à l'instrument ou liées à celui-ci : voir *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, aux pages 171 et 172, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, et bien d'autres décisions. Si le législateur décide de ne pas adopter un instrument international précis, cet instrument ne devient pas une loi nationale contraignante : voir *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, au paragraphe 137. Ceux qui veulent qu'il soit une loi contraignante n'ont qu'un seul recours : ils doivent persuader certains politiciens de le faire.

[81] Parfois, les instruments internationaux mènent à une loi ou en influencent les termes en totalité ou en partie. Ainsi, les instruments internationaux peuvent jouer un rôle important dans l'interprétation des lois, en faisant légitimement partie de l'analyse du texte, du contexte et de l'objet de la loi. Mais il ne s'agit pas d'une mêlée générale axée sur les résultats : ils entrent dans l'analyse, mais uniquement de manière précise et dans un but précis.

[82] Parfois, le texte d'une loi adopte explicitement l'instrument international intégralement. Dans un tel cas, il n'y a aucun doute, et la tâche d'interprétation se résume donc à l'interprétation de l'instrument international. Il en est ainsi dans l'arrêt *Balev*.

[83] Parfois, le texte d'une loi est ambigu, mais le droit international peut avoir influencé son objet ou son contexte. Dans un tel cas, il convient d'examiner l'instrument international pertinent lors de la détermination du sens véritable de la loi. Dans ce contexte, une ambiguïté signifie que la disposition est « raisonnablement susceptible de donner lieu à plus d'une interprétation »,

qu'elle a « deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s'harmonisent chacune également avec l'intention du législateur », ou que « le texte est suffisamment ambigu pour inciter deux personnes à dépenser des sommes considérables pour faire valoir deux interprétations divergentes » : voir *Bell ExpressVu*, aux paragraphes 29 et 30, *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (HL (Eng)), à la page 222, *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, au paragraphe 14, et John Willis, « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *Rev B. can.* 1, aux pages 4 et 5.

[84] Parfois, le texte d'une disposition semble clair, mais l'objet de la disposition est visé par le droit international. Dans un tel cas, il faut néanmoins examiner le droit international pour voir s'il existe des ambiguïtés latentes à résoudre dans le texte légal et, dans l'affirmative, l'utiliser avec les autres éléments du contexte et de l'objet pour résoudre l'ambiguïté latente : voir *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, *Baker, Canada c. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 C.F. 113 (C.A.F.), et *Pembina County Water Resource District c. Gouvernement du Manitoba*, 2017 CAF 92. Il ne s'agit là que d'une application particulière de la règle générale qui veut que même lorsque le texte de la loi est clair, il faut néanmoins examiner le contexte et l'objet de la loi afin de voir s'il existe des ambiguïtés latentes à résoudre : voir *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 48, et *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, au paragraphe 10, et voir également *CIBC World Markets Inc. c. Canada*, 2019 CAF 147, au paragraphe 27, et *Hillier*, au paragraphe 24.

[85] Si, après avoir ainsi interprété la loi nationale, la Cour conclut que la loi est claire et ne présente aucune ambiguïté patente ou latente, la Cour doit lui donner son sens véritable et l'appliquer. Cela doit être fait même en cas de conflit avec le droit international : voir *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, au paragraphe 35, *Hape*, au paragraphe 54, *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, au paragraphe 50, *Tapambwa c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2019 CAF 34, et *Nation Gitxaala* (2015), au paragraphe 16. En raison de notre régime constitutionnel, le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale.

[86] La prise en compte du droit international dans l'interprétation légale, comme l'interprétation légale elle-même, doit être neutre, sans être axée sur le résultat et sans être tendancieuse : voir *Williams*, aux paragraphes 46 et 48, *Hillier*, au paragraphe 26, et *Sharif*, au paragraphe 51.

[87] Ces principes s'appliquent aux décideurs administratifs ainsi qu'aux tribunaux judiciaires. Comme les tribunaux judiciaires, les décideurs administratifs doivent interpréter les lois en examinant leur texte, leur contexte et leur objet : voir *Vavilov*, aux paragraphes 120 et 121. Comme nous l'avons vu plus haut, en utilisant cette méthode, le droit international n'entre dans l'analyse que de certaines manières précises.

[88] Cependant, les décideurs administratifs comme la Commission sont différents des tribunaux judiciaires puisqu'ils n'ont pas de compétence inhérente ou plénière. Ils ne disposent que des pouvoirs que la loi leur confère explicitement ou implicitement et ils ne doivent

appliquer que les normes explicites et implicites prévues par la loi qui les lie : voir *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, au paragraphe 16, et *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394. Ces normes peuvent intégrer le droit international ou permettre, même implicitement, la prise en compte du droit international. De plus, les règles du droit international coutumier font partie de la *common law* canadienne, sauf si les lois canadiennes les modifient ou en interdisent l'application ou si les lois canadiennes sont incompatibles avec elles, et les décideurs administratifs peuvent tenir compte de ces règles dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire : voir *Vavilov*, au paragraphe 114, *Baker, Hape*, au paragraphe 39, et *Nevsun*.

[89] Pour défendre la décision de la Commission, certains des défendeurs ont fait valoir qu'il faut présumer que la législation nationale est conforme au droit international. Il est vrai qu'une certaine jurisprudence fait état d'une « présomption de conformité » : voir, p. ex., *Vavilov*, au paragraphe 182, *Hape*, *GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, au paragraphe 39 et suivants, et *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176. Mais le mot « présomption » peut induire dangereusement en erreur.

[90] Les lois nationales sont présumées conformes à un traité pertinent, tout comme les lois accordant des bénéfices sont présumées avoir un objet d'amélioration et comme les lois sont présumées s'interpréter de façon équitable et large, mais l'accent, comme toujours, doit être mis

sur ce que le législateur a réellement fait dans la loi : voir *Hillier*, aux paragraphes 37 et 38.

Comme toujours, cela exige une recherche rigoureuse, impartiale et objective du sens véritable de la loi en analysant son texte, son contexte et son objet.

[91] En fait, la présomption exige que la Cour et les décideurs administratifs tiennent compte du droit international pertinent comme élément du contexte de l'adoption de la loi, comme il est expliqué ci-dessus, à moins que la loi n'indique clairement le contraire : voir *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704. Mais la présomption ne permet pas à ceux qui interprètent la loi nationale de conclure hâtivement, sans analyse, que son sens véritable est le même que celui d'un quelconque élément du droit international. Elle ne leur permet pas non plus de déformer ou de modifier le sens véritable de la loi nationale pour la rendre conforme au droit international. Ce serait aller trop loin; notre régime constitutionnel et nos dispositions fondamentales l'interdisent.

[92] Vu de cette façon, la présence du droit international ne nous invite pas à nous écarter de la méthode normale et acceptée d'interprétation des lois; plutôt, dans certaines circonstances bien définies, le droit international est considéré à juste titre comme faisant partie de cette méthode.

b) La démarche de la Commission en l'espèce

[93] En l'espèce, en fait, la Commission s'est penchée sur l'article 8 du Traité, a fait valoir son point de vue sur le sens de cet article sans aucune justification, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à son point de vue. Ce n'est pas une méthode juridique acceptable.

Il s'agit d'un mauvais usage du droit international. La Commission a accordé un statut supérieur au droit international par rapport au droit national. Ce faisant, elle a contrevenu aux règles imposées par la jurisprudence contraignante et les principes fondamentaux.

[94] Dans l'ensemble, pour les motifs qui précèdent, l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission n'est pas fondée. Elle ne peut pas être confirmée.

3) Qu'en est-il alors du paragraphe 2.4(1.1)?

[95] Bien que les demandresses, et les défendeurs qui les soutiennent, aient fait valoir que la décision de la Commission est erronée et qu'ils aient demandé des déclarations à cet égard, ils n'ont pas présenté de vision d'ensemble du sens véritable du paragraphe 2.4(1.1). C'est pourquoi notre Cour ne devrait pas tenter de fournir une orientation complète.

[96] On peut dire ce qui suit en tenant compte des observations présentées. Le paragraphe 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit exclusif. La Commission a utilisé une « disposition déterminative » pour créer un droit qui, simultanément, faisait et ne faisait pas partie du droit de communication. Lorsque la disposition déterminative est mise de côté, il ne reste plus que ce que la Commission elle-même a décrit (au paragraphe 117) comme un « acte préparatoire ». Ceci est conforme à l'utilisation par le législateur des mots « constitue notamment » au paragraphe 2.4(1.1). Il serait contraire au régime de la loi d'établir un tarif pour un acte préparatoire, car cela serait une division des droits dans le but d'ajouter une couche

supplémentaire de redevances : voir *Radio-Canada*, au paragraphe 63, et *Entertainment Software Association*, au paragraphe 9.

[97] S'il n'y a pas de nouveau droit exclusif, rien ne permet à la Commission de conclure qu'une diffusion ne fait pas partie de la mise à la disposition qui l'a précédée, de sorte qu'il convient d'exiger deux redevances distinctes. Comme il n'y a qu'un seul droit en jeu, la seule question est de savoir si le droit a été déclenché, et les seules redevances à payer sont celles exigibles pour l'exercice du droit.

4) Les mesures de redressement

[98] Après qu'une cour de révision a jugé que l'interprétation de la loi par le décideur administratif ne peut être maintenue, elle doit examiner la question des mesures de redressement.

[99] Le redressement habituel est d'annuler la décision administrative et de la renvoyer pour nouvelle décision parce que le législateur a fait du décideur administratif, et non de la cour qui effectue le contrôle, le décideur du fond : voir *Vavilov*, aux paragraphes 140 et 141. Cependant, ce n'est pas toujours le cas. Les mesures de redressement sont discrétionnaires : voir *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202 (qui porte sur le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non des mesures de redressement dans les affaires procédurales), et *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6 (qui porte sur le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non des mesures de redressement pour des vices de fond).

[100] Parfois, la Cour n'accorde pas le redressement habituel parce qu'il ne servirait à rien de renvoyer l'affaire au décideur administratif pour une nouvelle décision : voir, p. ex., *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855, *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, [2012] 1 R.C.F. F-3, *Robbins c. Procureur général du Canada*, 2017 CAF 24, *Maple Lodge Farms Ltd. c. Agence canadienne d'inspection des aliments*, 2017 CAF 45, [2017] 3 R.C.F. F-11, et *Sharif*, aux paragraphes 53 et 54. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec soin, en gardant à l'esprit que c'est le décideur administratif, et non le tribunal qui effectue le contrôle, qui est le décideur du fond : voir *Immeubles Port Louis ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22, aux paragraphes 16 à 19.

[101] La Cour suprême a depuis confirmé la validité de la jurisprudence sur les réparations susmentionnée : voir *Vavilov*, aux paragraphes 139 à 142.

[102] En l'espèce, il est clair qu'il ne servirait à rien de renvoyer l'affaire au décideur administratif pour une nouvelle décision. Dans sa décision connexe du 25 août 2017 (CB-CDA 2017-086), la Commission a estimé que les éléments de preuve présentés étaient insuffisants pour lui permettre de tirer une conclusion sur ce que devrait être le tarif dans ce cas pour le fait de « mettre à la disposition ». Notre Cour a maintenant confirmé la décision connexe : 2020 CAF 101. Renvoyer le paragraphe 2.4(1.1) à la Commission pour nouvelle interprétation ne changerait pas le résultat sur le fond; aucun tarif ne serait fixé pour le fait de « mettre à la disposition ».

[103] Les demanderesse sollicitent des déclarations quant à l'interprétation juste du paragraphe 2.4(1.1). Elles ne donnent aucun motif à l'appui de leur demande. Nous ne savons donc pas pourquoi elles souhaitent des déclarations en l'espèce.

[104] Selon l'expérience de la Cour, de nombreuses parties ne demandent des déclarations que pour mettre en évidence leur redressement, pour le transformer, pour ainsi dire, de redressement en minuscules en redressement en majuscules. Cependant, ce n'est pas le rôle des déclarations; elles ne sont pas comme la touche « Verr. Maj. » sur un clavier, qu'on taperait pour crier.

[105] Les déclarations, qu'on peut accorder en application de l'alinéa 18(1)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, constituent des recours extraordinaires qu'on n'accorde uniquement lorsque cela est nécessaire et utile : voir *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332. On peut y avoir recours pour dénoncer, de manière contraignante pour tous, des actes publics, des décisions ou des dispositions légales précises qui sont contraires à la loi. On peut également y avoir recours pour délimiter, de manière concrète et contraignante pour tous, les droits ou la situation juridique des parties devant la Cour lorsque la délimitation aura une certaine utilité pratique : voir William Wade et Cristopher Forsyth, *Administrative Law*, 11^e éd., New York, Oxford University Press, 2014 aux pages 483 à 491. Le concept clé qui sous-tend l'accessibilité aux déclarations est l'utilité pratique : voir *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99.

[106] En l'espèce, on ne prononce pas de déclaration uniquement pour donner aux motifs d'un jugement annulant une interprétation incorrecte d'une disposition légale — qui lie déjà les autres

parties, la Commission et les cours — un éclat supplémentaire sans raison pratique. Lorsque les motifs du jugement suffisent, le redressement supplémentaire qu'est une déclaration n'est d'aucune utilité pratique et ne sera pas accordé : voir *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 158, et *Bernard c. Procureur général du Canada*, 2018 CAF 23, au paragraphe 7.

[107] En outre, en l'espèce, il n'est pas possible de prononcer de déclaration quant au sens et à l'effet définitifs et complets du paragraphe 2.4(1.1). Nous n'avons pas eu d'argumentation complète à ce sujet. En outre, cela n'aurait aucune incidence pratique sur le résultat de l'instance : compte tenu des éléments de preuve dont elle disposait à l'égard du fait de « mettre à la disposition » en l'espèce, la Commission a décidé de ne pas approuver de tarif.

[108] En l'espèce, la mesure de redressement appropriée est d'annuler la décision de la Commission concernant l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) avec dépens aux demanderesse, et rien de plus.

C. Dispositif proposé

[109] Pour les motifs qui précèdent, j'annulerais la décision de la Commission sur l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* avec dépens aux demanderesse calculés selon le milieu de la colonne III du tarif B.

« David Stratas »

j.c.a.

« Je souscris à ces motifs.

J.D. Denis Pelletier, j.c.a. »

« Je souscris à ces motifs.

D.G. Near, j.c.a. »

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIERS : A-267-17 et A-270-17

**APPEL D'UNE DÉCISION DE LA COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR DU
25 AOÛT 2017, N^o CB-CDA 2017-085**

DOSSIER : A-267-17

INTITULÉ : ENTERTAINMENT SOFTWARE
ASSOCIATION *et al.* c. SOCIÉTÉ
CANADIENNE DES AUTEURS,
COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE
MUSIQUE *et al.*

ET DOSSIER : A-270-17

INTITULÉ : APPLE INC. *et al.* c. SOCIÉTÉ
CANADIENNE DES AUTEURS,
COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE
MUSIQUE *et al.*

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

DATES DE L'AUDIENCE : DU 26 AU 28 NOVEMBRE 2018

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE STRATAS

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE PELLETIER
LE JUGE NEAR

DATE DES MOTIFS : LE 5 JUIN 2020

COMPARUTIONS :

Michael Koch
Sarah Stothart

POUR LES DEMANDERESSES APPLE INC.
ET APPLE CANADA INC.

Gerald Kerr-Wilson
Stacey Smydo

POUR LES
DEMANDERESSES/DÉFENDERESSES
ENTERTAINMENT SOFTWARE
ASSOCIATION, ASSOCIATION
CANADIENNE DU LOGICIEL DE
DIVERTISSEMENT, BELL CANADA,
QUÉBECOR MÉDIA INC., ROGERS
COMMUNICATIONS INC., GOOGLE ET
SHAW COMMUNICATIONS

David Kent
Jonathan O'Hara

POUR LA DÉFENDERESSE PANDORA
MEDIA INC.

Matthew S. Estabrooks
Graeme Macpherson

POUR LA DÉFENDERESSE SOCIÉTÉ
CANADIENNE DES AUTEURS,
COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE
MUSIQUE

Casey Chisick
Eric Mayzel

POUR LA DÉFENDERESSE
CMRRA-SODRAC INC.

Barry Sookman
Daniel G.C. Glover

POUR LA DÉFENDERESSE MUSIC
CANADA

John Cotter

POUR LA DÉFENDERESSE RÉ:SONNE —
SOCIÉTÉ DE GESTION DE LA MUSIQUE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Goodmans LLP
Toronto (Ontario)

POUR LES DEMANDERESSES APPLE INC.
ET APPLE CANADA INC.

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L.,
s.r.l.
Ottawa (Ontario)

POUR LES
DEMANDERESSES/DÉFENDERESSES
ENTERTAINMENT SOFTWARE
ASSOCIATION, ASSOCIATION
CANADIENNE DU LOGICIEL DE
DIVERTISSEMENT, BELL CANADA,
QUÉBECOR MÉDIA INC., ROGERS
COMMUNICATIONS INC., GOOGLE ET
SHAW COMMUNICATIONS INC.

McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Toronto (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE PANDORA
MEDIA INC.

McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Ottawa (Ontario)

Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l. Ottawa (Ontario)	POUR LA DÉFENDERESSE SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE
Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l. Ottawa (Ontario)	POUR LES DÉFENDERESSES BELL MOBILITY INC., QUÉBECOR MÉDIA INC., ROGERS COMMUNICATIONS INC., GOOGLE ET SHAW COMMUNICATIONS
Canadian Copyright Licensing Agency s/n Access Copyright Toronto (Ontario)	POUR LA DÉFENDERESSE CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY S/N ACCESS COPYRIGHT
Cassels Brock & Blackwell LLP Toronto (Ontario)	POUR LA DÉFENDERESSE CANADIAN MEDIA PRODUCERS ASSOCIATION
Ariel Katz Toronto (Ontario)	POUR LE DÉFENDEUR ARIEL KATZ
Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l. Montréal (Québec)	POUR LES DÉFENDERESSES SOCIÉTÉ DE GESTION COLLECTIVE DES DROITS DES PRODUCTEURS DE PHONOGRAMMES ET DE VIDÉOGRAMMES DU QUÉBEC, SOCIÉTÉ DES AUTEURS ET COMPOSITEURS DRAMATIQUES ET SOCIÉTÉ CIVILE DES AUTEURS MULTIMÉDIA
Annie Massicotte Montréal (Québec)	POUR LA DÉFENDERESSE SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DE GESTION COLLECTIVE DES DROITS DE REPRODUCTION
Cassels Brock & Blackwell LLP Toronto (Ontario)	POUR LA DÉFENDERESSE CMRRA-SODRAC INC.
McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l. Toronto (Ontario)	POUR LA DÉFENDERESSE MUSIC CANADA
Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L., s.r.l. Toronto (Ontario)	POUR LA DÉFENDERESSE RÉ:SONNE — SOCIÉTÉ DE GESTION DE LA MUSIQUE