

A-84-12
2013 FCA 64

A-84-12
2013 CAF 64

National Gallery of Canada (*Applicant*)

Musée des Beaux-Arts du Canada (*appelant*)

v.

c.

Canadian Artists' Representation/Le Front des artistes canadiens

Canadian Artists' Representation/Le Front des artistes canadiens

and

et

Regroupement des artistes en arts visuels du Québec
(*Respondents*)

Regroupement des artistes en arts visuels du Québec
(*intimés*)

and

et

Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (*Intervener*)

Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada (*intervenante*)

INDEXED AS: NATIONAL GALLERY OF CANADA v. CANADIAN ARTISTS' REPRESENTATION

RÉPERTORIÉ : MUSÉE DES BEAUX-ARTS DU CANADA c. LE FRONT DES ARTISTES CANADIENS

Federal Court of Appeal, Noël, Pelletier and Trudel J.J.A.—Ottawa, September 5, 2012 and March 4, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Pelletier et Trudel, J.C.A.—Ottawa, 5 septembre 2012 et 4 mars 2013.

Editor's Note: This decision has been reversed on appeal (2014 SCC 42). The reasons for judgment, delivered on June 12, 2014, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Note de l'arrêtiste : Cette décision a été infirmée en appel (2014 CSC 42). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 12 juin 2014, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Copyright — Judicial review of decision of Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal that applicant failing to bargain in good faith when reversing bargaining position, refusing to bargain artists' minimum fees for right to use existing works with respondents after having done so previously — Applicant, for several years, negotiating with respondents on artists' minimum fees for use of existing works but applicant later reversing bargaining position, refusing to continue to bargain such items — Applicant notifying respondents that respondents' certificate to bargain collectively limited to services, not extending to copyright matters — Respondents filing complaint to Tribunal that applicant failing to bargain in good faith — Tribunal assuming jurisdiction to approve "scale agreement" involving rights assigned by copyright holders to respondents on basis assignments constituting "provision of ... services" within meaning of definition of "scale agreement" found in Status of the Artist Act, s. 5 — Whether applicant's refusal to negotiate scale agreement pertaining to matters relating to copyright (i.e. artists' minimum fees respecting use of existing works) could support

Droit d'auteur — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs a conclu que l'appelant n'a pas négocié de bonne foi lorsqu'il est revenu sur sa position de négociation et a refusé de négocier les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes avec les intimés après l'avoir fait précédemment — Pendant plusieurs années, l'appelant a négocié avec les intimés les tarifs minimums des artistes pour l'utilisation d'œuvres existantes, mais a par la suite changé sa position de négociation et a refusé de poursuivre les négociations sur ces points — L'appelant a avisé les intimés que dans le cadre juridique, leur accréditation pour négocier se limitait au domaine des services et ne s'étendait pas aux questions de droits d'auteur — Les intimés ont déposé une plainte devant le Tribunal, alléguant que l'appelant a fait défaut de négocier de bonne foi — Le Tribunal s'est attribué la juridiction de sanctionner un « accord-cadre » portant sur des droits cédés par des détenteurs de droit d'auteur aux intimés au motif que ces cessions constituaient des « prestations de services » au sens de la définition du terme « accord-cadre » à l'art. 5 de la Loi

Tribunal's finding applicant failing to bargain in good faith — Per Noël J.A. (Trudel J.A. concurring): Matters relating to copyright, including imposition of minimum fees for use of existing works, not coming within parameters of Act; thus Tribunal having no authority to compel parties to negotiate such matters — Applicant could not validly agree to scale agreement affecting copyrights — Therefore, applicant's refusal to pursue negotiations relating thereto could not be attributed to failure to negotiate in good faith — Application allowed — Per Pelletier J.A. (dissenting): Tribunal correctly finding that applicant's reversal of bargaining position, refusal to continue to bargain minimum fees for use of existing works amounting to failure to bargain in good faith — Tribunal's decision, reasoning process justifiable, transparent, intelligible — Tribunal's interpretation of phrase "provision of services" in Act not creating conflict between Act, Copyright Act.

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal that the applicant failed to bargain in good faith when it reversed its bargaining position and refused to bargain minimum fees for the right to use existing works with the respondents after having done so for many months. The *Status of the Artist Act* (Act), which was the relevant Act in this case, provides a framework for the conduct of negotiations between artists' associations and producers with a view to providing, among other things, compensation for artists. Under the *Copyright Act*, the rights to exhibit and to reproduce original works of art are protected.

The applicant argued that the Tribunal's decision could not be maintained since it erred in concluding that authorizing the use of existing works falls within the expression "provision of services" as that term is used in the definition of "scale agreement" in the Act. It also argued that a conflict between the Act and the *Copyright Act* exists and that copyright matters must be dealt with using the mechanisms provided in the *Copyright Act*.

The Tribunal certified the respondent Canadian Artists Representation/Front des artistes canadiens as the representative organization for Canadian visual artists outside Quebec

sur le statut de l'artiste — Il s'agissait de savoir si le refus de l'appelant de négocier un accord-cadre relatif aux questions de droit d'auteur (c.-à-d. les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes) pouvait étayer la conclusion du Tribunal que l'appelant a manqué à son obligation de négocier de bonne foi — Le juge Noël, J.C.A. (la juge Trudel, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Les questions de droit d'auteur, notamment l'imposition de tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes, n'entraient pas dans les paramètres de la Loi et, partant, le Tribunal n'avait pas le pouvoir de contraindre les parties à négocier de telles questions — L'appelant ne pouvait pas valablement conclure un accord-cadre touchant les droits d'auteur — En conséquence, le refus de l'appelant de poursuivre les négociations portant sur ces questions ne pouvait être attribué à un manquement à son devoir de négocier de bonne foi — Demande accueillie — Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident) : Le Tribunal a conclu à juste titre que le revirement de position de l'appelant à l'égard des négociations et son refus de poursuivre les négociations sur les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes équivalaient à un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi — La décision et le processus de raisonnement du Tribunal étaient justifiables, transparents et intelligibles — L'interprétation de l'expression « prestations de services » fournie par le Tribunal ne créait pas de conflit entre la Loi et la Loi sur le droit d'auteur.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs a conclu que l'appelant n'a pas négocié de bonne foi lorsqu'il est revenu sur sa position de négociation et a refusé de négocier les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes avec les intimés après l'avoir fait pendant de nombreux mois. La *Loi sur le statut de l'artiste* (la Loi), qui était la loi pertinente en l'espèce, prévoit un cadre pour les négociations entre les associations d'artistes et de producteurs en vue d'assurer, entre autres, la rémunération des artistes. La *Loi sur le droit d'auteur*, elle, protège le droit de présenter à une exposition et de reproduire des œuvres originales.

L'appelant a fait valoir que la décision du Tribunal ne pouvait pas être maintenue parce que ce dernier a commis une erreur en concluant que l'autorisation d'utiliser les œuvres existantes est visée par l'expression « prestations de services », puisque ce terme est employé dans la définition d'« accord cadre » dans la Loi. Il a également affirmé qu'il y a incompatibilité entre la Loi et la *Loi sur le droit d'auteur* et que les questions de droit d'auteur relèvent des mécanismes prévus dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

Le Tribunal a accrédité le Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens en tant qu'organisation représentative des artistes canadiens en arts visuels à l'extérieur

and the respondent Regroupement des artistes en arts visuels du Québec as the representative organization for visual artists in Quebec. The respondents, after notifying the applicant that they wanted to bargain, advised it that they would negotiate jointly therewith. The spokesperson for the respondents' bargaining committee notified the applicant of the items they wished to bargain, which included artists' fees. For four years, the applicant had agreed to negotiate minimum fees for the use of existing works and had carried on such negotiations despite its reservations. However, at one point, when a new spokesperson was hired, the applicant reversed its bargaining position and refused to continue to bargain those items. The applicant had a law firm prepare an opinion on what its position in the negotiations should be and provided it to the respondents. Further to this legal opinion, the applicant presented a revised draft scale agreement to the respondents in which all references to the minimum fees for the use of existing works had been removed. After several communications between the parties, the applicant notified the respondents, in particular, that its certificate to bargain collectively was limited to services and could not extend automatically to copyright matters. It was defending its position that the scope of the negotiations was limited by the expression "provision of services" in the statutory definition of "scale agreement" in the Act. The respondents then filed their complaint to the Tribunal that the applicant had failed to bargain in good faith.

The Tribunal assumed jurisdiction to approve a "scale agreement" involving rights assigned by copyright holders to the respondents on the basis that these assignments constituted a "provision of ... services" within the meaning of the definition of "scale agreement" found in section 5 of the Act. It concluded, *inter alia*, that it would be inconsistent with the Act's purpose if scale agreements could not contain terms relating to copyright; that the applicant's failure to negotiate or discuss the inclusion of matters relating to copyright, including binding minimum fees in the scale agreement, created a rigid stance resulting in the failure to conclude an agreement; and that the applicant had therefore violated section 32 of the Act by failing to bargain in good faith.

The main issue was whether the applicant's refusal to negotiate a scale agreement pertaining to matters relating to copyright — specifically minimum fees with respect to the use of existing works — could support the Tribunal's finding that the applicant failed to bargain in good faith.

Held (Pelletier J.A. dissenting), the application should be allowed.

du Québec et le Regroupement des artistes en arts visuels du Québec à titre d'organisation représentative des artistes en arts visuels au Québec. Les intimés, après avoir envoyé un avis de négociation à l'appelant, l'ont informé qu'ils mèneraient des négociations conjointes. Le porte-parole du comité de négociation des intimés a avisé l'appelant des points qu'ils souhaitaient négocier, notamment le tarif des artistes. Pendant quatre ans, l'appelant a accepté de négocier les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes et a effectivement poursuivi ces négociations malgré ses réserves. Cependant, lorsqu'un nouveau porte-parole a été embauché, l'appelant a changé sa position de négociation et a refusé de poursuivre les négociations sur ces points. L'appelant a fait préparer par un cabinet d'avocats un avis juridique sur la position qu'il devait prendre dans les négociations et l'a transmis aux intimés. À la suite de cet avis juridique, l'appelant a présenté aux intimés une version révisée de l'accord-cadre, dans laquelle toutes les mentions relatives aux tarifs minimums pour l'utilisation des œuvres existantes avaient été supprimées. Après plusieurs communications entre les parties, l'appelant a avisé les intimés, en particulier, que dans le cadre juridique, leur accreditation pour négocier se limitait au domaine des services et ne pouvait pas automatiquement s'étendre aux questions de droits d'auteur. Il défendait sa position selon laquelle la portée des négociations était limitée par l'expression « prestations de services » de la définition d'« accord-cadre » dans la Loi. Les intimés ont par la suite déposé leur plainte devant le Tribunal, alléguant que l'appelant a fait défaut de négocier de bonne foi.

Le Tribunal s'est attribué la juridiction de sanctionner un « accord-cadre » portant sur des droits cédés par des détenteurs de droit d'auteur aux intimés au motif que ces cessions constituaient des « prestations de services » au sens de la définition du terme « accord-cadre » à l'article 5 de la Loi. Il a conclu, entre autres, qu'il serait incompatible avec le but de la Loi que les accords-cadres ne comportent pas de dispositions relatives aux droits d'auteur, que le refus de l'appelant de négocier ou de discuter de l'inclusion de questions de droit d'auteur, y compris de tarifs minimums dans un accord-cadre, était une position inflexible qui a empêché les parties de s'entendre pour conclure une entente, et que l'appelant avait donc violé l'article 32 de la Loi en ne négociant pas de bonne foi.

La principale question en litige était de savoir si le refus de l'appelant de négocier un accord-cadre relatif aux questions de droit d'auteur — plus précisément les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes — pouvait étayer la conclusion du Tribunal que l'appelant a manqué à son obligation de négocier de bonne foi.

Arrêt (le juge Pelletier, J.C.A., dissident) : la demande doit être accueillie.

Per Noël J.A. (Trudel J.A. concurring): This was the first time that the Tribunal ruled at the negotiation stage on a scale agreement pertaining to pre-existing works, i.e. works that are not the result of a provision of services by an artist for a producer. The respondents' argument that the Act applied in this context despite the obvious conflicts with the *Copyright Act* was rejected. Where scale agreements pertain to commissioned works ("*oeuvres commandées*" in French), no copyright is involved since the work does not exist at the time the agreement is signed. Consequently, the "provision of ... services" required to realize the commissioned work and the rights of use that an artist may assign respecting the contemplated work do not entail any possible conflict with the *Copyright Act*. Conflicts with the *Copyright Act* only arise where one seeks to extend scale agreements to works that are created otherwise than in the context of a commission, as the Tribunal did in this case. In extending the application of the Act to works made otherwise than in the context of a commission, the Tribunal distorted the words used by Parliament. No linguistic gymnastics could justify the assertion that the assignment of a copyright is a "provision of artists' services".

A copyright is not a "service" under any acceptance. A copyright consists of rights recognized and protected by law owned by an artist in relation to his or her work (*Copyright Act*, section 3). The result is that the assignment of such rights gives rise to a transfer of property. A transfer of property could not be described as a "provision of ... services". There is nothing to which the assignment of a right to use a work can relate unless the assignment is made in the context of a "provision of ... services", which was not the case herein. There was no rational basis for the Tribunal's proposition that absent such services ... the right to use an existing work is a service that the artist who holds the copyright may provide to a producer. The phrase "provision of ... services" has a plain meaning which contemplates the creation of artistic works for specified producers.

Paragraph 6(2)(a) of the Act sets out the scope of application of the part of the Act that was relevant in this case. When read in context, it can be seen that a "scale agreement" contemplates the imposition of minimum conditions for the provision of such services and for compensation for the use of the works thereby created, including their public lending. These goals can be attained without giving rise to any conflict with the rights protected by the *Copyright Act*. The fact that no harmonization provision was enacted was testimony to the fact that no conflict was envisaged. It could be safely assumed that such measures would be found in the Act or the *Copyright*

Le juge Noël, J.C.A. (la juge Trudel, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : C'était la première fois que le Tribunal se prononçait à l'étape de la négociation sur un accord-cadre relatif à des œuvres préexistantes, c.-à-d. des œuvres qui ne résultent pas de la prestation de services par un artiste pour un producteur. L'argument de l'appelant selon lequel la Loi s'applique dans ce contexte malgré les conflits évidents avec la *Loi sur le droit d'auteur* a été rejeté. Lorsqu'un accord-cadre a trait à des œuvres commandées (« *commissioned works* » selon l'expression anglaise), aucun droit d'auteur n'est en cause puisque l'œuvre n'existe pas au moment de la signature de l'entente. Il s'ensuit que les « prestations de services » requises pour la réalisation de l'œuvre commandée et les droits d'utilisation qu'un artiste peut céder à l'égard de cette œuvre ne donnent lieu à aucun conflit possible avec la *Loi sur le droit d'auteur*. Des conflits avec la *Loi sur le droit d'auteur* surviennent uniquement lorsque l'on fait porter des accords-cadres sur des œuvres créées autrement que dans le contexte d'une œuvre commandée, comme le Tribunal l'a fait en l'espèce. En élargissant la portée de la Loi de façon à ce qu'elle s'applique aux œuvres créées autrement que dans le contexte d'une œuvre commandée, le Tribunal a dénaturé les mots utilisés par le législateur. Aucune gymnastique linguistique ne peut servir à démontrer que les cessions de droits d'auteur constituent des « prestations de services des artistes ».

Un droit d'auteur n'est pas un « service ». Le droit d'auteur comporte des droits reconnus et protégés par la loi que détient un artiste à l'égard de son œuvre (article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*). Il en résulte que la cession de tels droits donne lieu à un transfert de bien, et un transfert de bien ne peut être qualifié de « prestation de services ». Il n'existe rien à quoi puisse être reliée la cession d'un droit portant sur l'utilisation d'une œuvre, à moins que cette cession soit effectuée dans le contexte de « prestations de services », ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Il n'y avait pas de fondement rationnel pour la thèse du Tribunal voulant qu'en l'absence de tels services, le droit d'utiliser une œuvre existante constitue un service que l'artiste détenant le droit d'auteur sur cette œuvre peut fournir à un producteur. L'expression « prestations de services » a un sens clair qui vise la création d'œuvres artistiques pour le compte de producteurs désignés.

L'alinéa 6(2)a) de la Loi prévoit la portée de l'application de la partie de la Loi pertinente en l'espèce. Dans ce contexte, il ressort qu'un « accord-cadre » prévoit l'imposition de conditions minimales pour la prestation de tels services et l'indemnisation pour l'utilisation des œuvres ainsi créées, notamment leur prêt public. Il est possible de réaliser ces objectifs sans engendrer quelque conflit que ce soit avec les droits protégés par la *Loi sur le droit d'auteur*. Le fait qu'aucune mesure d'harmonisation n'ait été adoptée dénote qu'aucun conflit n'était envisagé. Il serait possible de supposer, sans crainte de se tromper, que de telles mesures se

Act or both if the two statutes were intended to deal with copyrights as the Tribunal held.

Therefore, matters relating to copyright, including the imposition of minimum fees for the use of existing works, do not come within the parameters of the Act, and thus the Tribunal had no authority to compel the parties to negotiate such matters. The applicant could not validly agree to a scale agreement affecting copyrights. It follows that its refusal to pursue negotiations relating to these matters could not be attributed to a failure to negotiate in good faith.

Per Pelletier J.A. (dissenting): The Tribunal correctly found that the applicant's reversal of its bargaining position and its refusal to continue to bargain items such as minimum fees for the use of existing works amounted to a failure to bargain in good faith. The Tribunal's conclusion that the applicant failed to bargain in good faith was reasonable and its decision and reasoning process were justifiable, transparent and intelligible. Its interpretation of the phrase "provision of services" included in the definition of the term "scale agreement" in section 5 of the Act was reasonable. The fact that copyright is property did not preclude a finding that granting another the right to use that property is a service. The granting of a license is a service provided by the artist, as contemplated by the definition of "scale agreement" in the Act. The setting of fees is not one of the matters which are specifically and exclusively reserved to the artist in section 3 of the *Copyright Act* and is therefore not a matter referred to in subsection 13(4) thereof. The Tribunal's interpretation of the expression "provision of services" did not create a conflict between the Act and the *Copyright Act*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Act respecting the professional status and conditions of engagement of performing, recording and film artists*, R.S.Q., c. S-32.1.
- Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters*, R.S.Q., c. S-32.01.
- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 22.
- Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 3, 13(4).
- Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, s. 51.
- Status of the Artist Act*, S.C. 1992, c. 33, ss. 2, 3, 5 "scale agreement", 6(2)(a), 18, 21, 32, 53(2).

trouveraient dans la Loi ou dans la *Loi sur le droit d'auteur* ou dans les deux si les deux lois visaient les droits d'auteur, comme l'a maintenu le Tribunal.

Par conséquent, les questions de droit d'auteur, notamment l'imposition de tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes, n'entraient pas dans les paramètres de la Loi et, partant, le Tribunal n'avait pas le pouvoir de contraindre les parties à négocier de telles questions. L'appelant ne pouvait pas valablement conclure un accord-cadre touchant les droits d'auteur. En conséquence, son refus de poursuivre les négociations portant sur ces questions ne pouvait être attribué à un manquement à son devoir de négocier de bonne foi.

Le juge Pelletier, J.C.A. (dissent) : Le Tribunal a conclu à juste titre que le revirement de position de l'appelant à l'égard des négociations et son refus de poursuivre les négociations sur certains points, comme les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes, équivalaient à un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi. La conclusion du Tribunal que l'appelant a fait défaut de négocier de bonne foi était raisonnable, et sa décision et son processus de raisonnement étaient justifiables, transparents et intelligibles. Son interprétation de l'expression « prestations de services » employée dans la définition d'« accord-cadre » à l'article 5 de la Loi était également raisonnable. Le fait que le droit d'auteur est un bien n'empêchait pas de conclure que l'octroi du droit d'utiliser ce bien est un service. La concession d'une licence est un service fourni par l'artiste, comme le prévoit la définition d'« accord-cadre » dans la Loi. L'établissement de tarifs n'est pas un des aspects réservés précisément et exclusivement à l'artiste dans l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* et n'est donc pas mentionné au paragraphe 13(4) de cette loi. L'interprétation de l'expression « prestations de services » fournie par le Tribunal ne créait pas de conflit entre la Loi et la *Loi sur le droit d'auteur*.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 22.
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3, 13(4).
- Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, ch. 33, art. 2, 3, 5 « accord-cadre », 6(2)a, 18, 21, 32, 53(2).
- Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*, L.R.Q., ch. S-32.01.
- Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, L.R.Q., ch. S-32.1.
- Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, art. 51.

CASES CITED

CONSIDERED:

Public Performance of Sound Recordings (Re) (1999), 3 C.P.R. (4th) 350 (Copyright Bd.); *Writers' Union of Canada*, 1998 CAPPRT 028, 84 C.P.R. (3d) 329; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, (1997), 151 D.L.R. (4th) 32; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, (1997), 193 A.R. 321; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550, (1996), 139 D.L.R. (4th) 415; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178; *Writers Guild of Canada*, R-41-94, May 11, 1995, online: <http://www.crt.gouv.qc.ca/fileadmin/documents/decisions/1995_05_11.pdf>.

REFERRED TO:

Canadian Artists' Representation, 2003 CAPPRT 047; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24, (1988), 53 D.L.R. (4th) 29 (C.A.); *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150, (1985), 21 D.L.R. (4th) 1.

AUTHORS CITED

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

APPLICATION for judicial review of a decision (*Canadian Artists' Representation*, 2012 CAPPRT 053) of the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal that the applicant failed to bargain in good faith when it reversed its bargaining position and refused to bargain minimum fees for the right to use existing works with the respondents after having done so previously. Application allowed, Pelletier J.A. dissenting.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Exécution publique d'enregistrements sonores (Re), [1999] D.C.D.A. n° 3 (Comm. du droit d'auteur) (QL); *Writers' Union of Canada*, 1998 TCRPAP 028; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Writers Guild of Canada*, R-41-94, 11 mai 1995, en ligne : <http://www.crt.gouv.qc.ca/fileadmin/documents/decisions/1995_05_11.pdf>.

DÉCISIONS CITÉES :

Front des artistes canadiens, 2003 TCRPAP 047; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.); *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*Le Front des artistes canadiens*, 2012 TCRPAP 053) par laquelle le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs a conclu que l'appelant n'avait pas négocié de bonne foi lorsqu'il était revenu sur sa position de négociation et avait refusé de négocier les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes avec les intimés après l'avoir fait pendant de nombreux mois. Demande accueillie, le juge Pelletier, J.C.A., étant dissident.

APPEARANCES

Guy P. Dancosse and Shawn Connelly for applicant.
David Yazbeck and Wassim Garzouzi for respondents.
Colette Matteau for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, LLP,
 Montréal, for applicant.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l.,
 Ottawa, for respondents.
Matteau Poirier, Montréal, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A. (dissenting): The Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal (the Tribunal) found that the National Gallery of Canada (the National Gallery) failed to bargain in good faith when it reversed its bargaining position and refused to bargain minimum fees for the right to use existing works with CARFAC/RAAV (see below) after having done so for many months. This decision, reported as *Canadian Artists' Representation*, 2012 CAPPRT 053 (the Tribunal reasons) is the subject of this application for judicial review.

[2] The issue before the Court is whether the Tribunal's conclusion that the National Gallery bargained in bad faith can be maintained. The National Gallery says that it cannot because the Tribunal erred in concluding that authorizing the use of existing works falls within the expression "provision of ... services" as that term is used in the definition of "scale agreement" [section 5] in the *Status of the Artist Act*, S.C. 1992, c. 33 (the Act). The National Gallery also posits a conflict between the *Copyright Act*, R.S.C., 1985 c. C-42 and the Act, and takes the position that copyright matters must be dealt with using the mechanisms provided in the *Copyright Act*.

[3] For the reasons which follow, I am of the view that the definition of "services" is not determinative of this appeal. Whether the definition of "scale agreement" compelled it do so or not, the National Gallery agreed to

ONT COMPARU

Guy P. Dancosse et Shawn Connelly pour l'appelant.
David Yazbeck et Wassim Garzouzi pour les intimés.
Colette Matteau pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Lapointe Rosenstein Marchand Melançon,
 s.e.n.c.r.l., s.r.l., Montréal, pour l'appelant.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, s.e.n.c.r.l.,
 s.r.l., Ottawa, pour les intimés.
Matteau Poirier, Montréal, pour l'intervenante.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissident) : Le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs (le Tribunal) a conclu que le Musée des Beaux-Arts du Canada (le MBAC) n'avait pas négocié de bonne foi lorsqu'il était revenu sur sa position de négociation et avait refusé de négocier les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes avec CARFAC/RAAV (voir ci-dessous), après l'avoir fait pendant de nombreux mois. La décision, répertoriée sous l'intitulé *Front des artistes canadiens*, 2012 TCRPAP 053 (les motifs du Tribunal), fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

[2] La Cour doit déterminer si la conclusion du tribunal selon laquelle le MBAC a négocié de mauvaise foi peut être maintenue. Le MBAC dit qu'elle ne peut pas être maintenue, parce que le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'autorisation d'utiliser les œuvres existantes est visée par l'expression « prestations de services », puisque ce terme est employé dans la définition d'« accord cadre » [article 5] dans la *Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, ch. 33 (la Loi). Le MBAC affirme également qu'il y a incompatibilité entre la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, et la Loi et il prétend que les questions de droit d'auteur relèvent des mécanismes prévus dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

[3] Pour les motifs exposés ci-dessous, j'estime que la définition de « services » n'est pas déterminante en l'espèce. Que la définition d'« accord-cadre » l'ait obligé ou non, le MBAC a accepté de négocier les tarifs

negotiate minimum fees for the use of existing works and, indeed, carried on such negotiations for four years. The issue before the Tribunal was whether, in those circumstances, the National Gallery's reversal of its bargaining position and its refusal to continue to bargain those items amounted to a failure to bargain in good faith. The Tribunal found it did. I agree. I would therefore dismiss the application for judicial review with costs.

minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes et a effectivement poursuivi ces négociations pendant quatre ans. La question en litige devant le Tribunal était de déterminer si, dans les circonstances, le revirement de position du MBAC à l'égard des négociations et son refus de poursuivre les négociations sur ces points équivalaient à un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi. Le Tribunal a conclu que c'était bien le cas. Je suis d'accord. Par conséquent, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire avec dépens.

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

[4] The balance of these reasons will be easier to follow if one has a grasp of the relevant portions of the Act. The Act begins with a recognition of the contributions of artists to Canadian society and a declaration of the rights of artists:

Proclamation

2. The Government of Canada hereby recognizes

(a) the importance of the contribution of artists to the cultural, social, economic and political enrichment of Canada;

(b) the importance to Canadian society of conferring on artists a status that reflects their primary role in developing and enhancing Canada's artistic and cultural life, and in sustaining Canada's quality of life;

(c) the role of the artist, in particular to express the diverse nature of the Canadian way of life and the individual and collective aspirations of Canadians;

(d) that artistic creativity is the engine for the growth and prosperity of dynamic cultural industries in Canada; and

(e) the importance to artists that they be compensated for the use of their works, including the public lending of them.

Policy statement

3. Canada's policy on the professional status of the artist, as implemented by the Minister of Canadian Heritage, is based on the following rights:

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[4] La compréhension des passages pertinents de la Loi permettra de suivre plus facilement le reste des présents motifs. La Loi reconnaît d'abord la contribution des artistes à la société canadienne et poursuit avec une déclaration des droits des artistes :

2. Le gouvernement du Canada reconnaît : Déclaration

a) l'importance de la contribution des artistes à l'enrichissement culturel, social, économique et politique du Canada;

b) l'importance pour la société canadienne d'accorder aux artistes un statut qui reflète leur rôle de premier plan dans le développement et l'épanouissement de sa vie artistique et culturelle, ainsi que leur apport en ce qui touche la qualité de la vie;

c) le rôle des artistes, notamment d'exprimer l'existence collective des Canadiens et Canadiennes dans sa diversité ainsi que leurs aspirations individuelles et collectives;

d) la créativité artistique comme moteur du développement et de l'épanouissement d'industries culturelles dynamiques au Canada;

e) l'importance pour les artistes de recevoir une indemnisation pour l'utilisation, et notamment le prêt public, de leurs œuvres.

3. La politique sur le statut professionnel des artistes au Canada, que met en œuvre le ministre du Patrimoine canadien, se fonde sur les droits suivants :

Fondements de la politique

(a) the right of artists and producers to freedom of association and expression;

(b) the right of associations representing artists to be recognized in law and to promote the professional and socio-economic interests of their members; and

(c) the right of artists to have access to advisory forums in which they may express their views on their status and on any other questions concerning them. [My emphasis.]

a) le droit des artistes et des producteurs de s'exprimer et de s'associer librement;

b) le droit des associations représentant les artistes d'être reconnues sur le plan juridique et d'œuvrer au bien-être professionnel et socio-économique de leurs membres;

c) le droit des artistes de bénéficier de mécanismes de consultation officiels et d'y exprimer leurs vues sur leur statut professionnel ainsi que sur toutes les autres questions les concernant. [Non souligné dans l'original.]

[5] The Act establishes the Tribunal and grants it the jurisdiction to certify artists' and producers' associations whose roles are to negotiate a scale agreement on behalf of those it represents. A scale agreement is defined as:

5. ...

“scale agreement”
« accord-cadre »

“scale agreement” means an agreement in writing between a producer and an artists' association respecting minimum terms and conditions for the provision of artists' services and other related matters;

[5] La Loi constitue le Tribunal et lui accorde la compétence lui permettant d'accréditer les associations d'artistes et de producteurs dont le rôle est de négocier un accord-cadre au nom des membres qu'elles représentent. La définition d'un accord-cadre est la suivante :

5. [...]

« accord-cadre » Accord écrit conclu entre un producteur et une association d'artistes et comportant des dispositions relatives aux conditions minimales pour les prestations de services des artistes et à des questions connexes.

« accord-cadre »
“scale agreement”

[6] Once a representative organization has given a producer notice to bargain, then:

Duty to bargain and not to change terms and conditions

32. Where a notice to begin bargaining has been issued under section 31,

(a) the artists' association and the producer shall without delay, but in any case within twenty days after the notice was issued, unless they otherwise agree,

(i) meet, or send authorized representatives to meet, and begin to bargain in good faith, and

(ii) make every reasonable effort to enter into a scale agreement; and

[6] Donc, après qu'une organisation représentative a donné l'avis de négociation à un producteur :

32. Une fois l'avis de négociation donné, les règles suivantes s'appliquent :

a) sans retard et, en tout état de cause, dans les vingt jours qui suivent ou dans le délai dont ils sont convenus, l'association d'artistes et le producteur doivent se rencontrer et entamer des négociations de bonne foi, ou charger leurs représentants autorisés de le faire en leur nom, et faire tout effort raisonnable pour conclure un accord-cadre;

Obligation de négocier et de ne pas modifier les modalités

[7] The Tribunal has the authority to determine whether an artist's representative organization has engaged in an unfair practice or has otherwise failed to comply with its obligations under the Act. In deciding

[7] Le Tribunal a le pouvoir de déterminer si l'organisation représentative des artistes s'est engagée dans une pratique déloyale ou ne s'est pas conformée d'une façon quelconque à ses obligations aux termes de la Loi. Pour

those questions, and any other question which may come before it:

Criteria for application by Board

18. The Tribunal shall take into account

(a) in deciding any question under this Part, the applicable principles of labour law;

[8] Finally, the Tribunal's decisions are protected from review:

Determination or order — no review by court

21. (1) Subject to this Part, every determination or order of the Tribunal is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Courts Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

No review by *certiorari*, etc.

(2) Except as permitted by subsection (1), no determination, order or proceeding made or carried on, or purporting to be made or carried on, by the Tribunal shall be questioned, reviewed, prohibited or restrained on any ground, including the ground that the Tribunal did not have jurisdiction or exceeded or lost its jurisdiction, or be made the subject of any proceeding in or any process of any court on any such ground, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise.

[9] In summary, the Act provides a framework, based on the labour relations model, for the conduct of negotiations between artists' associations and producers with a view to providing, among other things, compensation for artists.

THE FACTS

[10] The Tribunal certified the Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens (CARFAC) as the representative organization for Canadian visual artists outside Quebec and Regroupement des artistes en arts visuels du Québec (RAAV) as the representative organization for visual artists in Quebec.

[11] Before proceeding, it is necessary to clarify an expression used in the balance of these reasons. The

trancher ces points et tout autre point susceptible d'être porté à son attention :

18. Le Tribunal tient compte, pour toute question liée : Critères

a) à l'application de la présente partie, des principes applicables du droit du travail;

[8] Enfin, les décisions du Tribunal sont protégées contre une révision :

21. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les décisions et ordonnances du Tribunal sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de la *Loi sur les Cours fédérales* et dans le cadre de cette loi. Révision

(2) Sauf dans les cas prévus au paragraphe (1), aucune mesure prise ou censée prise par le Tribunal dans le cadre de la présente partie ne peut, pour quelque motif, y compris pour excès de pouvoir ou incompétence, être contestée, révisée, empêchée ou limitée ou faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*. Interdiction des recours extraordinaires

[9] En résumé, la Loi prévoit un cadre, fondé sur le modèle des relations de travail, pour les négociations entre les associations d'artistes et de producteurs en vue d'assurer, entre autres, la rémunération des artistes.

LES FAITS

[10] Le Tribunal a accrédité le Canadian Artists' Representation/ Front des artistes canadiens (le CARFAC) en tant qu'organisation représentative des artistes canadiens en arts visuels à l'extérieur du Québec et le Regroupement des artistes en arts visuels du Québec (le RAAV) à titre d'organisation représentative des artistes en arts visuels au Québec.

[11] Il faut avant tout clarifier une expression utilisée dans la suite des présents motifs. Le MBAC emploie

National Gallery uses the phrase “copyright-related issues” to refer to matters which can only be dealt with by the copyright holder (such as the granting of licences or assignments of copyright) or by someone authorized in writing by the copyright holder, as required by subsection 13(4) of the *Copyright Act*. For the sake of consistency, I will use the phrase “copyright-related issues” in the same way.

[12] In early 2003, CARFAC and RAAV (collectively, CARFAC/RAAV) each gave the National Gallery notice to bargain. Later in that year, CARFAC/RAAV advised the National Gallery that they would negotiate jointly.

[13] Given that the issue is whether the National Gallery failed to negotiate in good faith, I think it is important to set out, in some detail, the course of negotiations between the parties.

[14] The initial meeting between the parties was held on December 1, 2003. On January 5, 2004, Mr. Karl Beveridge, the spokesperson for CARFAC/RAAV’s bargaining committee wrote to his counterpart at the National Gallery, Mr. Daniel Amadei, setting out a list of items which CARFAC/RAAV wished to bargain:

1. Fees (this includes all fees as per the CARFAC fee schedule including exhibition, reproduction, web/virtual/digital, permanent collection, lectures, etc.)
2. All other payments (installation, meet the press, gallery talks, etc.)
3. Contracts (exhibition, commissions, web, performance, lecture, purchase (excluding sale price), etc.)

The letter went on to say:

You agreed to confirm in writing that these items are the items that we will be negotiating at the table. We additionally note that you have already agreed in principle to bargain the items listed above.

(Application record, Vol. 15, at page 2836.)

la formule « questions de droit d’auteur » (*copyright-related issues*) pour désigner les questions (comme la concession, par une licence, ou la cession d’un droit d’auteur) que seuls le titulaire du droit d’auteur ou une personne autorisée par écrit par le titulaire du droit d’auteur peut régler, comme l’exige le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Par souci de cohérence, j’utiliserai l’expression « questions de droit d’auteur » de la même façon.

[12] Au début de 2003, le CARFAC et le RAAV (collectivement, CARFAC/RAAV) ont chacun signifié l’avis de négociation au MBAC. Plus tard au cours de la même année, CARFAC/RAAV ont informé le MBAC qu’ils mèneraient des négociations conjointes.

[13] Étant donné que la question est de savoir si le MBAC a fait défaut de négocier de bonne foi, je pense qu’il importe de présenter de manière détaillée le déroulement des négociations entre les parties.

[14] Les parties se sont rencontrées pour la première fois le 1^{er} décembre 2003. Le 5 janvier 2004, M. Karl Beveridge, porte-parole du comité de négociation de CARFAC/RAAV, a écrit à son homologue au MBAC, M. Daniel Amadei, afin de lui exposer une liste de points que CARFAC/RAAV souhaitaient négocier :

[TRADUCTION]

1. Indemnités (cela englobe toutes les indemnités, conformément à la grille tarifaire de CARFAC, notamment les tarifs pour les expositions, la reproduction, le contenu Internet/virtuel/numérique, la collection permanente, les conférences, etc.)
2. Tous les autres paiements (installation, rencontre avec la presse, visites-conférences, etc.)
3. Contrats (exposition, commandes, Internet, prestation, conférence, achat (excluant le prix de vente), etc.)

Il ajoutait dans sa lettre :

[TRADUCTION] Vous avez accepté de confirmer par écrit que ces points sont ceux qui seront négociés à la table. De plus, nous constatons que vous avez déjà convenu, en principe, de négocier les points énumérés ci-dessus.

(DD [dossier de la demande], vol. 15, à la page 2836.)

[15] It should be noted at this point that the right to exhibit (applicable to works created after June 7, 1988) and to reproduce original works of art are protected by copyright: see *Copyright Act*, paragraphs 3(1)(a) and (g).

[16] Mr. Pierre Théberge, the director of the National Gallery, responded to this letter. The relevant portions of his response were:

I confirm that Mr. Amadei has the authority to reach a tentative agreement with RAAV and CARFAC on the subjects that are under his authority. It is possible that some items to be discussed may require consultation with his colleagues or myself. Since we do not know the details of your intentions regarding some issues, we are uncertain if other NGC representatives will be involved. We are seeking legal advice, and wish to advise you that Mr. Amadei may be accompanied by a councillor.

I understand that Mr. Amadei stated at your first meeting that although we are ready to discuss all items listed in your letter, it may not be in the NGC's authority to implement new programs or modify rules and procedure of existing structures.

(Application record, Vol. 15, at page 2839.)

[17] This carefully worded response (“Mr. Amadei has the authority to reach a tentative agreement ... on subjects that are under his authority”) did not directly address the question raised by Mr. Beveridge. Notwithstanding Mr. Théberge's evasiveness, the issue of minimum fees was on the bargaining agenda from the beginning of the talks between the parties until the events giving rise to this application.

[18] This is confirmed by the fact that, on February 3, 2005, Mr. Amadei proposed the following topics for discussion at the meeting scheduled for February 23 and 24, 2005:

1. Contracts (Exhibition, Installation, and Performance)
2. Reproduction fees
3. Permanent Collection

[15] Il convient de noter ici que le droit de présenter à une exposition (applicable aux œuvres créées après le 7 juin 1988) et de reproduire des œuvres originales est protégé par le droit d'auteur (voir la *Loi sur le droit d'auteur*, alinéas 3(1)(a) et g)).

[16] M. Pierre Théberge, directeur du MBAC, a répondu à cette lettre. Voici les passages pertinents de sa réponse :

[TRADUCTION] Je confirme que M. Amadei est habilité à conclure un accord de principe avec le RAAV et le CARFAC relativement aux sujets qui relèvent de sa compétence. Il est possible qu'il doive consulter ses collègues ou moi-même concernant certains sujets de discussion. Comme nous ne sommes pas au courant de vos intentions précises à l'égard de certaines questions, nous ne savons pas avec certitude si d'autres représentants du MBAC interviendront. Nous allons obtenir un avis juridique et souhaitons vous informer que M. Amadei pourrait être accompagné d'un conseiller.

Je crois que M. Amadei a mentionné à votre première rencontre que, bien que nous soyons prêts à aborder tous les points indiqués dans votre lettre, le MBAC n'a peut-être pas le pouvoir de mettre en œuvre de nouveaux programmes ou de modifier les règles et procédures des structures existantes.

(DD, vol. 15, à la page 2839.)

[17] Cette réponse dont les mots sont soigneusement pesés ([TRADUCTION] «M. Amadei est habilité à conclure un accord de principe [...] relativement aux sujets qui relèvent de sa compétence ») n'abordait pas directement la question soulevée par M. Beveridge. Nonobstant le ton évasif de M. Théberge, la question des tarifs minimums était à l'ordre du jour des négociations dès le début des pourparlers entre les parties jusqu'aux circonstances à l'origine de la présente demande.

[18] Cela est confirmé par le fait que, le 3 février 2005, M. Amadei a proposé une liste de sujets de discussion pour la réunion prévue les 23 et 24 février 2005 :

- [TRADUCTION]
1. Contrats (exposition, installation et prestation)
 2. Tarifs de reproduction
 3. Collection permanente

4. Exhibition Fees

4. Tarifs pour les expositions

5. Other fees

5. Autres tarifs

(Application record, Vol. 15, at page 2868.)

(DD, vol. 15, à la page 2868.)

[19] The tenor of the negotiations can be seen in two draft scale agreements which are found in the application record, one dated June 1, 2006 (the 2006 Draft) (see application record, Vol. 17, at pages 3234–3244), and the other dated October 20, 2007 (the 2007 Draft) (see application record, Vol. 1, at pages 114–123). A comparison of relevant terms in the two appears in the following table:

[19] La teneur des négociations est présentée dans deux projets d'accord-cadre, qui se trouvent dans le dossier de la demande, l'un daté du 1^{er} juin 2006 (Ébauche de 2006) (voir le DD, vol. 17, aux pages 3234 à 3244), et l'autre daté du 20 octobre 2007 (Ébauche de 2007) (voir le DD, vol. 1, aux pages 114 à 123). Le tableau qui suit compare les termes pertinents dans les deux ébauches :

The 2006 Draft	The 2007 Draft	Ébauche de 2006	Ébauche de 2007
		[TRANUCTION]	[TRANUCTION]
8:02 The NGG/CMCP [the National Gallery of Canada/the Canadian Museum of Contemporary Photography] shall enter into a contract with all artists for the purposes of the activity for which the artist is engaged. The contract shall follow the Contracts attached to this Agreement.	7:04 When the NGC/CMCP enters into a contract with an artist, NGC/CMCP shall use one of the Relevant Contracts under this Agreement.	8:02 Le MBAC/MCPC [le Musée des beaux-arts du Canada/le Musée canadien de la photographie contemporaine] conclut un contrat avec tous les artistes aux fins de l'activité pour laquelle les services de l'artiste sont retenus. Le contrat est conforme aux contrats joints à la présente entente.	7:04 Lorsque le MBAC/MCPC conclut un contrat avec un artiste, le MBAC/MCPC utilise un des contrats pertinents aux termes de la présente entente.
9:00 Minimum Fees	8:00 Minimum Fees	9:00 Tarifs minimums	8:00 Tarifs minimums
9:01 Minimum fees for 2005-2006 as expressed herein shall apply immediately to (dates applicable for each year of agreement).	8:01 Minimum fees for 2006-2007 as expressed herein shall apply immediately to (dates applicable for each year of agreement).	9:01 Les tarifs minimums pour 2005-2006 énoncés aux présentes s'appliquent immédiatement le (dates applicables pour chaque année de l'entente).	8:01 Les tarifs minimums pour 2006-2007 énoncés aux présentes s'appliquent immédiatement les (dates applicables pour chaque année de l'entente).
9:02 (list fee schedule here or as attachment)	8:02 (list fee schedule here or as attachment)	9:02 (liste du barème d'indemnisation ici ou en pièce jointe)	8:02 (liste du barème d'indemnisation ici ou en pièce jointe)
	8:03 (rates for additional services)		8:03 (tarifs pour les services supplémentaires)
9:03 Any artist engaged under this Agreement shall be free to negotiate remuneration above the minimum fees expressed herein.	8:04 Any artist engaged under this Agreement shall be free to negotiate remuneration above the minimum fees expressed herein.	9:03 Tout artiste dont les services sont retenus aux termes de la présente entente est libre de négocier une rémunération supérieure aux tarifs minimums indiqués aux présentes.	8:04 Tout artiste dont les services sont retenus aux termes de la présente entente est libre de négocier une rémunération supérieure aux tarifs minimums indiqués aux présentes.

12:00 Signing Powers	10:00 Signing Powers	12:00 Pouvoirs de signature	10:00 Pouvoirs de signature
12:01 A Contract must be signed by the proper signing officers of the NGC/CMCP. After completing the contract, the NGC/CMCP shall sign all three copies of the Contract in ink, and then obtain the signature of the Artist or Artist's authorized representative on the three copies. The Artist will retain one copy. The NGG/CMCP shall send one copy to CARFAC/RAAV (as outlined in clause 7:05) and one copy shall remain with the NGC.	10:01 When entering into a Relevant Contract, the NGC/CMCP shall sign all three copies of the Relevant Contract in ink, and then obtain the signature of the Artist or the Artist's authorized representative on the three copies. The Artist shall be given one executed copy of the Relevant contract. The NGC/CMCP shall send one copy to CARFAC/RAAV (as outlined in clause 7:09) and one copy shall remain with the NGC.	12:01 Un contrat doit être signé par les signataires dûment autorisés du MBAC/MCPC. Une fois le contrat parachevé, le MBAC/MCPC signe à l'encre les trois copies du contrat pertinent et obtient ensuite la signature de l'artiste ou du représentant autorisé de l'artiste sur les trois copies. Une copie signée du contrat pertinent est remise à l'artiste. Le MBAC/MCPC envoie une copie à CARFAC/RAAV (conformément à la clause 7:05), et le MBAC conserve une copie.	10:01 Au moment de conclure un contrat pertinent, le MBAC/MCPC signe à l'encre les trois copies du contrat pertinent et obtient ensuite la signature de l'artiste ou du représentant autorisé de l'artiste sur les trois copies. Une copie signée du contrat pertinent est remise à l'artiste. Le MBAC/MCPC envoie une copie à CARFAC/RAAV (conformément à la clause 7:09), et le MBAC conserve une copie.
29:00 Copyright	25:00 Copyright	29:00 Droit d'auteur	25:00 Droit d'auteur
29:01 The artist or the legally recognized copyright holder retains copyright in the Artwork.	25:01 The artist or the legally recognized copyright holder retains copyright in the Artwork.	29:01 L'artiste ou le titulaire du droit d'auteur reconnu par la loi conserve le droit d'auteur sur l'œuvre.	25:01 L'artiste ou le titulaire du droit d'auteur reconnu par la loi conserve le droit d'auteur sur l'œuvre.
29:02 All rights not specifically granted to the NGC/CMCP are reserved to the artist or the legally recognized copyright holder.	25:02 All rights not specifically granted to the NGC/CMCP are reserved to the artist or the legally recognized copyright holder.	29:02 Tous les droits non concédés expressément au MBAC/MCPC sont réservés à l'artiste ou au titulaire du droit d'auteur reconnu par la loi.	25:02 Tous les droits non concédés expressément au MBAC/MCPC sont réservés à l'artiste ou au titulaire du droit d'auteur reconnu par la loi.
30:00 Moral Rights	26:00 Moral Rights	30:00 Droits moraux	26:00 Droits moraux
30:01 The Artist retains the Moral Rights in the Artwork.	26:01 The Artist retains the Moral Rights in the Artwork.	30:01 L'artiste conserve les droits moraux sur l'œuvre.	26:01 L'artiste conserve les droits moraux sur l'œuvre.
31:00 Secondary Rights	27:00 Secondary Rights	31:00 Droits accessoires	27:00 Droits accessoires
31:01 The Artist or the legally recognized copyright holder retains secondary copyright in the Artwork.	27:01 The Artist or the legally recognized copyright holder retains secondary copyright in the Artwork.	31:01 L'artiste ou le titulaire du droit d'auteur reconnu par la loi conserve le droit accessoire sur l'œuvre.	27:01 L'artiste ou le titulaire du droit d'auteur reconnu par la loi conserve le droit accessoire sur l'œuvre.

[20] In the application record, there are also a number of model contracts which were being negotiated in parallel with the scale agreement. According to clauses 8:02 and 7:04 respectively of the 2006 and 2007 Draft scale agreements, the model contracts were to be used when an artist contracted with the National Gallery. An example of such a contract is the contract for Public

[20] Le dossier de la demande comprend également des contrats types qui ont été négociés parallèlement à l'accord-cadre. Selon les clauses 8:02 et 7:04 respectivement des projets d'accord-cadre de 2006 et de 2007, les contrats types devaient être utilisés lorsqu'un artiste concluait un contrat avec le MBAC. À titre d'exemple, mentionnons le contrat relatif à la communication

Communication by Telecommunication which appears at Vol. 1, at pages 138–146 of the application record. The following terms of that contract cast some light on the items being negotiated:

2. The Artist, author, first owner and the current owner of the copyright on the works covered by this contract and described in section 3, provides the user of said works with a nonexclusive and nontransferable license to use them solely as described in section 4.

...

4. Copyright

Reproduction rights for digital transfer

4.1 The Artist authorizes the National Gallery, in consideration of the payment of royalties stipulated in section 6.1 of this contract, to reproduce the works in a digital format for the sole purpose of communicating the work to the public by telecommunication, as described hereafter.

Right of communication to the public

4.2 The Artist grants the National Gallery, in consideration of the payment of royalties stipulated in section 6.2 of this contract, a license for the following public communication of the works (please check) ...

5. Moral Rights

5.1 In addition to the caption information of the works following museum standards, the sign “©”, the name of the Artist and the year of creation of the works must be listed legibly and accompany the works that are communicated to the public. This information must appear immediately next to the works or in a section devoted to credits, it being acknowledged by the National Gallery that failure to list this information completely and legibly in conjunction with the works is prejudicial to the Artist and shall give rise to monetary compensation.

6. Remuneration and mode of payment

6.1 The Artist grants the license of reproduction for digital transfer in consideration of the amount of _____\$ for each work transferred, for a total of _____\$, plus any applicable taxes.

6.2 The Artist grants the license for public communication in consideration of the amount of _____\$ for

d'œuvres au public par télécommunication (voir le vol. 1, aux pages 138 à 146, du dossier de la demande). Les conditions suivantes du contrat font la lumière sur les points de négociation :

[TRADUCTION]

2. L'artiste, auteur, premier titulaire et titulaire actuel des droits d'auteur sur les œuvres décrites à l'article 3, concède sur celles-ci au profit du diffuseur une licence non exclusive et non transférables couvrant uniquement les droits décrits à l'article 4.

[...]

4. Droit d'auteur

Droits de reproduction pour le transfert numérique

4.1 L'artiste autorise le Musée des beaux-arts du Canada, en contrepartie du versement des redevances stipulées à l'article 6.1 du présent contrat, à procéder à la reproduction des œuvres en format numérique dans le seul but de communiquer au public par télécommunication l'œuvre, de la façon décrite ci-dessous.

Droit de communication au public

4.2 L'artiste consent au Musée des beaux-arts du Canada, en contrepartie du versement des redevances stipulées à l'article 6.2 du présent contrat, une licence pour la communication au public des œuvres ci-dessous (veuillez vérifier). [...]

5. Droits moraux

5.1 Outre l'information consignée dans les légendes des œuvres conformément aux normes de musée, le sigle « © », le nom de l'artiste et l'année de l'œuvre doivent accompagner de manière lisible les œuvres communiquées au public. Ces informations doivent apparaître soit à proximité immédiate de l'œuvre, soit dans une section réservée aux crédits, le Musée des beaux-arts du Canada comprenant que le fait de ne pas indiquer ces informations en association avec les œuvres cause à l'artiste un préjudice irréparable qui doit être compensé par une somme d'argent.

6. Rémunération et mode de paiement

6.1 L'artiste consent la licence de reproduction pour le transfert numérique en contrepartie de la somme de _____\$ pour chaque œuvre transférée, pour un total de _____\$, plus toutes taxes applicables.

6.2 L'artiste consent la licence de communication au public en contrepartie de la somme de _____\$ pour

each work communicated to the public, for a total of _____\$, plus any applicable taxes, for the following use(s).

6.3 The National Gallery will pay the Artist according to the following terms:

6.3.1 Date(s) of payment, installment(s): _____

6.3.2 Conditions, if applicable (example, advance) _____:

6.3.3 Verification of accounting records, frequency envisaged: _____

6.3.4 Compound interest of 1% a month (12.66% a year) will be charged on any amount past due.

...

8. Ownership of the works

It is expressly agreed that this contract in no way transfers ownership of the works to the National Gallery or to anyone else.

...

12. Mediation and Arbitration

In case of litigation, the parties agree to use the mediation and arbitration processes prescribed in the CARFAC-RAAV/NGCL-CMCP Collective Agreement signed _____ 2007.

[21] A fair reading of these contractual provisions shows that the parties did negotiate the issue of minimum fees for the use of existing works. They also show that CARFAC/RAAV do not purport to deal with their members' interests in copyright in any way. In fact, both the draft scale agreements and the model contracts stipulate that the artist's rights remain the artist's. In addition, CARFAC/RAAV do not receive any amounts from producers on behalf of their members by way of royalties or otherwise. Any licensing of copyright takes place only in the contract between the National Gallery and the artist.

chaque œuvre communiquée au public, pour un total de _____\$, plus toutes taxes applicables, aux fins suivantes.

6.3 Le Musée des beaux-arts du Canada effectuera les paiements à l'artiste selon les modalités suivantes :

6.3.1 Date(s) du paiement ou des paiements partiels : _____.

6.3.2 Conditions, s'il y a lieu (p. ex. avance) _____.

6.3.3 Vérification des documents comptables, fréquence prévue : _____.

6.3.4 Toute somme due porte à son échéance un intérêt au taux cumulatif de 1 % par mois (12,66 % par année).

[...]

8. Propriété des œuvres

L'artiste est l'unique propriétaire des œuvres, et il est expressément convenu que le présent contrat ne comporte pas de transfert de propriété des œuvres en faveur du Musée des beaux-arts du Canada ou de quiconque.

[...]

12. Médiation et arbitrage

En cas de litige, les parties conviennent de recourir aux processus de médiation et d'arbitrage prescrits dans la convention collective entre CARFAC-RAAV et MBAC-MCPC signée le _____ 2007.

[21] Une interprétation objective de ces dispositions contractuelles montre que les parties ont négocié la question des tarifs minimums pour l'utilisation des œuvres existantes. Elle montre également que CARFAC/RAAV ne sont pas censés s'occuper des intérêts de leurs membres dans le droit d'auteur de quelque façon que ce soit. En fait, le projet d'accord-cadre et les contrats types stipulent que l'artiste conserve ses droits. De plus, CARFAC/RAAV ne reçoivent aucun montant, sous forme de redevances ou autre, de la part des producteurs au nom de leurs membres. L'octroi de licences de droit d'auteur n'a lieu que dans le contrat entre le MBAC et l'artiste.

[22] Whatever reservations the National Gallery may have had about the inclusion of minimum fees in a scale agreement, prior to October 2007, the negotiations consistently dealt with them.

[23] The Tribunal, at paragraphs 123 and 128 found that:

The parties had an established practice for their bargaining meetings, of exchanging agenda, draft scale agreements and contracts prior to their meetings to allow each party the opportunity to review and make comments prior to their meetings....

...

Witnesses testified that the negotiations involved drafting versions, discussing changes, incorporating those changes into a new draft, with a different colour, and then confirming those changes in the next round. Draft collective agreements dated June 6, 2006 (*Exhibit 31*) and October 20, 2007 (*Exhibit 15*) were submitted to the Tribunal, as well as draft contracts to be appended to the collective agreement (*Exhibit 9*) which all included language related to minimum fees, such as temporary exhibition fees and reproduction fees.

[24] Negotiations continued on this basis as long as Mr. Amadei was the National Gallery's spokesperson.

[25] In May 2007, the National Gallery advised CARFAC/RAAV that Mr. Amadei had left the institution and that its spokesperson, going forward, would be Mr. Guy Dancosse. At the relevant time, Mr. Dancosse was a lawyer who practised his profession from the Montréal office of Gowling Lafleur Henderson (Gowlings).

[26] In June 2007, Mr. Dancosse asked a lawyer in his firm to provide a legal opinion for the National Gallery. Referring to an earlier Tribunal decision amending CARFAC's certification order (*Canadian Artists' Representation*, 2003 CAPPRT 047 (decision No. 047)), Mr. Dancosse pointed out in his instructions to the lawyer (translation by the Court):

[22] Quelles que soient les réserves du MBAC quant à l'inclusion de tarifs minimums dans un accord-cadre, avant octobre 2007, il en était systématiquement question dans les négociations.

[23] Le Tribunal, aux paragraphes 123 et 128, a conclu ce qui suit :

Les parties avaient établi une relation et elles avaient mis en place un protocole pour s'échanger, avant la tenue d'une réunion, l'ordre du jour qui serait suivi ainsi que les versions provisoires des accords-cadres et contrats négociés afin que l'une et l'autre aient la possibilité de les examiner et de formuler des commentaires au préalable.

[...]

Lors des négociations, les parties rédigeaient des versions des ententes, discutaient des modifications, inséraient ces modifications dans une nouvelle ébauche en utilisant une couleur différente puis confirmaient ces modifications à la séance suivante. Les projets de convention collective du 6 juin 2006 (*pièce 31*) et du 20 octobre 2007 (*pièce 15*) ont été soumis au Tribunal, ainsi que les projets de contrats qui devaient être annexés à la convention collective (*pièce 9*) : tous comportaient des dispositions sur les conditions minimales d'utilisation des œuvres, tels les droits à verser pour l'exposition temporaire ou la reproduction d'œuvres.

[24] Les négociations se sont poursuivies dans ces conditions aussi longtemps que M. Amadei a été le porte-parole du MBAC.

[25] En mai 2007, le MBAC a informé CARFAC/RAAV que M. Amadei avait quitté le Musée et que le porte-parole serait dorénavant M^e Guy Dancosse. À l'époque, M^e Dancosse était avocat et exerçait sa profession chez Gowling Lafleur Henderson (Gowlings), au cabinet de Montréal.

[26] En juin 2007, M^e Dancosse a demandé à une avocate de son cabinet de préparer un avis juridique pour le MBAC. Mentionnant une décision antérieure du Tribunal qui modifiait l'ordonnance d'accréditation de CARFAC (*Front des artistes canadiens*, 2003 TCRPAP 047 (la décision n^o 047)), M^e Dancosse soulignait ce qui suit dans ses instructions à l'avocate :

The Tribunal appears to draw an important distinction to the effect that while this allows CARFAC to make demands within this widened sphere, this in no way obliges the producer to include such demands in an eventual agreement. In other words, each party to the negotiations remains free to demand, to refuse, or to counter-offer as it wishes and according to what it can live with.

For example, nothing would prevent the Gallery from demanding a clause saying that the author retains copyright and that copyright is not in any way covered or within the scope of a scale agreement with CARFAC. The client has received opinions from three lawyers on this subject, which do not appear to answer its question clearly. It has asked us to provide an opinion which is clearer.

(Application record, Vol. 16, at page 3078.)

[27] As I read these instructions, Mr. Dancosse understood that the Tribunal's position that the scope of negotiations is determined by the parties, as set out in decision No. 047, meant that the National Gallery could take the position that minimum fee schedules for existing works were not negotiable. I observe that this position does not depend on the definition of "services".

[28] In July 2007, Gowlings provided the National Gallery with its opinion. Its conclusions may be summarized as follows. Firstly, a union which is not authorized to do so in writing cannot deal with copyright-related issues. This is because only the holder of copyright or a person authorized in writing by the holder can authorize others to do that which section 3 of the *Copyright Act* reserves to the holder of the copyright.

[29] The author of the opinion relied on the decision of the Copyright Board in *Public Performance of Sound Recordings (Re)* (1999), 3 C.P.R. (4th) 350, to support her conclusion. In that case, the Copyright Board, in dealing with an application for a tariff, decided that a union could not rely upon its constitution or its bargaining mandate in order to exercise the rights of a collective society, that is, grant licenses on behalf of its members and collect royalties for distribution to its members. The opinion concluded from this that the National Gallery could refuse to negotiate copyright-related issues with CARFAC/RAAV if the latter did not have specific

Et le Tribunal semble faire la distinction importante disant que bien que ceci donne un droit à CARFAC de faire des demandes dans cette sphère élargie, ceci ne force en rien le producteur à accepter telle demande dans une entente à intervenir. En d'autres mots, chaque partie à une négociation demeure libre de demander, de refuser et de contreproposer ce qu'ils veulent et ce avec quoi ils ont prêts à vivre.

Par exemple, rien n'empêcherait le Musée de demander une clause disant que c'est l'auteur qui conserve ses droits d'auteurs et que ces derniers ne sont pas du tout couverts ou visés par une entente-cadre avec CARFAC. Le client a reçu des opinions de trois avocats à ce sujet, qui ne semblent pas répondre clairement à sa question. Il nous demande de lui en fournir une qui serait plus claire.

(DD, vol. 16, à la page 3078.)

[27] D'après ces instructions, M^e Dancosse comprenait que la position du Tribunal selon laquelle les parties déterminaient la portée des négociations, comme il est énoncé dans la décision n^o 47, signifiait que le MBAC pouvait prétendre que les barèmes de tarifs minimums pour les œuvres existantes n'étaient pas négociables. Je constate que cette position n'est pas fondée sur la définition de « services ».

[28] En juillet 2007, Gowlings a transmis son avis juridique au MBAC. Voici, en résumé, ses conclusions. Tout d'abord, un syndicat qui n'est pas autorisé par écrit à s'occuper de questions de droit d'auteur ne peut pas le faire. Il en est ainsi parce que seul le titulaire du droit d'auteur ou une personne autorisée par écrit par le titulaire du droit d'auteur peut autoriser d'autres personnes à le faire, ce que l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* réserve au titulaire du droit d'auteur.

[29] L'auteure de l'avis juridique s'est fondée sur la décision de la Commission du droit d'auteur dans un dossier d'exécution publique d'enregistrements sonores (*Exécution publique d'enregistrements sonores (Re)*, [1999] D.C.D.A. n^o 3 (QL)), pour étayer sa conclusion. En l'espèce, la Commission du droit d'auteur, pour statuer sur une demande relative à un tarif, a décidé qu'un syndicat ne pouvait pas invoquer son statut ou son mandat de négociation pour exercer les droits d'une société de gestion, c'est-à-dire la concession par licence au nom de ses membres et la perception de redevances pour versement à ses membres. L'avis concluait donc

written authorization from their members, which CARFAC/RAAV admitted not having. This conclusion assumes that CARFAC/RAAV proposed to grant licences with respect to works whose copyright was held by their members and that CARFAC/RAAV intended to collect royalties on behalf of their members. Neither of these assumptions were true at the time the opinion was prepared.

[30] The opinion's second conclusion was that the Act confers on representative organizations the exclusive right to negotiate with respect to labour relations but not with respect to copyright-related issues. This conclusion was said to flow from the provisions of the *Copyright Act* dealing with collective societies and the absence of any reference to copyright in the sections of the Act which set out the Tribunal's powers. The opinion went on to state that previous Tribunal decisions which found that representative organizations can negotiate copyright matters are not binding on the National Gallery since the Tribunal is not a court of law and its decisions do not bind the courts.

[31] The opinion's ultimate conclusion was that, on the basis of the reasoning set out above, the National Gallery could "legitimately refuse to discuss with CARFAC and RAVV [*sic*] with respect to copyright issues": application record, Vol. 16, at page 3087.

[32] Two observations can be made about this opinion. The first is that it was written as though negotiations between the National Gallery and CARFAC/RAAV had not yet begun. It did not recognize that, for the past four years, the parties had been engaged in negotiating a schedule of minimum fees and finalizing model contracts which would be used when individual artists negotiated with the National Gallery for the use of their works.

[33] The second is that the opinion did not recognize that the question of whether the National Gallery could refuse to negotiate minimum fee schedules for existing

que le MBAC pouvait refuser de négocier les questions de droit d'auteur avec CARFAC/RAAV si ces derniers n'avaient pas l'autorisation écrite de leurs membres, ce que CARFAC/RAAV ont admis ne pas avoir. Cette conclusion laisse supposer que CARFAC/RAAV ont proposé d'octroyer des licences à l'égard des œuvres dont leurs membres détenaient les droits et que CARFAC/RAAV avaient l'intention de percevoir les redevances au nom de leurs membres. Ni l'une ni l'autre de ces hypothèses n'étaient vraies au moment où l'avis juridique a été rédigé.

[30] La deuxième conclusion de l'avis juridique était que la Loi confère aux organisations représentatives le droit exclusif de négociation en matière de relations de travail, mais pas en ce qui a trait aux questions de droit d'auteur. On a allégué que cette conclusion découlait des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relativement aux sociétés de gestion et de l'absence de toute mention du droit d'auteur dans les articles de la Loi qui énoncent les pouvoirs du Tribunal. De plus, l'avis ajoutait que les décisions antérieures du Tribunal, selon lesquelles les organisations représentatives peuvent négocier les questions de droit d'auteur ne lient pas le MBAC, puisque le Tribunal n'est pas une cour et que ses décisions ne lient pas les cours.

[31] L'ultime conclusion de l'avis juridique était, selon le raisonnement exposé ci-dessus, que le MBAC pouvait [TRADUCTION] « légitimement refuser de discuter avec CARFAC et RAVV [*sic*] concernant les questions de droit d'auteur » (dossier de la demande, vol. 16, à la page 3087).

[32] Deux observations peuvent être faites au sujet de cet avis. Premièrement, il était rédigé comme si les négociations entre le MBAC et CARFAC/RAAV n'avaient pas encore commencé. Il ne reconnaissait pas le fait que, pendant les quatre dernières années, les parties s'étaient engagées dans des négociations à l'égard d'un barème de tarifs minimums et du parachèvement de contrats types que chaque artiste pourrait utiliser dans ses négociations avec le MBAC pour l'utilisation de ses œuvres.

[33] Deuxièmement, l'avis ne tenait pas compte du fait que le refus possible du MBAC de négocier des barèmes de tarifs minimums pour les œuvres existantes à l'avenir,

works going forward, after having negotiated those items for four years, was a labour relations question and not a question of the rights of the parties under the *Copyright Act*. This flows from paragraph 18(a) of the Act which directs the Tribunal to dispose of the questions coming before it by reference to the applicable principles of labour law.

[34] Returning to the sequence of events, the National Gallery provided the Gowlings' opinion to CARFAC/RAAV in July 2007. On October 29–31, 2007, the parties met for the first time following CARFAC/RAAV's receipt of the opinion. On October 29, the parties reviewed the last draft of the scale agreement. That draft included minimum fees for the use of existing works and model contracts. On October 30, 2007, the National Gallery invited Mr. Gilles Daigle (a Gowlings lawyer, but not the author of the Gowlings' opinion) to present the Gowlings' opinion. Mr. Daigle attended the meeting as a copyright specialist. His position was that he had no mandate to resolve the conflict between the parties, nor was he in a position to deviate from the position that the National Gallery was taking with respect to the negotiation of minimum fee schedules for existing works.

[35] Following the discussion with Mr. Daigle, the National Gallery presented a revised draft scale agreement to CARFAC/RAAV in which all references to the minimum fees for the use of existing works had been removed. The services contemplated by the National Gallery's draft agreement were limited to exhibition planning and production, including consultation, installation, openings, lectures and talks, and commission for new works.

[36] The following day, Mr. Beveridge, on behalf of CARFAC/RAAV read a prepared statement indicating that the National Gallery's proposal meant that the latter was not prepared to consider CARFAC/RAAV's position on the inclusion of a minimum fee schedule in a scale agreement. Mr. Dancosse responded by reading the National Gallery's own written statement which affirmed the National Gallery's willingness to consider means by which fee schedules could be negotiated through the current bargaining process.

après l'avoir fait pendant quatre ans, représentait une question liée aux relations de travail, non pas aux droits des parties au titre de la *Loi sur le droit d'auteur*. Cela découle de l'alinéa 18a) de la Loi qui ordonne au Tribunal de statuer sur les questions qui lui sont soumises en tenant compte des principes applicables du droit du travail.

[34] Revenons à l'enchaînement des événements. Le MBAC a transmis à CARFAC/RAAV, en juillet 2007, l'avis juridique de Gowlings. Du 29 au 31 octobre 2007, les parties se sont rencontrées pour la première fois après que CARFAC/RAAV ont reçu l'avis. Le 29 octobre, les parties ont examiné la dernière version de l'accord-cadre, qui comprenait les tarifs minimums pour l'utilisation des œuvres existantes et les contrats types. Le 30 octobre 2007, le MBAC a invité M^e Gilles Daigle (avocat chez Gowlings, mais pas l'auteur de l'avis juridique de Gowlings) à présenter l'avis juridique de Gowlings. M^e Daigle a assisté à la réunion à titre de spécialiste du droit d'auteur. Il faisait valoir qu'il n'avait pas le mandat de régler le conflit entre les parties, pas plus qu'il n'était en mesure de déroger à la position prise par le MBAC à l'égard de la négociation des barèmes de tarifs minimums pour les œuvres existantes.

[35] À la suite de l'intervention de M^e Daigle, le MBAC a présenté à CARFAC/RAAV une version révisée de l'accord-cadre, dans laquelle toutes les mentions relatives aux tarifs minimums pour l'utilisation des œuvres existantes avaient été supprimées. Dans le projet d'accord-cadre du MBAC, les services envisagés se limitaient à la planification et à la production d'expositions, notamment la consultation, l'installation, les inaugurations, les conférences et causeries et la commande de nouvelles œuvres.

[36] Le lendemain, M. Beveridge, au nom de CARFAC/RAAV, a lu une déclaration écrite indiquant que la proposition du MBAC supposait que ce dernier n'était pas prêt à considérer la position de CARFAC/RAAV relative à l'inclusion d'un barème de tarifs minimums dans un accord-cadre. M^e Dancosse a réagi en lisant la déclaration écrite du MBAC qui affirmait la volonté du MBAC de prendre en considération les moyens permettant de négocier les barèmes d'indemnisation dans le cadre du processus de négociation en cours.

[37] Further communications between the parties ensued. On January 29, 2008, the National Gallery advised CARFAC/RAAV that “we can discuss binding exhibition rights fee schedules for temporary exhibitions only for artists you specifically represent in compliance with the Copyright Legislation”. The National Gallery added: “In the present state of our laws, your certificate to bargain collectively is limited to services and cannot automatically extend to copyright matters. This position is based on legal opinions advising us so.” On my reading of the record, this is the first indication that the National Gallery was defending its position on the basis that the scope of negotiations was limited by the expression “provision of artists’ services” in the statutory definition of “scale agreement”.

[38] On April 22, 2008, CARFAC/RAAV filed their complaint that the National Gallery had failed to bargain in good faith.

THE DECISION UNDER REVIEW

[39] The Tribunal rendered its decision on February 16, 2012. It began by reviewing the terms of the CARFAC and RAAV certification orders. It then reviewed the facts, quoting extensively from the agreed statement of facts filed by the parties. The Tribunal identified the three issues which it was to decide:

1. Whether the complaint was filed within the six-month period set out in subsection 53(2) of the Act?
2. Whether copyright matters are a proper subject for collective bargaining and inclusion in a scale agreement under the Act?
3. Whether the National Gallery breached its duty to bargain in good faith pursuant to section 32 of the Act?

[40] The Tribunal resolved the issue of timeliness in CARFAC/RAAV’s favour. That issue is not contested before us so nothing more need be said about it.

[37] Il y a eu d’autres communications entre les parties. Le 29 janvier 2008, le MBAC faisait savoir à CARFAC/RAAV ceci : [TRADUCTION] « nous ne pouvons discuter d’une grille tarifaire obligatoire en matière de droits d’exposition pour les expositions temporaires qu’à l’égard des artistes que vous représentez expressément, conformément aux lois en matière de droits d’auteur ». Le MBAC ajoutait ceci : [TRADUCTION] « Dans le cadre juridique actuel, votre accréditation pour négocier se limite au domaine des services et ne peut pas automatiquement s’étendre aux questions de droits d’auteur. Cette position découle des avis juridiques que nous avons reçus à cet égard. » Selon ce que je comprends du dossier, c’est la première fois que l’on mentionne que le MBAC défendait sa position au motif que la portée des négociations était limitée par l’expression « prestations de services » de la définition d’« accord-cadre » dans la Loi.

[38] Le 22 avril 2008, CARFAC/RAAV ont déposé leur plainte selon laquelle le MBAC avait fait défaut de négocier de bonne foi.

LA DÉCISION FAISANT L’OBJET DU CONTRÔLE

[39] Le Tribunal a rendu sa décision le 16 février 2012. Il a d’abord examiné les termes des ordonnances d’accréditation du CARFAC et du RAAV. Ensuite, il a examiné les faits en citant de longs passages de l’exposé conjoint des faits déposé par les parties. Le Tribunal a établi les trois questions sur lesquelles il devait statuer :

1. La plainte a-t-elle été déposée dans le délai prescrit de six mois prévu au paragraphe 53(2) de la Loi?
2. La question des droits d’auteur peut-elle valablement faire l’objet de négociations collectives en vue d’être incluse dans un accord-cadre régi par la Loi?
3. Le MBAC a-t-il manqué à son obligation de négocier de bonne foi au titre de l’article 32 de la Loi?

[40] Le Tribunal a réglé la question du délai en faveur de CARFAC/RAAV. Comme cette question n’est pas contestée, il n’est pas nécessaire d’ajouter quoi que ce soit.

Whether copyright matters are a proper subject for collective bargaining and inclusion in a scale agreement under the Act?

[41] The Tribunal then addressed the issue of whether copyright matters were a proper subject for collective bargaining and inclusion in a scale agreement.

[42] This issue arises from the definition of “scale agreement” in the Act which is reproduced below for ease of reference:

5....

“scale agreement”
« accord-cadre »

“*scale agreement*” means an agreement in writing between a producer and an artists’ association respecting minimum terms and conditions for the provision of artists’ services and other related matters;

[43] The Tribunal began its analysis by quoting extensively from one of its earlier decisions, *Writers’ Union of Canada*, 1998 CAPPRT 028 (decision No. 028). In that matter, the Department of Canadian Heritage (DCH) and the Department of Public Works and Government Services Canada (PWGSC) argued that the certification order in the Writers’ Union’s favour did not give the latter the right to negotiate fees for the use of pre-existing works. DCH and PWGSC made the same argument as is being made in this case. They claimed that copyright is property, not a service. According to them, the bargaining regime established by the Act applies only to commissioned works; and, fees related to the use of existing works must be dealt with under the collective administration scheme provided in the *Copyright Act*.

[44] In decision No. 028, the Tribunal rejected these arguments. It found that the Act complemented the regime provided in the *Copyright Act* by providing artists with an additional mechanism to obtain compensation for their works. The Tribunal put considerable emphasis on the Act’s stated objective of improving the socio-economic status of artists. Had Parliament intended to withdraw copyright from the scope of bargaining, it could have done so. The Tribunal noted that

La question des droits d’auteur peut-elle valablement faire l’objet de négociations collectives en vue d’être incluse dans un accord-cadre régi par la Loi?

[41] Le Tribunal s’est ensuite penché sur la question visant à déterminer si la question des droits d’auteur pouvait valablement faire l’objet de négociations collectives en vue d’être incluse dans un accord-cadre.

[42] La question découle de la définition d’« accord-cadre » dans la Loi qui est reproduite ci dessous par souci de commodité :

5. [...]

« accord-cadre » Accord écrit conclu entre un producteur et une association d’artistes et comportant des dispositions relatives aux conditions minimales pour les prestations de services des artistes et à des questions connexes.

« accord-cadre »
“*scale agreement*”

[43] Le Tribunal a amorcé son analyse en citant de longs passages d’une de ses décisions antérieures, *Writers’ Union of Canada*, 1998 TCRPAP 028 (la décision n° 028). Dans cette affaire, le ministère du Patrimoine canadien (le PCH) et le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) ont soutenu que l’ordonnance d’accréditation en faveur du Writer’s Union ne donnait pas à ce dernier le droit de négocier des honoraires pour l’utilisation d’œuvres préexistantes. Le PCH et TPSGC ont invoqué le même argument que celui avancé dans l’affaire qui nous occupe. Ils ont prétendu que le droit d’auteur est un bien, non un service. Selon eux, le régime de négociation collective établi par la Loi ne s’applique qu’aux œuvres commandées, et les honoraires pour l’utilisation des œuvres existantes relèvent du régime de gestion collective prévu dans la *Loi sur le droit d’auteur*.

[44] Dans la décision n° 028, le Tribunal a rejeté ces arguments. Il a conclu que la Loi complétait le régime prévu dans la *Loi sur le droit d’auteur* en offrant aux artistes un mécanisme d’indemnisation additionnel pour l’utilisation de leurs œuvres. Le Tribunal a beaucoup insisté sur l’objectif visé par la Loi d’améliorer la situation socio-économique des artistes. Si le Parlement avait voulu retirer le droit d’auteur de la portée des négociations, il l’aurait fait. Le Tribunal a souligné que la Loi

the Act contains no restriction on the scope of bargaining, which is consistent with the labour law principle that parties to a collective bargaining relationship can bargain any subject matter which they wish to bargain.

[45] In decision No. 028, the Tribunal also dealt with the argument that copyright is property and not a service. It observed that copyright is a “bundle of rights”, including an interest in a particular type of property, the work itself. The Tribunal rejected the notion that copyright is merely a form of property—a “good”—because creators of artistic works have a fundamental socio-economic right whose exclusion from the scheme created by the Act would be contrary to the objects of the Act.

[46] The Tribunal continued its review of decision No. 028 by noting that under the *Copyright Act*, artists had two options when dealing with copyright: they could manage it themselves or they could rely on collective societies. In order to take advantage of collective societies, artists have to assign them their rights. The collective society then manages the artist’s copyright in common with that of all its other members, usually, but not necessarily, through the tariff scheme administered by the Copyright Board. The collective society is responsible for collecting the applicable royalties and distributing them to the artists it represents.

[47] The Act provides artists with a third option: that of negotiating collectively with respect to the minimum terms and conditions upon which the artist will provide their services, and other related matters. In that context, the Tribunal considered that “the right to use an existing work is a service that the artist who holds the copyright in that work may provide to a producer, and representing artists’ interests in this fundamental socio-economic right is an appropriate activity for a certified artists’ association” (my emphasis): paragraph 61 of decision No. 028, cited above, as quoted in the Tribunal reasons, at paragraph 88.

ne restreint nullement la portée des négociations, ce qui est conforme au principe du droit du travail selon lequel les parties en situation de négociation peuvent négocier toute question qu’elles souhaitent inclure dans leur convention collective.

[45] Dans la décision n° 028, le Tribunal a également abordé l’argument selon lequel le droit d’auteur est un bien, et non un service. Il a fait remarquer que le droit d’auteur est un « ensemble de droits », notamment un intérêt dans un type particulier de propriété, l’œuvre elle-même. Le Tribunal a rejeté la notion qu’un droit d’auteur est simplement une forme d’actif, un « bien », parce que les créateurs d’œuvres artistiques ont un droit socio-économique fondamental dont l’exclusion du régime établi par la Loi serait contraire aux objets de la Loi.

[46] Le Tribunal a continué de passer en revue la décision n° 028 en notant que, en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur*, les artistes disposaient de deux possibilités en ce qui concerne leur droit d’auteur : l’autogestion ou la gestion collective, par l’entremise d’une société de gestion collective. Pour tirer profit des sociétés de gestion collective, les artistes leur cèdent leurs droits. La société de gestion collective gère alors le droit d’auteur pour le compte de l’artiste, en commun avec celui de tous ses autres membres habituellement, mais pas nécessairement, en fonction du système de tarifs administré par la Commission du droit d’auteur. Il incombe à la société de gestion collective de percevoir les redevances applicables et de les verser aux artistes qu’elle représente.

[47] La Loi offre aux artistes une troisième possibilité, celle de négocier collectivement les conditions minimales pour les prestations de services des artistes et les questions connexes. Dans ce contexte, selon le Tribunal, « le droit d’utiliser une œuvre existante constitue un service que l’artiste détenant le droit d’auteur sur cette œuvre peut fournir à un producteur, et défendre les intérêts des artistes au regard de ce droit socio-économique fondamental constitue une activité appropriée pour une association d’artistes » (non souligné dans l’original) : paragraphe 61 de la décision n° 028, citée ci-dessus, mentionnée dans l’analyse du Tribunal, au paragraphe 88.

[48] The Tribunal concluded its lengthy quotation from decision No. 028 by pointing out that under the Act, artists retain control over the copyright in their work and contract directly with producers for the use of their works. Artists may negotiate for a higher fee than that bargained by their representative organization, but no producer may offer an artist conditions less favourable than those agreed to in the scale agreement. Artists receive payment directly from the producer and, in the event of a disagreement, they may enforce payment through the arbitration provisions of the scale agreement.

[49] The Tribunal went on to note that it had confirmed this position in decision No. 047 cited above.

[50] After reviewing the evidence, the Tribunal observed that artists' associations have negotiated nearly 180 scale agreements since they have been certified. It noted that it has become a standard in the cultural sector that copyright matters are negotiated in scale agreements. According to the Tribunal, it is unusual for a scale agreement between an artists' association and a producer not to contain stipulations relating to the use of artistic works. In the Tribunal's view, it would be inconsistent with the purpose of the Act if scale agreements could not contain terms related to copyright.

[51] The Tribunal then referred to its reasons in decisions No. 028 and No. 047 where it was pointed out that the fact that an artist's association negotiates minimum fees for copyright licenses did not make the association the artist's agent for the purpose of granting licenses or assignments of copyright for the artists' works. Artists retained the right to license the use of their works unless they had assigned their rights to a collective society, in which case, the producer would deal with the collective society.

[48] Le Tribunal a conclu ses longues citations tirées de la décision n° 028 en soulignant qu'en vertu de la Loi, les artistes conservent le contrôle du droit d'auteur sur leur œuvre et concluent directement un contrat avec les producteurs pour l'utilisation de leurs œuvres. Les artistes peuvent négocier un cachet supérieur à celui négocié par leur organisation représentative, mais aucun producteur ne peut offrir à un artiste des conditions moins favorables que celles convenues dans l'accord-cadre. Les artistes reçoivent directement du producteur le paiement prévu et, s'il y a désaccord, ils peuvent obtenir l'exécution du paiement par la procédure d'arbitrage prévue dans l'accord-cadre.

[49] Le Tribunal a ajouté qu'il avait confirmé cette position dans la décision n° 047, précitée.

[50] Après examen de la preuve, le Tribunal fait remarquer que les associations d'artistes accréditées ont conclu près de 180 accords-cadres depuis le commencement du régime d'accréditation. Il a constaté que la négociation des questions de droit d'auteur dans les accords cadres est devenue la norme dans le secteur culturel. Selon le Tribunal, il est inhabituel qu'un accord-cadre entre une association d'artistes et un producteur ne prévoie rien en ce qui a trait à l'utilisation d'œuvres artistiques. De l'avis du Tribunal, il serait incompatible avec le but de la Loi que les accords-cadres ne comportent pas de dispositions relatives aux droits d'auteur.

[51] Le Tribunal s'est alors reporté à ses motifs dans les décisions n° 028 et n° 047, où il est souligné que le fait qu'une association d'artistes négocie les tarifs minimums pour concéder sous licence le droit d'auteur ne fait pas de l'association d'artistes le mandataire de l'artiste aux fins de céder le droit d'auteur sur les œuvres de l'artiste ou d'octroyer des licences à leur égard. L'artiste conservait le droit de concéder, par licence, l'utilisation de ses œuvres sauf s'il avait confié l'administration de ses droits d'auteur à une société de gestion collective, auquel cas c'est le producteur qui fera affaire avec celle-ci.

[52] The Tribunal concluded this portion of its analysis by stating that it is not up to the Tribunal to decide what parties to a bargaining relationship may bargain.

Whether the National Gallery breached its duty to bargain in good faith pursuant to section 32 of the Act?

[53] The Tribunal began its discussion of this issue by referring to the arbitral and judicial jurisprudence on the obligation to bargain in good faith. In particular, the Tribunal relied on certain comments of the Supreme Court of Canada in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369 (*Royal Oak Mines*), at paragraph 45:

If a party proposes a clause in a collective agreement, or conversely, refuses even to discuss a basic or standard term, that is acceptable and included in other collective agreements in comparable industries throughout the country, it is appropriate for a labour board to find that the party is not making a “reasonable effort to enter into a collective agreement”.

[54] This led the Tribunal to examine the course of negotiations between the parties. Based on its review, the Tribunal found that minimum fees schedules and model contracts were discussed and were included in draft scale agreements from the beginning of the negotiations. The Tribunal also found that, at the first meeting attended by the National Gallery’s new negotiating team following the departure of Mr. Amadei, the National Gallery tabled a proposed scale agreement from which all previous references to minimum fees had been removed. The Tribunal concluded that the content of the National Gallery’s proposal, the fact that it was presented without prior notice and without any reasonable alternatives represented an uncompromising position which the National Gallery should have known would be unacceptable to CARFAC/RAAV.

[55] The Tribunal also concluded that, notwithstanding the National Gallery’s insistence that the parties were not at an impasse, “the failure to negotiate or to discuss the inclusion of matters relating to copyright, including binding minimum fees in the scale agreement

[52] Le Tribunal a conclu cette partie de son analyse en déclarant qu’il ne lui revient pas de décider de ce que les parties en situation de négociation peuvent négocier.

Le Musée des beaux-arts du Canada a-t-il manqué à son obligation de négocier de bonne foi au titre de l’article 32 de la Loi?

[53] Le Tribunal a commencé son analyse de la question en rappelant la jurisprudence arbitrale et judiciaire sur l’obligation de négocier de bonne foi. Plus particulièrement, le Tribunal s’est fondé sur des observations de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369 (*Royal Oak Mines*), au paragraphe 45 :

Si une partie propose l’insertion d’une clause dans la convention collective ou, inversement, refuse même de discuter une condition fondamentale ou normale, qui est acceptable et incluse dans les autres conventions collectives dans ce secteur d’activités dans toutes les régions du pays, le conseil des relations du travail peut conclure à bon droit que la partie ne fait pas un «effort raisonnable pour conclure une convention collective».

[54] Cela a amené le Tribunal à examiner le déroulement des négociations entre les parties. À la lumière de son examen, le Tribunal a conclu que le barème des tarifs minimums et les contrats types avaient fait l’objet de discussions et avaient été inclus dans le projet d’accord-cadre dès le début des négociations. Il a également conclu qu’à la première réunion avec la nouvelle équipe de négociation du MBAC, après le départ de M. Amadei, le MBAC avait déposé une proposition de convention collective de laquelle avaient été supprimées toutes les allusions antérieures aux tarifs minimums. Le Tribunal a conclu que le contenu de la proposition du MBAC, du fait qu’elle a été présentée sans avis préalable et sans solution de rechange raisonnable, démontrait une intransigeance de la part du MBAC, qui aurait dû savoir qu’une telle position serait inacceptable pour CARFAC/RAAV.

[55] Le Tribunal a également conclu que, bien que le MBAC ait insisté sur le fait que les parties n’étaient pas dans une impasse, « le refus de négocier ou de discuter de l’inclusion de questions de droit d’auteur, y inclus de tarifs minimums dans un accord-cadre, est une position

created a rigid stance resulting in the failure to conclude an agreement”: see Tribunal reasons, at paragraph 148.

[56] The Tribunal found the National Gallery’s exclusive reliance on the Gowlings’ opinion, to justify its position, was evidence of its rigid stance.

[57] The Tribunal’s final conclusion on the issue of failing to bargain in good faith is found in the following three paragraphs (paragraphs 150–152) of the Tribunal reasons:

The Tribunal agrees with CARFAC/RAAV that there was no reasonable expectation that the inclusion of minimum fees for the use of artistic works in a scale agreement would have been agreed upon by the NGC. The Tribunal further agrees with CARFAC/RAAV that the NGC was impasse bargaining in that there was no realistic possibility that the NGC would change its position concerning the inclusion of matters related to use of artistic works in a scale agreement.

The Tribunal agrees with the principles expressed by the Supreme Court of Canada in *Royal Oak Mines* that putting forward such a proposal and taking a rigid stance which it should be known the other party could never accept must necessarily constitute a breach of the duty to bargain in good faith.

The NGC ought to have known that putting forward this revised version of the scale agreement and taking such a rigid stance would be unacceptable to CARFAC/RAAV and this in the Tribunal’s view amounts to a failure to bargain in good faith.

[58] The Tribunal therefore made a declaration that the National Gallery had violated section 32 of the Act by failing to bargain in good faith. The Tribunal also reaffirmed the principle set out in its decisions No. 028 and No. 047 to the effect that copyright matters are appropriate for collective bargaining “while respecting the rights of the copyright collectives such as SODRAC” [at paragraph 170].

inflexible qui a empêché les parties de s’entendre pour conclure une entente » (voir les conclusions du Tribunal, au paragraphe 148).

[56] Le Tribunal a conclu que le fait que le MBAC se soit appuyé exclusivement sur l’avis juridique de Gowlings pour justifier sa position dénotait une position inflexible.

[57] La conclusion finale du Tribunal en ce qui a trait au défaut de négociier de bonne foi se trouve dans les trois paragraphes suivants (paragraphes 150 à 152) des motifs du Tribunal :

Le Tribunal est d’accord avec CARFAC/RAAV qu’il n’y avait pas d’attente raisonnable que le MBAC soit d’accord pour inclure des tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres artistiques dans l’accord-cadre. Le Tribunal est également d’accord avec CARFAC/RAAV que le MBAC a créé une impasse dans les négociations en n’offrant aucune possibilité qu’il changerait sa position en ce qui concerne l’inclusion de questions reliées à l’utilisation d’œuvres artistiques dans l’accord-cadre.

Le Tribunal souscrit aux principes exprimés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Royal Oak Mines*, que présenter une proposition ou adopter une position inflexible alors que l’on devrait savoir que l’autre partie ne pourra jamais l’accepter constitue nécessairement un manquement à cette obligation de négociier de bonne foi.

Le MBAC aurait dû savoir que de présenter une telle version modifiée de l’accord-cadre et d’adopter une position inflexible quant à l’inclusion de questions de droit d’auteur dans l’accord-cadre serait jugée inacceptable par CARFAC/RAAV et cela équivaut, de l’avis du Tribunal, à un défaut de négociier de bonne foi.

[58] Par conséquent, le Tribunal a déclaré que le MBAC avait violé l’article 32 de la Loi en ne négociant pas de bonne foi. Le Tribunal a également réaffirmé le principe énoncé dans la décision n° 028 et la décision n° 047 en ce sens que les questions relatives aux droits d’auteur peuvent valablement faire l’objet de négociations « dans le respect des droits des sociétés de gestion collective du droit d’auteur comme la SODRAC » [au paragraphe 170].

STATEMENT OF ISSUES

[59] The National Gallery identified three issues arising from the Tribunal's decision:

1. Did the Tribunal err in law and exceed its jurisdiction or refuse to exercise its discretion in declaring that copyright could be the subject matter of a scale agreement under the Act?

2. Did the Tribunal err in fact and in law in concluding that the National Gallery had not negotiated in good faith?

3. What is the appropriate standard of review for each of these questions?

[60] The intervener SODRAC [Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada] purported to take no position as between the parties, insisting only that if the Tribunal's order is maintained, the reservation with respect to the rights of collective societies should be maintained.

[61] In my view, the first issue is the standard of review. The next issue to be considered is whether the Tribunal's finding that the National Gallery failed to bargain in good faith can be supported on the appropriate standard of review. I believe that this issue should be considered first because that is the determination which the National Gallery is challenging. The question of the interpretation of the expressions "provision of ... services" and "*prestations de services*" arises only because the National Gallery has raised it as a defence to complaint that it has failed to bargain in good faith.

ANALYSIS

Standard of Review

[62] The National Gallery argues that since the interpretation of "provision of ... services" or "*prestations de services*" raises "[q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals" i.e. the Tribunal and the Copyright Board,

EXPOSÉ DES QUESTIONS EN LITIGE

[59] Le Musée des beaux-arts du Canada a indiqué trois questions découlant de la décision du Tribunal :

[TRADUCTION]

1. Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit et outrepassé sa compétence ou refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire en déclarant que le droit d'auteur pouvait faire l'objet d'un accord-cadre aux termes de la Loi?

2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur de fait et de droit en concluant que le Musée des beaux-arts du Canada n'avait pas négocié de bonne foi?

3. Quelle est la norme de contrôle appropriée à l'égard de chacune de ces questions?

[60] L'intervenant SODRAC [Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada] était censé ne pas prendre position entre les parties, insistant seulement sur le fait que, si l'ordonnance du Tribunal est maintenue, la réserve à l'égard des droits des sociétés de gestion devrait être maintenue.

[61] Je suis d'avis que la première question tient à la norme de contrôle. La prochaine question à trancher consiste à déterminer si la norme de contrôle appropriée peut appuyer la conclusion du Tribunal selon laquelle le MBAC n'a pas négocié de bonne foi. J'estime qu'il conviendrait d'examiner cette question en premier lieu, puisque c'est la décision contestée par le MBAC. La question relative à l'interprétation des expressions « prestations de services » et « *provision of [...] services* » survient uniquement parce que le MBAC l'a soulevée en tant que moyen de défense à opposer à la plainte concernant son défaut de négocier de bonne foi.

ANALYSE

La norme de contrôle

[62] Le MBAC soutient que, comme l'interprétation de « prestations de services » ou « *provision of [...] services* » soulève des questions portant sur la « délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents », soit le Tribunal et la

it should be reviewed on the correctness standard, as provided at paragraph 61 of *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*).

[63] With respect to the Tribunal’s finding that the National Gallery had failed to bargain in good faith, the latter argues that the Tribunal’s errors in the assessment of the evidence make the decision unreasonable.

[64] In my view, the interpretation of the phrase “provision of ... services” raises no jurisdictional conflict. CARFAC/RAAV do not purport to be collective societies. They do not hold themselves out as granting licences to copyright nor as collecting fees with respect to the use of works in which copyright subsists. The draft scale agreements, as well as the model contracts, all make it clear that the artists alone determine whether a licence is to be granted to a producer. CARFAC/RAAV simply bargain with producers with a view to ensuring that, if a licence is granted, the producer may not pay less for that licence than the minimum fee set out in the scale agreement, though the artist may bargain for more.

[65] The National Gallery’s position on this issue rests on a mischaracterization of the content of the agreements which its representatives were engaged in negotiating prior to its change in position.

[66] That said, the question remains as to whether the “provision of ... services” includes authorizing others to do that which the holder of the copyright has the exclusive right to do.

[67] This is a question of law which must be decided by a tribunal in the course of construing its home statute. As the Supreme Court indicated in *Dunsmuir*, cited above, and in a number of cases since (*Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraph 28, and *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3 at paragraph 34, to name but two), the decision of a tribunal interpreting its home statute will normally be reviewable on the standard of reasonableness. See also the majority reasons in *Alberta (Information and Privacy Commissioner)*

Commission du droit d’auteur, il convient de l’examiner selon la norme de la décision correcte, comme le prévoit le paragraphe 61 de l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*).

[63] Pour ce qui est de la conclusion du Tribunal selon laquelle le MBAC n’a pas négocié de bonne foi, ce dernier affirme que les erreurs commises par le Tribunal dans l’appréciation de la preuve rendent la décision déraisonnable.

[64] Je suis d’avis que l’interprétation de l’expression « prestations de services » ne donne pas lieu à un conflit de compétence. CARFAC/RAAV ne sont pas censés être des sociétés de gestion collective. Ils ne prétendent pas concéder sous licence un droit d’auteur ni percevoir les droits pour l’utilisation des œuvres encore protégées. Les projets d’accord-cadre, ainsi que les contrats types, montrent clairement que seuls les artistes décident de la concession d’une licence à un producteur. CARFAC/RAAV négocient simplement avec les producteurs en vue de s’assurer que, si une licence est concédée, le producteur ne peut pas payer un montant moindre pour cette licence que le tarif minimum indiqué dans l’accord-cadre, mais l’artiste peut négocier un tarif plus élevé.

[65] À l’égard de cette question, la position du MBAC repose sur une mauvaise description du contenu des ententes faisant l’objet de négociations avec ses représentants avant qu’il ne modifie sa position.

[66] Cela dit, la question demeure : l’expression « prestations de services » inclut-elle l’autorisation, pour d’autres personnes, de faire ce que le titulaire du droit d’auteur a le droit exclusif de faire?

[67] Il s’agit d’une question de droit sur laquelle doit statuer un tribunal dans l’interprétation de sa loi constitutive. Comme la Cour suprême l’a indiqué dans l’arrêt *Dunsmuir*, précité, et dans un certain nombre d’affaires depuis (*Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, au paragraphe 28, et *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 34, pour n’en nommer que deux), la décision d’un tribunal qui interprète sa loi constitutive entraîne généralement l’application de la norme de contrôle de la décision raisonnable. Voir

v. *Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers' Association*).

[68] Even without the benefit of this jurisprudence, the standard of review analysis leads to the same conclusion. The Tribunal is a specialized tribunal charged with administering a labour relations scheme governing relations between artists and producers in the federal sphere. The decisions of the Tribunal are protected by a strong privative clause (section 21 of the Act) which is substantially the same as the privative clauses found in the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, at section 51, and the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, at section 22. Finally, the decisions of the Tribunal have a strong policy component, given the guiding principles set out in sections 2 and 3 of the Act. All of these factors support the conclusion that the standard of review of the Tribunal's interpretation of the phrase "provision of ... services" is reasonableness.

[69] As for the finding that the National Gallery failed to bargain in good faith, the application of a legal standard to a set of facts is a question of mixed fact and law. In this case, the Tribunal identified the legal test for bargaining in good faith and applied it to the course of bargaining between the parties. The National Gallery did not identify an extricable question of law, focusing instead on the Tribunal's weighing of the evidence. The standard of review of a question of mixed fact and law in this context is reasonableness: see *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paragraph 78.

Is the Tribunal's decision that the National Gallery failed to bargain in good faith reasonable?

[70] The statutory basis for the obligation to bargain in good faith is found in section 32 of the Act set out earlier in these reasons. As pointed above, the Act directs the Tribunal to have regard for the applicable principles

également la décision rendue à la majorité dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers' Association*).

[68] Même sans l'avantage que procure cette jurisprudence, l'analyse relative à la norme de contrôle mène à la même conclusion. Le Tribunal est un tribunal spécialisé chargé d'administrer un régime de relations de travail qui régit les relations entre les artistes et les producteurs dans le domaine fédéral. Les décisions du Tribunal sont protégées par une clause privative stricte (article 21 de la Loi), qui est en grande partie la même que celle prévue dans la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003 ch. 22, art. 2, à l'article 51, et dans le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, à l'article 22. Enfin, les décisions du Tribunal comportent un solide élément lié aux politiques, étant donné les principes directeurs énoncés aux articles 2 et 3 de la Loi. Tous ces facteurs étayent la conclusion que la norme de contrôle applicable à l'interprétation de l'expression « prestations de services » est la raisonabilité.

[69] Quant à la conclusion que le MBAC a fait défaut de négocier de bonne foi, l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits est une question mixte de fait et de droit. En l'espèce, le Tribunal a précisé le critère juridique applicable à la négociation de bonne foi et l'a appliqué au déroulement des négociations entre les parties. Le MBAC n'a relevé aucune question de droit isolable; il a plutôt mis l'accent sur l'appréciation de la preuve par le Tribunal. Dans ce contexte, la norme de contrôle applicable à une question mixte de fait et de droit est celle de la raisonabilité (voir *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, au paragraphe 78).

La décision du Tribunal selon laquelle le Musée des beaux-arts du Canada a fait défaut de négocier de bonne foi est-elle raisonnable?

[70] Le fondement législatif de l'obligation de négocier de bonne foi se trouve à l'article 32 de la Loi, énoncé précédemment dans les présents motifs. Tel qu'il a déjà été mentionné, la Loi ordonne au Tribunal de tenir

of labour law. In addressing the question of whether the National Gallery bargained in good faith, the applicable principles of labour law include the jurisprudence which deals with bargaining in good faith.

[71] As the lengthy exposition of the facts shows, the National Gallery engaged in negotiations with CARFAC/RAAV over a period of four years in the course of which minimum fees were always on the table. Whatever reservations the National Gallery may have had about its obligations, it did, in fact, bargain with respect to minimum fees. This is apparent from the portions of the draft scale agreements reproduced earlier in these reasons as well as the draft model contracts. This continued until October 30, 2007, when the National Gallery's new bargaining team presented the Gowlings' legal opinion and resiled from its earlier positions on minimum fees.

[72] The Tribunal's critical findings of fact on the issue of bargaining in good faith are found at paragraphs 145–148 of its decision:

The evidence presented to the Tribunal however also demonstrates that minimum copyright fees and draft contracts related to the use of artistic works were part of the discussions and included in the draft scale agreements since the beginning of negotiations.

The revised draft scale agreement presented to CARFAC/RAAV on October 30, 2007 removed all the matters related to the use of copyright works which CARFAC/RAAV was mandated by its members to negotiate within the parameters of the *Act*.

The content and the manner in which the NGC presented the revised draft to CARFAC/RAAV without prior notice, without reasonable alternatives, in the Tribunal's view was an uncompromising position that the NGC should have known would be unacceptable to CARFAC/RAAV.

The Tribunal finds that although the NGC insisted the parties were not at an impasse and there were still issues to be negotiated, the failure to negotiate or to discuss the inclusion of matters related to copyright, including binding minimum fees in the scale agreement created a rigid stance resulting in the failure to conclude an agreement.

compte des principes applicables du droit du travail. Dans l'examen de la question visant à déterminer si le MBAC a négocié de bonne foi, les principes applicables du droit de travail incluent la jurisprudence afférente à la négociation de bonne foi.

[71] Comme le démontre le long exposé des faits, le MBAC s'est engagé dans des négociations avec CARFAC/RAAV sur une période de quatre ans au cours de laquelle la question des tarifs minimums était toujours à l'ordre du jour. Indépendamment des réserves possibles du MBAC à l'égard de ses obligations, il a, en réalité, mené des négociations concernant les tarifs minimums, comme il ressort des passages des ébauches d'accord-cadre qui ont déjà été reproduits dans les présents motifs ainsi que dans les projets de contrats types. Ces négociations se sont poursuivies jusqu'au 30 octobre 2007, date à laquelle la nouvelle équipe de négociation du MBAC a présenté l'avis juridique de Gowlings et a renoncé à ses positions antérieures à l'égard des tarifs minimums.

[72] Les conclusions de fait cruciales du Tribunal au sujet de la négociation de bonne foi figurent aux paragraphes 145 à 148 de sa décision :

La preuve portée à la connaissance du Tribunal démontre également que la question des tarifs minimums pour les droits d'auteur et celle des projets de contrats portant sur l'utilisation des œuvres artistiques faisaient l'objet de négociations depuis le début.

L'accord modifié qui a été présenté à CARFAC/RAAV le 30 octobre 2007 supprimait toutes les questions relatives au droit d'auteur pour lesquelles CARFAC/RAAV avaient été mandatés de négocier dans le cadre de la *Loi* par leurs membres.

Le contenu de l'accord-cadre révisé ainsi que la façon avec laquelle le MBAC a présenté cette version à CARFAC/RAAV, sans avis préalable, sans solution de rechange raisonnable, de l'avis du Tribunal démontre une intransigeance de la part du MBAC. Le MBAC aurait dû savoir qu'une telle position inflexible serait inacceptable pour CARFAC/RAAV.

Le Tribunal est d'avis que bien que le MBAC insiste que les parties n'étaient pas dans une impasse et qu'ils y avaient encore certains points à discuter, le refus de négocier ou de discuter de l'inclusion de questions de droit d'auteur, y inclus de tarifs minimums dans un accord-cadre est une position inflexible qui a empêché les parties de s'entendre pour conclure une entente.

[73] The observation that the National Gallery should have known that its position would be unacceptable to CARFAC/RAAV is a reference to the decision of the Supreme Court of Canada in *Royal Oak Mines*, cited above, in which the issue of bargaining in bad faith was explored. The Tribunal took particular note of the Supreme Court's position that "putting forward a proposal, or taking a rigid stance which it should be known the other party could never accept must necessarily constitute a breach of that requirement [to bargain in good faith]": see *Royal Oak Mines*, at paragraph 43. In the same decision, the Supreme Court also noted that the conduct of bargaining must be assessed objectively, that is, by reference to the practice in the industry. This gives weight to the Tribunal's comments, at paragraph 99 of the Tribunal reasons, that "[i]t has become a standard in the cultural sector that these matters [matters related to copyright and fees] are included in scale agreements."

[74] The Tribunal saw the National Gallery's reliance upon the Gowlings' opinion as evidence of its rigid stance. The Tribunal may have been influenced by the fact that the Gowlings' opinion was the fourth opinion which the National Gallery had received on this subject, and that it came from the National Gallery's chief negotiator's own firm. The Tribunal's use of the phrase "rigid stance" is another reference to paragraph 43 of the Supreme Court's decision in *Royal Oak Mines*, cited above, where the taking of a rigid stance is found to be incompatible with the obligation to make every reasonable effort to conclude a collective agreement.

[75] The Tribunal's position, it seems to me, can be summarized as follows. Having agreed to negotiate minimum fees for the use of existing works, the National Gallery could not refuse to continue to do so. This conclusion flows from the jurisprudence cited by the Tribunal and from its findings of fact. This conclusion does not turn on whether CARFAC/RAAV's certification orders gave them the right to negotiate minimum fees, or, as a result, whether the National Gallery could be compelled to negotiate minimum fees. Whether it could be compelled to do so or not, the National Gallery

[73] L'affirmation voulant que le MBAC aurait dû savoir qu'une telle position inflexible serait inacceptable pour CARFAC/RAAV fait référence à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, précité, dans lequel la question portant sur la négociation de mauvaise foi est analysée. Le Tribunal a pris acte en particulier de l'opinion de la Cour suprême selon laquelle « présenter une proposition ou adopter une position inflexible alors que l'on devrait savoir que l'autre partie ne pourra jamais l'accepter constitue nécessairement un manquement à cette obligation [de négocier de bonne foi] » (voir *Royal Oak Mines*, au paragraphe 43). Dans la même décision, la Cour suprême a également souligné qu'il convient d'évaluer la conduite des négociations selon une norme objective, c'est-à-dire compte tenu des pratiques dans le secteur d'activités. Cette déclaration donne du poids aux commentaires suivants formulés par le Tribunal, au paragraphe 99 de ses motifs : « L'inclusion de ces questions [liées au droit d'auteur et aux tarifs] dans les accords-cadres est devenue la norme dans le secteur culturel. »

[74] Aux yeux du Tribunal, l'avis juridique de Gowlings sur lequel se fonde le MBAC témoigne de sa position inflexible. Le Tribunal a peut-être été influencé par le fait que l'avis juridique de Gowlings était le quatrième avis que le MBAC avait obtenu sur le sujet, et il provenait du propre cabinet du négociateur en chef du MBAC. L'utilisation, par le Tribunal, de l'expression « position inflexible » constitue une autre référence au paragraphe 43 de la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, précité, dans lequel il a été conclu que l'adoption d'une position inflexible est incompatible avec l'obligation de faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective.

[75] La position du Tribunal, il me semble, peut se résumer dans les termes suivants. Ayant accepté de négocier les tarifs minimums pour l'utilisation des œuvres existantes, le MBAC ne pouvait pas refuser de continuer de le faire. Cette conclusion découle de la jurisprudence citée par le Tribunal et de ses conclusions. Cette conclusion ne dépend pas de la question de savoir si les ordonnances d'accréditation de CARFAC/RAAV leur donnaient le droit de négocier des tarifs minimums ou, par conséquent, de la question de savoir si le MBAC pouvait être obligé de négocier des tarifs minimums. Qu'il ait pu être obligé

agreed to negotiate minimum fees. Once it agreed to do so, and did so for four years, the National Gallery could not refuse, in good faith, to continue those negotiations for the reasons which it gave.

[76] In light of the Tribunal's findings of fact, which in my view are not open to challenge on any standard of review, and the jurisprudence on which it relied, the Tribunal's conclusion that the National Gallery had failed to bargain in good faith was reasonable, as that term has been used in *Dunsmuir*, cited above, at paragraph 61. The decision and the Tribunal's reasoning process are justifiable, transparent (in the sense that there are no unexplained leaps in logic), and intelligible. Furthermore, "the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law": *Dunsmuir*, cited above, at paragraph 47.

Is the Tribunal's conclusion that the National Gallery failed to bargain in good faith based on an error of law?

[77] The error of law alleged by the National Gallery is that matters related to copyright and minimum fees for the use of existing works of art do not comprise "services" as that term is used in the definition of "scale agreement" in the Act and, for that reason, fall outside CARFAC/RAAV's mandate. For the reasons given above, I do not believe that this issue affects the outcome of the analysis as to whether the National Gallery negotiated in good faith. However, if negotiations are to resume, the parties may benefit from greater certainty on this issue.

[78] The National Gallery objects to the Tribunal's conclusion that it failed to bargain in good faith, saying that it is based on an error of law, namely that the definition of "scale agreement" and, in particular, the phrase "provision of ... services" or "*prestations de services*" do not include copyright-related issues because copyright is property and not services and therefore, these matters fall outside the scope of a scale agreement. It follows that the National Gallery cannot be found to have bargained

ou non, le MBAC a accepté de négocier des tarifs minimums. Après avoir accepté de négocier et avoir mené ces négociations pendant quatre ans, le MBAC ne pouvait pas refuser, de bonne foi, de poursuivre ces négociations pour les motifs qu'il a invoqués.

[76] À la lumière des conclusions de fait du Tribunal qui, à mon avis, ne peuvent pas être contestées à l'égard de quelque norme de contrôle que ce soit, et de la jurisprudence sur laquelle le Tribunal s'est fondé, la conclusion du Tribunal que le MBAC a fait défaut de négocier de bonne foi était raisonnable, au sens de l'arrêt *Dunsmuir*, précité, au au paragraphe 61. La décision et le processus de raisonnement du Tribunal sont justifiables, transparents (au sens où il n'y a pas d'entorse inexplicquée à la logique) et intelligibles. Qui plus est, la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47).

La conclusion du Tribunal selon laquelle le Musée des beaux-arts du Canada a fait défaut de négocier de bonne foi est-elle fondée sur une erreur de droit?

[77] L'erreur de droit alléguée par le MBAC est la suivante : les questions de droit d'auteur et de tarifs minimums pour l'utilisation des œuvres existantes n'englobent pas les « services » au sens où ce terme est utilisé dans la définition d'« accord-cadre » figurant dans la Loi et, pour ce motif, échappent au mandat de CARFAC/RAAV. Pour les motifs susmentionnés, j'estime que la présente question n'a pas d'incidence sur le résultat de l'analyse visant à déterminer si le MBAC a négocié de bonne foi. Toutefois, si les négociations reprennent, les parties peuvent tirer profit d'une plus grande certitude à cet égard.

[78] Le MBAC s'oppose à la conclusion du Tribunal selon laquelle il a fait défaut de négocier de bonne foi en affirmant que celle-ci est fondée sur une erreur de droit, notamment que la définition d'« accord-cadre », et en particulier l'expression « prestations de services » ou « *provision of [...] services* » n'inclut pas les questions de droit d'auteur parce que le droit d'auteur est un bien et non un service et que ces questions ne sont pas visées par l'accord-cadre. Par conséquent, il ne peut être conclu

in bad faith for refusing to discuss something which CARFAC/RAAV did not have the authority to bargain.

[79] The National Gallery seeks to bolster this argument by raising questions related to the provisions of the *Copyright Act*, and an alleged conflict between it and the Act.

[80] The National Gallery's position on "provision of artists' services" is based on the performing arts model, where a producer and an association can negotiate a minimum fee for a performance, which is clearly a service. I acknowledge that the French version of the Act which uses the phrase "*prestations de services*" is consistent with this view of the meaning to be given to the phrase. Contrasting this type of service to that of licensing existing works, the National Gallery argues that since copyright is a form of property, transactions involving copyright are not contracts for the provision of services but rather contracts involving property or goods, or so the argument goes.

[81] There are two interrelated questions here. What is the service and who provides it? The Tribunal has been clear, ever since decision No. 028, that the artist is the provider of services and that the services include granting others the right to use works in which the artist holds the copyright. Representative associations simply negotiate some of the terms on which those services will be provided. This is clear from the following passage from decision No. 28 (cited above, at paragraphs 61–62):

In the Tribunal's view, the right to use an existing work is a service that the artist who holds the copyright in that work may provide to a producer, and representing artists' interests in this fundamental socio-economic right is an appropriate activity for a certified artists' association. As an example, the artists' association may seek to negotiate with a producer provisions regarding the minimum fee to be offered to an artist in the sector for the use of one of his or her works in a new medium or as the basis for an adaptation.

Under the *Status of the Artist Act* regime, artists retain control over the decision whether to accept a commission from

que le MBAC a négocié de mauvaise foi parce qu'il a refusé de discuter d'un sujet que CARFAC/RAAV n'avaient pas le pouvoir de négocier.

[79] Le MBAC cherche à renforcer cet argument en soulevant des questions portant sur les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* et un présumé conflit entre celle-ci et la Loi.

[80] La position du MBAC à l'égard de la « prestation de services des artistes » est fondée sur le modèle des arts de la scène, selon lequel un producteur et une association peuvent négocier un tarif minimum pour une prestation, ce qui est clairement un service. Je reconnais que la version française de la Loi, qui utilise l'expression « prestations de services » correspond à ce point de vue sur le sens donné à l'expression. Comparant ce type de service à celui de concession, par licence, d'œuvres existantes, le MBAC fait valoir que, comme le droit d'auteur est une forme de bien, les opérations visant le droit d'auteur sont non pas des contrats pour la prestation de services, mais plutôt des contrats touchant un ou des biens, ou c'est là l'argument utilisé.

[81] Deux questions sont interreliées en l'espèce : quel est le service et qui le fournit? Le Tribunal a été clair, toujours dans la décision n° 028 : l'artiste est le fournisseur de services, et les services incluent le droit concédé à d'autres personnes d'utiliser les œuvres dont l'artiste est titulaire du droit d'auteur. Les associations représentatives négocient simplement certaines des conditions régissant la prestation de ces services. Ce constat ressort clairement du passage suivant extrait de la décision n° 28 (précitée, aux paragraphes 61 et 62) :

Selon le Tribunal, le droit d'utiliser une œuvre existante constitue un service que l'artiste détenant le droit d'auteur sur cette œuvre peut fournir à un producteur, et défendre les intérêts des artistes au regard de ce droit socio-économique fondamental constitue une activité appropriée pour une association d'artistes. À titre d'exemple, l'association d'artistes peut tenter de négocier avec un producteur des dispositions relatives aux honoraires minimaux devant être offerts à un artiste du secteur pour l'utilisation d'une de ses œuvres dans un nouveau médium ou en vue de son adaptation.

En vertu du régime prévu par la *Loi sur le statut de l'artiste*, l'artiste conserve le pouvoir de décider s'il désire ou non

a producer or to allow a particular producer to use one of their works. The artist remains free to negotiate individual contracts above the minimum, but no producer may offer less than the terms set out in the scale agreement to which the producer and the artists' association have agreed. For the use of the work, the artist receives, directly from the producer, either the remuneration prescribed by the scale agreement or whatever greater amount the artist has been able to negotiate.

[82] The Tribunal came to this conclusion on the basis of a textual and contextual analysis of the whole of the Act, as reflected in paragraphs 57 and 58 of decision No. 28:

In the Tribunal's view, the *Status of the Artist Act* was intended to complement and supplement the regime provided in the *Copyright Act*. It is intended to do so by providing artists with an additional mechanism to obtain compensation for their work, thereby enhancing and promoting artists' freedom of choice as to how they will exploit the fruits of their creative talents.

The statute must be given an interpretation that will fulfill Parliament's intention of improving the socio-economic status of artists in Canada. The *Act* mandates certified artists' associations to represent the socio-economic interests of artists. It follows, therefore, that any exclusions from the collective bargaining regime that Parliament has provided to self-employed artists would have to be clearly articulated in the *Act*. Parliament did not expressly exclude matters related to copyright from the ambit of collective bargaining. Indeed the *Act* contains no express limitation on an artists' associations' right to bargain with producers about any matters affecting the socio-economic interests of its members. This is consistent with Canadian labour law generally, in which the duty to bargain has been held to encompass any subject matter the parties consent to include in a collective agreement.

[83] There is nothing surprising in the finding that granting a licence to use a work is a service provided by an artist to a producer. The fact that copyright is property does not preclude a finding that granting another the right to use that property is a service. One need only think of hotels and car rental agencies as examples of property owners who provide a service by allowing others to use their property. Thus, the granting of a licence is a service provided by the artist, as contemplated by the definition of "scale agreement".

accepter une commande d'un producteur ou permettre à un producteur particulier d'utiliser une de ses œuvres. L'artiste demeure libre de négocier des contrats individuels dont les conditions sont plus favorables que les conditions minimales, tandis qu'aucun producteur ne peut offrir des conditions moins favorables que celles énoncées dans l'accord-cadre que le producteur et l'association d'artistes ont conclu. L'artiste reçoit directement du producteur pour l'utilisation de ses œuvres soit la rémunération prévue dans l'accord-cadre, soit la rémunération plus élevée qu'il a été en mesure de négocier.

[82] Le Tribunal en est venu à cette conclusion après une analyse textuelle et contextuelle de l'ensemble de la Loi, comme le reflètent les paragraphes 57 et 58 de la décision n° 28 :

Le Tribunal est d'avis que l'objectif visé avec la *Loi sur le statut de l'artiste* était de compléter le régime prévu dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle le fait en offrant aux artistes un mécanisme d'indemnisation additionnel pour l'utilisation de leurs œuvres, favorisant ainsi leur liberté de choix quant à la manière d'exploiter le fruit de leur talent créatif.

La *Loi* doit recevoir une interprétation permettant de réaliser l'objectif visé par le législateur d'améliorer la situation socio-économique des artistes au Canada. La *Loi* confère aux associations d'artistes accréditées le mandat d'œuvrer au bien-être socio-économique des artistes. Par conséquent, toute exclusion du régime de négociation collective que le législateur a prévu pour les artistes indépendants devrait être clairement stipulée dans la *Loi*. Or, le législateur n'a pas expressément exclu de la portée des négociations collectives les questions se rapportant au droit d'auteur. De fait, la *Loi* ne renferme aucune restriction expresse quant au droit d'une association d'artistes de négocier avec les producteurs toute question touchant au bien-être socio-économique de ses membres. Cela est conforme aux principes généraux du droit du travail canadien, en vertu desquels il a été statué que l'obligation de négocier englobait toute question que les parties consentent à inclure dans leur convention collective.

[83] Il n'y a rien de surprenant à la conclusion voulant que la concession d'une licence pour l'utilisation d'une œuvre constitue un service fourni par un artiste à un producteur. Le fait que le droit d'auteur est un bien n'empêche pas de conclure que l'octroi du droit d'utiliser ce bien est un service. Pensons simplement aux hôtels et aux agences de location d'automobiles à titre d'exemples de propriétaires d'un bien qui fournissent un service en autorisant d'autres personnes à utiliser leur bien. Partant, la concession d'une licence est un service

[84] Nor is there anything unusual about the fact that representative organizations seek to negotiate the minimum fees and conditions upon which their members will provide services, including licenses to use existing works. The definition of “scale agreement” specifically refers to minimum terms and conditions. Surely, fees are either a term or a condition which an artist may attach to the grant of a licence. The terms of the model contracts quoted above show that fees are indeed one of the terms of the licence granted by the artist.

[85] The fact that a representative organization negotiates minimum fees does not make it the agent of the artist for the purpose of granting licences. In the present case, the terms of the draft scale agreements and the model contracts make it clear that no fees are payable unless an artist grants the National Gallery a licence to use his or her work in a specified way. The setting of fees is not one of the matters which are specifically and exclusively reserved to the artist in section 3 of the *Copyright Act* and is therefore not a matter referred to in subsection 13(4) of that Act. The National Gallery’s argument on this issue is based on a mischaracterization of the very agreements which it negotiated for four years.

[86] All of this leads to the conclusion that the Tribunal’s decision on the interpretation of “provision of ... services” is reasonable. The Tribunal’s reasoning is intelligible, is internally consistent and is within the range of possible outcomes, having regard to the facts and the law. The law, in this context, includes the jurisprudence according to which an expert tribunal interpreting its home statute is entitled to deference: see *Alberta Teachers’ Association*, cited above, at paragraph 39. The fact that a decision is reasonable does not mean that reasonable people could not come to another conclusion. It simply means that if the Tribunal has chosen one reasonable interpretation out of a number of equally reasonable interpretations, its choice is entitled to be respected by the Court.

fourni par l’artiste, comme le prévoit la définition d’« accord-cadre ».

[84] Il n’y a rien d’inhabituel non plus dans le fait que les organisations représentatives cherchent à négocier les conditions et les tarifs minimums en fonction desquels leurs membres fourniront des services, y compris les licences pour l’utilisation des œuvres existantes. La définition d’« accord-cadre » renvoie précisément aux tarifs minimums et aux conditions. Il est incontestable que les tarifs sont une condition qu’un artiste peut rattaché à la concession d’une licence. Les conditions des contrats types susmentionnés montrent que les tarifs représentent bel et bien une des conditions de la licence concédée par l’artiste.

[85] Le fait qu’une organisation représentative négocie des tarifs minimums n’en fait pas l’agent de l’artiste aux fins de concession d’une licence. Dans l’affaire qui nous occupe, les conditions des accords-cadres et des contrats types montrent clairement qu’aucune indemnité n’est payable à moins que l’artiste concède au MBAC une licence pour l’utilisation de son œuvre, de la manière précisée. L’établissement de tarifs n’est pas un des aspects réservés précisément et exclusivement à l’artiste dans l’article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur* et n’est donc pas mentionné au paragraphe 13(4) de cette loi. À cet égard, l’argument du MBAC repose sur une mauvaise description des ententes mêmes qu’il a négociées pendant quatre ans.

[86] Tout cela nous amène à conclure que la décision du Tribunal relative à l’interprétation de l’expression « prestations de services » est raisonnable. Le raisonnement du Tribunal est intelligible, est foncièrement logique et appartient aux issues possibles eu égard aux faits et au droit. Dans ce contexte, le droit inclut la jurisprudence selon laquelle l’interprétation par un tribunal spécialisé de sa loi constitutive commande la déférence (voir l’arrêt *Alberta Teachers’ Association*, précité, au paragraphe 39). Le fait qu’une décision est raisonnable ne suppose pas que des personnes raisonnables ne pouvaient pas en venir à une autre conclusion. Cela signifie simplement que, si le Tribunal a choisi une interprétation raisonnable parmi d’autres interprétations également raisonnables, la Cour doit respecter son choix.

[87] I conclude by pointing out that the interpretation given to the expression “provision of ... services” by the Tribunal does not create a conflict between the Act and the *Copyright Act*. The draft scale agreements and the model agreements as well, contemplate that only the artist has the right to grant licences to use his or her work. If the artist has assigned his or her rights to a collective society, then that artist cannot contract with the National Gallery with respect to rights which he or she no longer has. The National Gallery must be able to know which artists it can contract with and which it cannot. These are practical problems for which there are practical solutions. They are not a reason for depriving the Act its full scope.

CONCLUSION

[88] For the reasons set out above, I would dismiss the application for judicial review with costs to the respondent Canadian Artists’ Representation/Front des artistes canadiens and Regroupement des artistes en arts visuels du Québec. No costs are awarded to or against the intervenor Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[89] NOËL J.A.: I have read the reasons of my colleague, and with respect, I have reached the opposite conclusion. The issue in this case is whether the National Gallery’s refusal to negotiate a scale agreement pertaining to matters relating to copyright—specifically minimum fees with respect to the use of existing works—can support the Tribunal’s finding that it failed to bargain in good faith. In my view it cannot as the Tribunal had no authority to compel such negotiations, let alone deal with them. Labour law principles do not alter this limitation. The fact that the National Gallery came to this realization when the parties were well into the bargaining process is of no consequence as jurisdiction cannot be conferred by consent. The finding by my colleague that the director of the National Gallery acted

[87] Je conclus en soulignant que l’interprétation de l’expression « prestations de services » fournie par le Tribunal ne crée pas de conflit entre la Loi et la *Loi sur le droit d’auteur*. Les ébauches d’accord-cadre et les ententes types prévoient également que seul l’artiste a le droit de concéder, par licence, l’utilisation de son œuvre. Si l’artiste a cédé ses droits à une société de gestion collective, alors cet artiste ne peut pas conclure un contrat avec le MBAC concernant les droits qu’il ne possède plus. Le MBAC doit pouvoir savoir avec quel artiste il peut ou non conclure un contrat. Il s’agit de problèmes pratiques pour lesquels il existe des solutions pratiques. Ils ne justifient pas que la Loi soit privée de sa pleine portée.

CONCLUSION

[88] Pour les motifs précités, je suis d’avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire avec dépens pour les défendeurs Canadian Artists’ Representation/ Front des artistes canadiens et le Regroupement des artistes en arts visuels du Québec. Aucuns dépens ne sont adjugés en faveur ou contre l’intervenante Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[89] LE JUGE NOËL, J.C.A. : J’ai lu les motifs de mon collègue et, avec égards, j’en arrive à la conclusion contraire à la sienne. La question en litige est de savoir si le refus du MBAC de négocier un accord-cadre relatif aux questions de droit d’auteur — plus précisément les tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes — peut étayer la conclusion du Tribunal que le MBAC a manqué à son obligation de négocier de bonne foi. Je ne le crois pas puisque le Tribunal n’avait pas le pouvoir d’exiger la tenue de telles négociations ou même d’en traiter. Les principes du droit du travail ne modifient pas cette limite. Le fait que le MBAC s’en soit rendu compte quand les parties étaient déjà bien engagées dans le processus de négociation n’a aucune incidence puisqu’une compétence ne peut être conférée

with “evasiveness” is not one that was made by the Tribunal and I do not believe that his letter alerting CARFAC/RAAV to the fact that some of the issues being negotiated may not be within “the [National Gallery]’s authority” (appeal book, Vol. 15, at page 2839), warrants such a label. Furthermore, the National Gallery formalized its bargaining position on October 30, 2007—not on January 29, 2008—(Tribunal reasons, at paragraph 146) and based on the Tribunal’s own words, it is the rigid stance taken by the National Gallery from that juncture onwards that “amounts to a failure to bargain in good faith” (Tribunal reasons, at paragraph 152).

BACKGROUND

[90] The Tribunal assumed jurisdiction to approve a “scale agreement” involving rights assigned by copy-right holders to CARFAC/RAAV on the basis that these assignments constitute a “provision of ... services” within the meaning of the definition of “scale agreement” in section 5 of the Act. However, the Tribunal made it clear that its decision does not bind collective societies to which such rights have previously been assigned under the *Copyright Act* (Tribunal reasons, at paragraph 104).

[91] This concession is the only reason why SODRAC, in its capacity of intervener, takes the position that it can live with the decision of the Tribunal (SODRAC’s memorandum, at paragraphs 6, 8, 9, 14, 15, 16, 28, 29 and 82). However, the comprehensive arguments that it has brought forth make it clear that the decision of the Tribunal, insofar as it remains applicable to copyrights held by unrepresented artists, cannot stand.

ANALYSIS AND DECISION

[92] The question that must be answered is the one posed by SODRAC, at paragraph 78 of its memorandum:

par consentement. La conclusion de mon collègue, selon laquelle le directeur du MBAC avait employé un « ton évasif », n’en est pas une formulée par le Tribunal, et j’estime que sa lettre informant CARFAC/RAAV que certains des sujets prévus dans le cadre des négociations ne relevaient peut-être pas de la [TRADUCTION] « compétence [du Musée des beaux-arts du Canada] » (dossier d’appel, vol. 15, à la page 2839), ne justifie pas une telle désignation. En outre, le MBAC a officialisé sa position de négociation le 30 octobre 2007, non pas le 29 janvier 2008 (motifs du Tribunal, au paragraphe 146), et, selon les propres mots du Tribunal, c’est la position inflexible du MBAC à partir de ce moment qui « équivaut à un défaut de négociateur de bonne foi » (motifs du Tribunal, au paragraphe 152).

CONTEXTE

[90] Le Tribunal s’est attribué la juridiction de sanctionner un « accord-cadre » portant sur des droits cédés par des détenteurs de droit d’auteur à CARFAC/RAAV au motif que ces cessions constituent des « prestations de services » au sens de la définition du terme « accord-cadre » à l’article 5 de la Loi. Le Tribunal a cependant reconnu que sa décision ne lie pas les sociétés de gestion collective auxquelles ces droits ont déjà été cédés en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur* (motifs du Tribunal, au paragraphe 104).

[91] Cette concession est la seule raison pour laquelle la SODRAC, en sa qualité d’intervenante, se dit prête à tolérer la décision du Tribunal (mémoire de la SODRAC, aux paragraphes 6, 8, 9, 14, 15, 16, 28, 29 et 82). Toutefois, d’après les observations exhaustives qu’elle a mises de l’avant, il est clair que la décision du Tribunal, dans la mesure où elle demeure applicable aux droits d’auteur détenus par des artistes non représentés, ne peut être maintenue.

ANALYSE ET DÉCISION

[92] La question à laquelle il faut répondre est celle posée par la SODRAC au paragraphe 78 de son mémoire :

[TRANSLATION]

[Can] provisions dealing solely with the use of a work that is not the result of a provision of services [be included] in the scale agreement, [as defined in section 5]?

[93] The question so raised is one of statutory construction. In this respect it is useful to recall that there is only one applicable principle: “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (Elmer Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) at page 87, as cited in *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103).

[94] My colleague has assessed the decision of the Tribunal on this question on a standard of reasonableness. However, given that the Tribunal’s finding of bad faith is premised on the assumption that the matters being negotiated were matters which CARFAC/RAAV were mandated to negotiate “within the parameters of the Act” (Tribunal reasons, at paragraph 146), it is clear that the Tribunal’s finding of bad faith cannot stand if the National Gallery correctly asserts that these matters were outside these parameters.

[95] As SODRAC explains, this is the first time that the Tribunal has ruled at the negotiation stage (as opposed to the certification stage) on a scale agreement pertaining to pre-existing works,—i.e. works which are not the result of a provision of services by an artist for a producer—(SODRAC’s memorandum, at paragraph 34). In asserting that the Act applies in this context, CARFAC/RAAV rely on the judgment of the Supreme Court in *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178 and the so-called “quasi-constitutional” nature of the Act to argue that it applies despite the obvious conflicts with the *Copyright Act* which this can entail (CARFAC/RAAV’s memorandum, at paragraph 54):

[Peut-on inclure] dans l’accord-cadre de[s] dispositions portant uniquement sur l’utilisation d’une œuvre qui n’est pas le résultat d’une prestation de services [comme il est défini à l’article 5].

[93] La question ainsi soulevée en est une d’interprétation statutaire. À cet égard, il est utile de rappeler qu’un seul principe s’applique : [TRADUCTION] « il faut interpréter les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (Elmer Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la page 87, cité dans l’arrêt *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103).

[94] Mon collègue a soupesé la décision du Tribunal quant à cette question selon la norme de la décision raisonnable. Toutefois, étant donné que la conclusion du Tribunal relative à la mauvaise foi repose sur la prémisse selon laquelle les questions négociées s’inscrivaient dans le cadre du mandat qu’avait CARFAC/RAAV de négocier « dans le cadre de la Loi » (motifs du Tribunal, au paragraphe 146), il est clair que la conclusion de mauvaise foi formulée par le Tribunal ne peut être maintenue si le MBAC affirme avec raison que ces questions s’inscrivent à l’extérieur du cadre de la Loi.

[95] Comme l’explique la SODRAC, c’est la première fois que le Tribunal se prononce à l’étape de la négociation (par opposition à celle de l’accréditation) sur un accord-cadre relatif à des œuvres préexistantes, c.-à-d. des œuvres qui ne résultent pas de la prestation de services par un artiste pour un producteur (mémoire de la SODRAC, au paragraphe 34). En affirmant que la Loi s’applique dans ce contexte, CARFAC/RAAV s’appuient sur le jugement rendu par la Cour suprême dans l’arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178, et la prétendue nature « quasi constitutionnelle » de la Loi pour affirmer qu’elle s’applique malgré les conflits évidents avec la *Loi sur le droit d’auteur* que cela peut engendrer (mémoire de CARFAC/RAAV, au paragraphe 54) :

Although *Desputeaux* arises out of a different context, it still affirms that there is nothing peculiar about the *Copyright Act* which insulates it from the impact of other legislation. To the contrary, the legislative scheme enacted by Parliament contemplates that such matters will be the subject of bargaining in spite of the *Copyright Act*. [My emphasis.]

[96] Neither the Supreme Court in *Desputeaux* nor the statute at issue in that case, recognize an artist's association's right to interfere in transactions affecting copyrights held by its members. However, that decision does highlight the distinction that exists in the world of artistic creation between agreements pertaining to existing works and those dealing with commissioned works.

[97] In Quebec, there are two statutes governing the professional status of artists. The one at issue in *Desputeaux* was the *Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters*, R.S.Q., c. S-32.01 (commonly called "Bill 78"). The other is the *Act respecting the professional status and conditions of engagement of performing, recording and film artists*, R.S.Q., c. S-32.1 (commonly called "Bill 90").

[98] In *Writers Guild of Canada*, R-41-94, the Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de producteurs du Québec (the Commission) was asked to define the respective scope of these statutes (*Writers Guild of Canada*, at pages 13–14):

[TRANSLATION] In the context of Bill 90, producers retain the services of artists, on the basis of their talents, for the purpose of creating works with them. Thus, when a producer retains the services of an artist, there is no work yet in existence, since the work materializes over time as various provisions of services are completed. . . .

In the context of Bill 78, artists create their works on their own initiative; nobody retains their services for this . . ., this is a purely commercial relationship, the concept of provision of services being completely absent from Bill 78, in letter and spirit. [Emphasis by SODRAC.]

[99] This distinction is equally fundamental in the present case. Where a scale agreements pertains to

[TRANSLATION] Bien que l'arrêt *Desputeaux* découle d'un contexte différent, il confirme cependant qu'il n'y a rien de propre à la *Loi sur le droit d'auteur* qui la protège des répercussions d'une autre loi. Au contraire, le régime législatif adopté par le législateur prévoit que de telles questions feront l'objet de négociations malgré la *Loi sur le droit d'auteur*. [Non souligné dans l'original.]

[96] Ni la Cour suprême dans l'arrêt *Desputeaux* ni la loi en cause dans cette affaire ne reconnaissent le droit d'une association d'artistes de s'ingérer dans des transactions touchant les droits d'auteur détenus par ses membres. Toutefois, cette décision fait ressortir la distinction existante dans le monde de la création artistique entre les ententes relatives aux œuvres existantes et celles relatives aux œuvres commandées.

[97] Au Québec, deux lois régissent le statut professionnel des artistes. Celle en cause dans l'arrêt *Desputeaux* était la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*, L.R.Q., ch. S-32.01 (couramment appelée « Loi 78 »), et l'autre est la *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, L.R.Q., ch. S-32.1 (couramment appelée « Loi 90 »).

[98] Dans la décision *Writers Guild of Canada*, R-41-94, on a demandé à la Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de producteurs du Québec (la Commission) de définir la portée respective de ces lois (*Writers Guild of Canada*, aux pages 13 et 14) :

Dans le contexte de la Loi 90, c'est le producteur qui retient les services de l'artiste, en raison de son talent, en vue de créer une œuvre avec lui. Ainsi, au moment où le producteur retient les services de l'artiste, il n'existe pas d'œuvre puisque celle-ci prendra forme au fur et à mesure que diverses prestations de services seront complétées [...]

Dans le contexte de la Loi 78, l'artiste crée son œuvre de sa propre initiative; personne ne retient ses services pour ce faire [...], il s'agit d'une relation de nature purement commerciale, la notion de prestation de services étant complètement absente de la lettre et de l'esprit de la Loi 78. [Souligné par la SODRAC.]

[99] Cette distinction est toute aussi fondamentale pour nos fins. Lorsqu'un accord-cadre a trait à des

commissioned works (“*œuvres commandées*”, to use the French phrase), no copyright is involved since the work does not exist at the time the agreement is signed. Consequently, the “provision of ... services” required to realize the commissioned work and the rights of use that an artist may assign with respect to the contemplated work do not entail any possible conflict with the *Copyright Act*. I note that the provision of artists’ services to produce commissioned works is a common practice in the art world, as is evidenced by Bill 90 and by the Act itself which applies to specified producers that “engage one or more artists to provide an artistic production” (paragraph 6(2)(a) of the Act).

[100] Conflicts with the *Copyright Act* only arise where one seeks to extend scale agreements to works that are created otherwise than in the context of a commission, as the Tribunal did in this case.

[101] CARFAC/RAAV argue that there is no conflict with the *Copyright Act*, since the Tribunal only intended to impose [TRANSLATION] “minimum standards” in the form of mandatory royalties (CARFAC/RAAV’s memorandum, at paragraphs 16 and 49). I agree with SODRAC when it says that any mandatory royalty, even a minimum one, is central to copyright (SODRAC’s memorandum, at paragraph 46). Requiring artists to charge a minimum royalty for the use of their work bears consequences which are as significant as imposing any royalty since it means that the artists concerned cannot ask for less, even if this is the only way in which they can usefully exploit their copyright.

[102] In extending the application of the Act to works made otherwise than in the context of a commission, the Tribunal distorted the words used by Parliament. No linguistic gymnastics can justify the assertion that the assignment of a copyright is a “provision of artists’ services”.

œuvres commandées (« *commissioned works* » selon l’expression anglaise), aucun droit d’auteur n’est en cause puisque l’œuvre n’existe pas au moment de la signature de l’entente. Il s’ensuit que les « prestations de services » requises pour la réalisation de l’œuvre commandée et les droits d’utilisation qu’un artiste peut céder à l’égard de cette œuvre ne donnent lieu à aucun conflit possible avec la *Loi sur le droit d’auteur*. Je souligne que les prestations de services des artistes en vue de la production d’œuvres commandées sont une pratique courante dans le monde artistique, comme en fait foi le projet de loi 90 et la Loi elle-même laquelle s’applique aux producteurs désignés qui « retiennent les services d’un ou plusieurs artistes en vue d’obtenir une prestation » (alinéa 6(2)a) de la Loi).

[100] Des conflits avec la *Loi sur le droit d’auteur* surviennent lorsque l’on fait porter à des accords-cadres sur des œuvres créées autrement que dans le contexte d’une œuvre commandée, comme le Tribunal l’a fait en l’espèce.

[101] CARFAC/RAAV affirment qu’il n’y a pas de conflit avec la *Loi sur le droit d’auteur* puisque le Tribunal prévoyait seulement imposer des [TRADUCTION] « condition minimales » sous forme de redevances obligatoires (mémoire de CARFAC/RAAV, aux paragraphes 16 et 49). Je suis d’accord avec la SODRAC lorsqu’elle dit que toute redevance obligatoire, même minimale, est au cœur du droit d’auteur (mémoire de la SODRAC, au paragraphe 46). Exiger des artistes qu’ils imposent une redevance minimale pour l’utilisation de leur œuvre a des conséquences qui sont aussi importantes que l’imposition de tout autre redevance puisque les artistes concernés ne peuvent demander moins, même si c’est là le seul moyen pour eux d’exploiter de façon utile leur droit d’auteur.

[102] En élargissant la portée de la Loi de façon à ce qu’elle s’applique aux œuvres créées autrement que dans le contexte d’une œuvre commandée, le Tribunal dénaturé les mots utilisés par le législateur. Aucune gymnastique linguistique ne peut servir à démontrer que les cessions de droits d’auteur constituent des « prestations de services des artistes ».

[103] A copyright is not a “service” under any acceptance, be it at civil law, at common law, under the *Copyright Act*, or according to the plain meaning of the word be it in English or French. A copyright consists of rights recognized and protected by law owned by an artist in relation to his or her work (section 3 of the *Copyright Act*). The result is that the assignment of such rights gives rise to a transfer of property. No one would think of describing a transfer of property as a “provision of ... services”.

[104] The analogy drawn by my colleague with a hotel or a car rental agency in order to justify the reading made by the Tribunal rests on the fact that the services being provided in such cases also involve a licence to use property i.e. the premises and the room in the case of the hotel and the car in the case of the car rental agency. The difficulty in the present case arises because the licence given by an artist to a producer to use existing works is not linked to any service.

[105] The importance of this distinction can be illustrated by the wording of section 5 which defines a “scale agreement” as one which sets out “minimum terms and conditions for the provision of artists’ services and other related matters” (my emphasis). As SODRAC has pointed out, the emphasized words give rise to the residual question which follows (SODRAC’s memorandum, at paragraph 78):

[TRANSLATION] The question which arises here relates to the inclusion in the scale agreement of provisions pertaining solely to the use of a work that is not the result of a provision of services. In other words, can a scale agreement be constituted by residual questions, without addressing the main question (the provision of services).

[106] To ask the question is to answer it. There is nothing to which the assignment of a right to use a work can relate unless the assignment is made in the context of a “provision of ... services”, which is not the case in the matter before us.

[107] In my respectful view, there is no rational basis for the proposition that absent such services (Tribunal reasons, at paragraph 103):

[103] Un droit d’auteur n’est pas un « service » et ce tant selon le droit civil que la common law, ou la *Loi sur le droit d’auteur* que selon le sens ordinaire du terme en anglais ou en français. Le droit d’auteur comporte des droits reconnus et protégés par la loi que détient un artiste à l’égard de son œuvre (article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur*). Il en résulte que la cession de tels droits donne lieu à un transfert de bien. Personne ne penserait à qualifier un transfert de bien de « prestation de services ».

[104] L’analogie évoquée par mon collègue, avec un hôtel ou une agence de location d’automobiles, pour justifier l’interprétation du Tribunal tient au fait que les services fournis dans de tels cas comportent également une licence pour l’utilisation d’un bien, c.-à-d. les lieux et la chambre, pour l’hôtel, et l’automobile, pour l’agence de location d’automobiles. La difficulté en l’espèce résulte du fait que la licence concédée par un artiste à un producteur pour l’utilisation d’œuvres existantes n’est liée à aucun service.

[105] Le libellé de l’article 5, qui définit un « accord-cadre » comme un accord qui comporte des dispositions relatives aux « conditions minimales pour les prestations de services des artistes et à des questions connexes » (je souligne), peut servir à illustrer l’importance de cette distinction. Comme la SODRAC l’a fait remarquer, ces mots soulignés soulèvent la question résiduelle suivante (mémoire de la SODRAC, au paragraphe 78) :

La question se pose ici de l’inclusion dans l’accord-cadre de dispositions portant uniquement sur l’utilisation d’une œuvre qui n’est pas le résultat d’une prestation de services. En d’autres termes, est-ce que l’accord-cadre ne peut contenir que de questions « connexes » sans contenir la question principale (la prestation de services).

[106] Poser la question, c’est y répondre. Il n’existe rien à quoi puisse être reliée la cession d’un droit portant sur l’utilisation d’une œuvre, à moins que cette cession soit effectuée dans le contexte de « prestations de services », ce qui n’est pas le cas dans l’affaire devant nous.

[107] À mon humble avis, il n’y a pas de fondement rationnel pour la thèse voulant qu’en l’absence de tels services (motifs du Tribunal, au paragraphe 103) :

... the right to use an existing work is a service that the artist who holds the copyright . . . may provide to a producer. [My emphasis.]

[108] The phrase “provision of . . . services” has a plain meaning which when read contextually contemplates the creation of artistic works for specified producers. Of particular significance in this regard is paragraph 6(2)(a) which sets out the scope of application of the part of the Act with which we are concerned:

APPLICATION

Binding on Her Majesty **6.** (1) This Part is binding on Her Majesty in right of Canada

Application (2) This Part applies

(a) to the following organizations that engage one or more artists to provide an artistic production, namely,

(i) government institutions listed in Schedule 1 of the *Access to Information Act* or the schedule to the *Privacy Act*, or prescribed by regulation, and

(ii) broadcasting undertakings, including a distribution or programming undertaking, under the jurisdiction of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission; and [My emphasis.]

[109] When read in context, it can be seen that a “scale agreement” contemplates the imposition of minimum conditions for the provision of such services and for compensation for the use of the works thereby created, including their public lending (paragraph 2(e)). Significantly, these goals can be attained without giving rise to any conflict with the rights protected by the *Copyright Act*.

[110] As noted, the Tribunal attempted to defuse the conflict which arises from its proposed interpretation by declaring that its decision is not binding on artists who are represented by a collective society. However, copyrights held by artists who are not so represented are equally worthy of protection and the conflict, insofar as

[...] le droit d'utiliser une œuvre existante constitue un service que l'artiste détenant le droit d'auteur [...] sur cette œuvre peut fournir à un producteur. [Je souligne.]

[108] L'expression « prestations de services » a un sens clair qui, lu dans son contexte, vise la création d'œuvres artistiques pour le compte de producteurs désignés. L'alinéa 6(2)a), qui prévoit la portée de l'application de la partie de la Loi qui nous intéresse, est particulièrement révélateur à cet égard :

APPLICATION

6. (1) La présente partie lie Sa Majesté du chef du Canada. Obligation de Sa Majesté

(2) La présente partie s'applique :

a) aux institutions fédérales qui figurent à l'annexe I de la *Loi sur l'accès à l'information* ou à l'annexe de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ou sont désignées par règlement, ainsi qu'aux entreprises de radiodiffusion — distribution et programmation comprises — relevant de la compétence du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes qui retiennent les services d'un ou plusieurs artistes en vue d'obtenir une prestation; [Non souligné dans l'original.] Champ d'application

[109] Dans ce contexte, il ressort qu'un « accord-cadre » prévoit l'imposition de conditions minimales pour la prestation de tels services et l'indemnisation pour l'utilisation des œuvres ainsi créées, notamment leur prêt public (alinéa 2e)). Fait important, il est possible de réaliser ces objectifs sans engendrer quelque conflit que ce soit avec les droits protégés par la *Loi sur le droit d'auteur*.

[110] Comme il a été mentionné, le Tribunal a tenté d'évacuer le conflit découlant de l'interprétation qu'il évocait en déclarant que sa décision ne lie pas les artistes qui sont représentés par une société de gestion collective. Toutefois, les droits d'auteur détenus par des artistes qui ne sont pas représentés méritent également

they are concerned, remains whole when regard is had to subsection 13(4) of the *Copyright Act*.

[111] According to this provision, an assignment of copyright cannot take place without written authorization. It is common ground that CARFAC/RAAV have not been provided with a written authorization by the artists on whose behalf they purport to act in matters involving copyright.

[112] According to CARFAC/RAAV, it was open to the Tribunal to ignore this requirement. They argue that the implementation of the Act had the implicit effect of repealing this requirement, and presumably any other conflicting provision of the *Copyright Act*. In support for this argument, CARFAC/RAAV rely on the position taken by the Tribunal in its earlier decision (decision No. 028, at paragraphs 49–53), to the effect that the Act is a sort of “human rights legislation” comparable to those at issue in *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.) and *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150 which take precedence when conflicts arise (CARFAC/RAAV’s memorandum, at paragraph 40).

[113] However, as SODRAC has demonstrated, this argument cannot withstand scrutiny (SODRAC’s memorandum, at paragraphs 49–55). It suffices to say that the labour relations statutes to which the Act should be compared according to CARFAC/RAAV have never been recognized as quasi-constitutional legislation and the Act does not advance any of the fundamental principles that are the hallmark of so-called quasi-constitutional statutes. In short, nothing suggests that the Act should be read as repealing the requirements of conflicting statutes especially since in our case it is entirely possible to construe the Act in a way which avoids such conflicts.

[114] Indeed, the fact that no harmonization provision has been enacted is testimony to the fact that no conflict was envisaged. It can be safely assumed that such measures would be found in the Act or the

d’être protégés, et le conflit à leur égard, demeure entier compte tenu du paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[111] Selon cette disposition, un droit d’auteur ne peut être cédé sans autorisation écrite. Il est reconnu que CARFAC/RAAV n’ont pas obtenu une autorisation écrite des artistes au nom desquels ils prétendent agir en matière de droit d’auteur.

[112] D’après CARFAC/RAAV, le Tribunal avait le loisir de faire abstraction de cette exigence. Ils affirment que la mise en vigueur de la Loi a eu pour effet d’abroger implicitement cette exigence et vraisemblablement toute autre disposition incompatible de la *Loi sur le droit d’auteur*. Pour étayer cet argument, CARFAC/RAAV invoquent la position du Tribunal dans sa décision antérieure (décision n° 028, aux paragraphes 49 à 53), selon laquelle la Loi a le statut d’une loi portant sur les droits de la personne comparable à celles en cause dans les arrêts *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.) et *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150, lesquelles l’emportent en cas de conflit (mémoire de CARFAC/RAAV, au paragraphe 40).

[113] Toutefois, comme le démontre la SODRAC, cet argument ne tient pas la route (mémoire de la SODRAC, aux paragraphes 49 à 55). Il suffit de dire que les lois sur les relations de travail auxquelles la Loi pourrait s’apparenter selon CARFAC/RAAV n’ont jamais été reconnues comme des lois quasi constitutionnelles, et la Loi ne reprend aucun des principes fondamentaux qui servent à caractériser les lois dites quasi constitutionnelles. Bref, rien ne porte à croire que la Loi devrait être interprétée comme annulant les exigences des lois conflictuelles, surtout si l’on tient compte du fait que, en l’espèce, la Loi se prête à une interprétation qui évite de tels conflits.

[114] D’ailleurs, le fait qu’aucune mesure d’harmonisation n’ait été adoptée dénote qu’aucun conflit n’était envisagé. Il est possible de supposer, sans crainte de se tromper, que de telles mesures se trouveraient dans la

Copyright Act or both if the two statutes were intended to deal with copyrights as was held by the Tribunal.

[115] I therefore conclude that matters relating to copyright, including the imposition of minimum fees for the use of existing works, do not come within the parameters of the Act and that therefore, the Tribunal had no authority to compel the parties to negotiate such matters. Beyond this, the National Gallery could not validly agree to a scale agreement affecting copyrights. It follows that the National Gallery's refusal to pursue negotiations relating to these matters cannot be attributed to a failure to negotiate in good faith.

[116] I would therefore allow the application for judicial review and set aside the decision of the Tribunal holding that the National Gallery of Canada failed to negotiate in good faith, the whole with costs.

TRUDEL J.A.: I agree.

Loi ou dans la *Loi sur le droit d'auteur* ou dans les deux si les deux lois visaient les droits d'auteur, comme l'a maintenu le Tribunal.

[115] Par conséquent, je conclus que les questions de droit d'auteur, notamment l'imposition de tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes, n'entrait pas dans les paramètres de la Loi et, partant, que le Tribunal n'avait pas le pouvoir de contraindre les parties à négocier de telles questions. Par ailleurs, le MBAC ne pouvait pas valablement conclure un accord-cadre touchant les droits d'auteur. Par conséquent, le refus du MBAC de poursuivre les négociations portant sur ces questions ne peut être attribué à un manquement à son devoir de négocier de bonne foi.

[116] Pour ces motifs, j'accueillerai la demande de contrôle judiciaire et j'annulerai la décision du tribunal décrétant que le Musée des Beaux-Arts du Canada a omis de négocier de bonne foi, le tout avec dépens.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.