

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

Date : 2023-11-15

Citation : [CB-CDA 2023-057]

Commissaire : L'honorable Luc Martineau

Instance : 71-2023-01 - Totem Médias inc. c CONNECT Music Licensing inc.

DÉCISION SUR REQUÊTE EN REJET D'UNE DEMANDE EN VERTU DE L'ART.71

I. SURVOL

[1] Totem Médias inc. (Totem) est un fournisseur de musique de fond dont l'objectif est d'offrir des services à des établissements commerciaux qui exécutent publiquement de la musique enregistrée. Il fournit à chaque client des copies d'enregistrements sonores d'œuvres musicales entreposées sur un disque dur dans l'établissement du client.

[2] CONNECT Music Licensing Service inc. (CONNECT) est une société de gestion. Elle gère les droits des maisons de disque, des maisons de disque indépendantes, ainsi que des artistes et des réalisateurs qui possèdent ou contrôlent le droit d'auteur des enregistrements sonores et des vidéos de musique produits ou distribués au Canada.

[3] Totem a déposé une demande (la demande) en vertu du paragraphe 71(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* (la *Loi*) le 5 mai 2023. Il demande à la Commission de fixer les redevances qu'il doit verser pour le droit de reproduire des enregistrements sonores publiés dans le répertoire de CONNECT afin de fournir une musique de fond aux entreprises.

[4] Le 30 juin CONNECT a déposé, avec permission, une requête en rejet de la demande aux motifs suivants :

- la Commission n'a pas la compétence pour examiner la demande;
- à titre subsidiaire, la demande de Totem est inappropriée.

[5] La requête en rejet de la demande a été entendue le 19 octobre 2023.

[6] La requête est rejetée.

II. CONTEXTE

Historique procédural

[7] CONNECT a été autorisée à répondre à la demande de Totem (Décision interlocutoire 2023-035).

[8] Totem a déclaré (14 juillet 2023) que :

- CONNECT a mal représenté ses interactions avec Totem et elle n'a pas fourni de réponse substantielle à la demande de Totem;
- Totem a appris depuis que le répertoire de CONNECT a changé (et que celui-ci demanderait donc un taux moins élevé).

[9] Par la suite (19 juillet 2023), CONNECT a demandé l'autorisation de déposer une réplique à la réponse de Totem. Totem a ensuite fait valoir (20 juillet 2023) que CONNECT ne devrait traiter que la question des modifications de son répertoire et qu'elle ne devrait pas être autorisée à présenter d'autres observations découlant de la demande initiale de Totem.

[10] CONNECT a répondu (20 juillet 2023) que les allégations de représentation erronée des interactions entre les parties sont sérieuses et méritent une réplique.

[11] Les parties ont eu la possibilité de faire des observations détaillées au cours de l'audience. La Commission a décidé qu'il n'y aurait pas de dossier de requête déposé aux fins de l'audience. Les parties pouvaient s'appuyer sur le dossier dans son état actuel¹, sauf pour le plan de l'argumentation².

III. QUESTIONS

[12] Nous devons décider si la demande respecte les critères de la *Loi*. Dans l'affirmative, nous devons déterminer si la Commission devrait néanmoins rejeter la demande. Nous examinons trois questions :

1. Y avait-il défaut d'entente au moment de la demande?
2. Le demandeur a-t-il dûment donné un avis?
3. La Commission devrait-elle rejeter la demande?

¹ Décision interlocutoire CB-CDA 2023-046.

² Décision interlocutoire CB-CDA 2023-048.

IV. ANALYSE

QUESTION 1 : Y AVAIT-IL DÉFAUT D'ENTENTE?

Conclusion

[13] Nous constatons que les parties n'avaient pas réussi à s'entendre, ce qui signifie qu'au moment où elle a été déposée, la demande remplissait cette condition statutaire.

Droit

[14] La *Loi* prévoit que :

À défaut d'une entente sur les redevances à verser relativement aux droits prévus aux articles 3, 15, 18, 19 ou 21, ou sur toute modalité afférente, la société de gestion ou l'utilisateur peuvent, après en avoir avisé l'autre partie, demander à la Commission de les fixer, à l'exclusion des redevances visées aux paragraphes 29.7(2) ou (3) ou à l'alinéa 31(2)d)³.

Observations de CONNECT

[15] Selon CONNECT, la Commission n'a pas la compétence pour examiner la demande de Totem du fait que les conditions préalables statutaires pour l'application du paragraphe 71(1) de la *Loi* n'ont pas été remplies, particulièrement la condition selon laquelle la demande n'est valable que si la société de gestion et l'utilisateur « ne réussissent pas » à s'entendre.

[16] CONNECT affirme que des négociations entre les parties étaient en cours au moment de la demande de Totem. Donc, quand la demande a été déposée, « l'exigence statutaire ne s'était pas cristallisée » [traduction].

Observations de Totem

[17] Totem disposait d'une licence de CONNECT depuis le 1^{er} juillet 2011. La plus récente licence est échue depuis le 30 juin 2022.

[18] Le 2 décembre 2022, CONNECT a présenté une entente électronique prête à être signée avec des taux et conditions *statu quo*, applicables le 1^{er} juillet 2022. Les redevances demandées par CONNECT sont jugées par Totem comme « disproportionnellement excessives et non viables du point de vue économique » [traduction].

[19] Le 9 mars 2023, Totem a présenté à CONNECT une offre écrite formelle demandant une réduction des taux de redevances. Totem s'est réservé le droit d'avoir recours à la Commission en vertu du paragraphe 71(1) dans l'éventualité où aucune entente ne pouvait être conclue entre les parties.

[20] Le 11 avril 2023, CONNECT a répondu que les redevances proposées respectaient la norme pour tous les titulaires de licences de CONNECT et qu'elle ne prévoyait pas que ses membres

³ Para 71(1) de la *Loi*.

accepteraient de réduire les redevances. CONNECT a présenté une offre à prendre ou à laisser de signer la licence proposée ou de résilier l'accord de licence et de conclure, à l'avenir, des ententes de licences directement avec des maisons de disques.

[21] Totem a informé CONNECT le 5 mai 2023 qu'il déposerait une demande à la Commission en vertu du paragraphe 71(1).

[22] Totem a indiqué que les conditions liées au dépôt d'une demande en vertu du paragraphe 71(1) ont été respectées : premièrement, il n'y avait pas d'entente entre les parties au moment de la demande. Ceci est renforcé dans la version française du paragraphe 71(1), qui prévoit qu'une demande peut être déposée « à défaut d'une entente »⁴ ou, autrement dit, « dans l'absence d'une entente ». Deuxièmement, Totem a avisé CONNECT avant de déposer sa demande.

[23] Totem a fourni des détails de ses interactions avec CONNECT, y compris une réponse, en date du 11 avril 2023, de la part de Janet Turner, cadre supérieure de CONNECT, Octroi de licences, à la proposition de Totem :

Je voudrais faire le suivi de notre correspondance ci-dessous.

Veillez noter que l'entente de licence entre CONNECT et TOTEM MÉDIAS INC. est arrivée à échéance le 30 juin 2022. Il est impératif pour nous de renouveler ou de résilier l'entente dans les plus brefs délais.

Nous comprenons vos préoccupations relatives aux redevances, mais veuillez noter qu'il s'agit de redevances standard pour tous nos titulaires de licences de compression HD MSS. Selon votre demande, nous en discuterons avec nos membres à notre prochaine réunion, mais nous n'anticipons pas qu'ils réduiront les redevances.

Si vous préférez résilier votre entente avec CONNECT et conclure des ententes de licences directement avec des maisons de disques à l'avenir, nous vous prions de nous en informer.

Dans le cas contraire, veuillez signer le renouvellement de l'entente dans les meilleurs délais. [Traduction].

[24] Selon Totem, il est clair que du point de vue de CONNECT, ses taux sont standard pour tous les titulaires de licences. Bien que la note mentionne une discussion future des taux avec les membres, elle indique qu'une réduction est peu probable. Le courriel se termine par un choix offert à Totem : signer l'entente de renouvellement ou la résilier.

⁴ Para 71(1) de la Loi : « À défaut d'une entente sur les redevances à verser relativement aux droits prévus aux articles 3, 15, 18, 19 ou 21, ou sur toute modalité afférente, la société de gestion ou l'utilisateur peuvent, après en avoir avisé l'autre partie, demander à la Commission de les fixer, à l'exclusion des redevances visées aux paragraphes 29.7(2) ou (3) ou à l'alinéa 31(2)d). »

[25] Totem affirme qu'il n'avait que peu de choix : essayer de conclure des ententes de licence directement avec des maisons de disques, utiliser de la musique enregistrée non représentée par CONNECT ou ses membres, modifier son modèle d'entreprise (fournir de la musique sans reproduire des enregistrements sonores) ou cesser ses activités.

[26] Totem a expliqué qu'à son avis les quatre possibilités ne sont pas viables. Totem a raisonnablement compris de la position de CONNECT que le renouvellement du *statu quo* soit une proposition à prendre ou à laisser.

[27] Totem fait valoir que cette interprétation a été renforcée par l'observation de CONNECT le 30 juin 2023 selon laquelle « il ne s'agit pas d'une négociation de licence sur mesure entre une société de gestion et un utilisateur » [traduction], mais plutôt une « licence standard de services de musique de fond » [traduction]. Pour Totem, cet énoncé contredit directement toute suggestion par CONNECT qu'elle était disposée à s'engager dans des négociations de bonne foi avec Totem pour convenir de taux justes et raisonnables.

[28] Selon Totem, si CONNECT était sincère dans sa disposition à négocier, elle aurait pu offrir une véritable contre-offre à Totem à tout moment au cours des quatre mois qui se sont écoulés depuis que Totem a présenté son offre écrite et qu'elle pourrait encore offrir une contre-offre en tout temps.

Considérations

[29] La séquence des interactions entre les parties avant la demande n'est pas contestée. Ce qui l'est, c'est la manière d'interpréter ces faits.

[30] Nous préférons l'interprétation de Totem : lorsque la demande a été déposée, les parties n'avaient pas réussi à s'entendre sur les redevances. Les discussions se poursuivaient depuis neuf mois, avec peu d'indications qu'elles aboutiraient à un résultat mutuellement satisfaisant.

[31] Lorsqu'on lit les versions française et anglaise de l'article 71 de la *Loi*, il est clair que le seuil à atteindre est plutôt bas. Il semble qu'il a été conçu pour s'assurer qu'une tentative de parvenir à un accord ait existé.

[32] En appliquant les faits à la *Loi*, nous concluons que l'exigence relative à l'impossibilité de se mettre d'accord en vertu du paragraphe 71(1) est respectée dans ce cas.

QUESTION 2 : TOTEM A-T-IL DÛMENT DONNÉ UN AVIS?

Conclusion

[33] Nous concluons que Totem a dûment donné un avis à CONNECT, ce qui signifie que, lorsque la demande a été déposée, elle respectait cette exigence dans la *Loi*

Droit

[34] Le paragraphe 71(1) prévoit que si une société de gestion et un utilisateur ne peuvent s'entendre, la société de gestion ou l'utilisateur peut, après avoir donné un avis à l'autre partie,

demander à la Commission de fixer les taux de redevance ou toute autre modalité ou les deux.
[Soulignement ajouté]

Observations des parties

[35] CONNECT affirme que la demande était prématurée. Totem l'a déposée avant d'avoir reçu la réponse finale de CONNECT sur sa proposition de licence, et était encore moins engagé dans des négociations de bonne foi.

[36] Selon CONNECT, elle a informé Totem qu'elle ne disposait pas d'instructions de ses membres en vue d'offrir à Totem un taux moins élevé de licence, mais qu'elle en discuterait lors de la prochaine réunion pour obtenir les instructions nécessaires. Au lieu d'attendre les résultats de cette réunion, Totem a simplement déposé sa demande en donnant un avis de moins d'une heure à CONNECT.

[37] Totem indique que dans sa proposition écrite du 9 mars à l'intention de CONNECT, il a explicitement fourni à CONNECT un avis selon lequel, si les parties n'arrivaient pas à s'entendre, Totem se réservait le droit de déposer une demande auprès de la Commission pour qu'elle fixe les taux et les modalités de la licence. CONNECT a donc eu un avis de près de deux mois l'informant que Totem déposerait une demande si une entente n'était pas conclue.

[38] Totem a donné un avis à CONNECT le 5 mai 2023, l'informant qu'il déposerait une demande auprès de la Commission en vertu du paragraphe 71(1).

Considérations

[39] La *Loi* n'offre pas de détails particuliers sur le délai, la forme, le contenu ou le niveau de formalité de l'avis.

[40] Appliquer une approche stricte à l'obligation de notification pourrait aller à l'encontre de l'article 12 de la *Loi d'interprétation*⁵. Cela signifierait qu'une partie pourrait se fonder sur une application stricte de l'obligation de notification – une technicalité – pour priver un utilisateur de la sphère de sécurité normalement associée à la demande visée au paragraphe 71(1), qui permet à un utilisateur de maintenir licitement son activité commerciale à certaines conditions⁶.

[41] Une approche flexible sert mieux l'objet du régime qui, à notre avis, est d'assurer des négociations sans contrainte et équilibrées, ainsi que la poursuite des activités sans avoir recours à des moyens moins rentables pour obtenir des licences de contenu. Une telle approche souple prend en compte l'ensemble des circonstances particulières à la question en cause.

[42] Dans le présent cas, compte tenu de l'état des négociations, qui avaient été entreprises depuis plusieurs mois mais qui n'ont pas abouti à un résultat significatif, et en raison des

⁵ Art 12, *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 : « Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. »

⁶ Para 73.5(2) de la *Loi* : « Dans le cas où une demande est faite au titre du paragraphe 71(1), la personne à l'égard de laquelle des redevances ou des modalités afférentes pourraient être fixées peut, avant que la Commission ne rende sa décision finale à l'égard de la demande, accomplir les actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21 qui font l'objet de la demande, si elle offre de payer les redevances applicables conformément à toute modalité afférente. »

communications écrites combinées du 9 mars et du 5 mai 2023, CONNECT avait été dûment avisée de la demande. Autrement dit, CONNECT n'a pas été prise par surprise.

[43] En appliquant les faits au droit, nous concluons que l'exigence d'un avis suffisant pour une demande valide en vertu du paragraphe 71(1) a été respectée.

QUESTION 3 : DEVRIONS-NOUS REJETER LA DEMANDE?

Conclusion

[44] Nous refusons de rejeter la demande.

Droit

[45] Le paragraphe 71(2) de la *Loi* prévoit que « [l]a Commission peut, pour une période qu'elle précise, fixer les redevances, les modalités afférentes ou les deux ». [Soulignement ajouté]

[46] Le paragraphe 71(4) de la *Loi* précise que « la Commission peut refuser de donner suite à une demande faite en vertu du paragraphe (1) ou à une partie d'une telle demande ».

Observations de CONNECT

[47] Même si la compétence de la Commission est reconnue, CONNECT soutient que la Commission a le pouvoir discrétionnaire de refuser une demande de fixer des redevances à tout moment, avec ou sans audience sur le fond.

[48] Lorsqu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire, la Commission devrait refuser une demande si (i) il existe un marché établi et fonctionnel pour la licence; (ii) la demande ne soulève pas d'éléments particuliers justifiant l'examen de la validité ou non du système d'octroi de licences existant; (iii) des considérations d'équité ou d'intérêt public ne justifient pas l'intervention de la Commission.

[49] CONNECT affirme qu'il existe un marché fonctionnel pour la licence. Elle explique qu'elle représente un répertoire non exclusif. Vingt-deux titulaires de licences sont actifs dans le cadre de sa licence standard pour les services de musique de fond. Les mêmes taux et modalités sont en place depuis 2006.

[50] CONNECT explique aussi que Totem (y compris sous son ancien nom d'entreprise) fonctionne dans le cadre de cette licence depuis 2006. La demande de Totem vise des modalités et des redevances qui s'éloignent du régime de licence traditionnel sous lequel fonctionnent tous ses autres concurrents. Selon CONNECT, la seule justification de Totem repose sur l'idée que la pandémie de COVID a eu un effet négatif sur son entreprise et que le taux standard de CONNECT est « élevé ».

[51] CONNECT affirme que la demande de Totem est sans précédent. La Commission n'a jamais été sollicitée pour intervenir de cette manière dans les activités d'un marché d'octroi de licences établi et fonctionnel.

[52] Selon CONNECT, la demande ne soulève aucune considération particulière qui motive une intervention de la Commission. En effet, la Commission a déjà déterminé dans le contexte tarifaire que des réductions de taux ne peuvent plus être justifiées par la COVID.

[53] Enfin, selon CONNECT, des considérations à la fois d'équité et d'intérêt public exigent que la Commission n'intervienne pas, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, il serait inefficace, coûteux et inutilement perturbateur de procéder à une audition pour établir une licence; nous savons déjà ce que des acheteurs consentants paient à des vendeurs consentants sur ce même marché. Ensuite, l'intérêt public ne serait pas servi si une audition complète était accordée sur le fond à un titulaire de licence qui demande simplement une réduction des modalités standard de la licence. Si la Commission devait établir une licence chaque fois qu'un utilisateur le demande, cela porterait atteinte à la gestion collective et aux obligations du Canada issues des traités internationaux en convertissant les droits exclusifs en droits à rémunération.

[54] En fonction de ces critères, CONNECT affirme que les circonstances exigent le rejet de la demande.

Observations de Totem

[55] Totem soutient que sa demande a été faite dans les règles et que la Commission ne peut pas refuser d'exercer sa compétence une fois qu'une demande a été déposée comme il se doit en vertu de l'article 71.

[56] Totem affirme que la Commission ne dispose pas du pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 71(4) de refuser une demande sans en considérer le bien-fondé. Le pouvoir discrétionnaire établi au paragraphe 71(4) est limité en portée, c'est-à-dire restreint au refus de fixer la redevance telle qu'elle a été demandée sur le fond.

[57] Selon Totem, dans le cadre du régime législatif, la Commission doit examiner la demande de Totem sur le fond.

Considérations

[58] Certaines situations peuvent justifier le refus d'une demande qui respecte les conditions statutaires ou toute partie d'une d'elle sans examiner le fond. Par exemple, un tarif vise déjà complètement ou partiellement le champ de la licence contestée.

[59] Nous ne sommes toutefois pas d'accord avec le fait que les motifs avancés par CONNECT justifient le rejet de la demande.

[60] Premièrement, le fait qu'il y ait un marché « établi et fonctionnel » pour la licence ne signifie pas que les redevances dans ce marché respectent les critères établis dans la *Loi*, notamment qu'ils soient « justes et équitables »⁷.

[61] Deuxièmement, la situation d'un utilisateur peut évoluer de manière qu'il ne soit plus en mesure de supporter le « prix » du marché. Le mandat de la Commission est de s'assurer que

⁷ Voir l'art 66.501.

cette situation ne soit pas attribuable au fait que le « prix » soit injuste. Comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada, « [l]'ensemble des pouvoirs que possède la Commission » (y compris le régime du paragraphe 71(1), anciennement numéroté aux articles 70.2 à 70.4 de la *Loi*) « [...] protège les utilisateurs contre l'emprise déloyale que les sociétés de gestion pourraient exercer sur le marché »⁸.

[62] Troisièmement, les motifs de rejet de la demande, de la part de CONNECT, portant sur l'équité et l'intérêt public sont certainement valables, mais seulement dans la mesure où leurs prémisses sont vraies. En vertu de la *Loi*, il est de la prérogative de la Commission de confirmer que les redevances sont justes et équitables, en fonction de plusieurs critères. En ce qui concerne la préoccupation de CONNECT relative aux coûts et aux inefficiences engendrés par une telle demande, la Commission appliquera un processus rapide et informel en tenant compte du principe de la proportionnalité, ce qui, à notre avis, peut être mieux réalisé par la gestion d'instance.

[63] Nous convenons avec CONNECT que la Commission n'est pas obligée d'établir une licence chaque fois qu'un utilisateur le demande. Comme le prévoit la *Loi* et comme il a déjà été remarqué, il peut y avoir des situations qui justifient le rejet d'une demande. Lorsque la Commission fixe les redevances ou les modalités afférentes, elle promeut l'administration collective en veillant à ce que, grâce à la mise en commun des droits exclusifs, les sociétés de gestion mettent en œuvre des pratiques d'octroi de licences équitables et rentables.

V. CONCLUSION

[64] La requête de CONNECT visant à rejeter la demande est refusée.

[65] Une conférence de gestion de l'instance aura lieu sous peu. Les parties sont invitées à fournir conjointement une date. Des détails sur la conférence de gestion de l'instance suivront dès que la date aura été fixée.

⁸ *Université York c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 CSC 32 au para 67.