

**Society of Composers, Authors
and Music Publishers of
Canada** *Appellant*

v.

**Entertainment Software Association,
Entertainment Software Association
of Canada, Apple Inc., Apple Canada
Inc., Bell Canada, Quebecor Media
Inc., Rogers Communications Inc.,
Shaw Communications and Pandora
Media Inc.** *Respondents*

- and -

Music Canada *Appellant*

v.

**Entertainment Software Association,
Entertainment Software Association
of Canada, Apple Inc., Apple Canada
Inc., Bell Canada, Quebecor Media
Inc., Rogers Communications Inc.,
Shaw Communications and Pandora
Media Inc.** *Respondents*

and

**Samuelson-Glushko Canadian
Internet Policy and Public Interest
Clinic, Canadian Music Publishers
Association carrying on business
as “Music Publishers Canada”,
Professional Music Publishers
Association, Canadian Association
of Law Libraries, Library Futures
Institute and Ariel Katz** *Intervenors*

**INDEXED AS: SOCIETY OF COMPOSERS,
AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA
v. ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION**

2022 SCC 30

**Société canadienne des auteurs,
compositeurs et éditeurs de
musique** *Appelante*

c.

**Entertainment Software Association,
Association canadienne du logiciel
de divertissement, Apple Inc., Apple
Canada Inc., Bell Canada, Québecor
Média Inc., Rogers Communications
Inc., Shaw Communications et
Pandora Media Inc.** *Intimées*

- et -

Music Canada *Appelante*

c.

**Entertainment Software Association,
Association canadienne du logiciel
de divertissement, Apple Inc., Apple
Canada Inc., Bell Canada, Québecor
Média Inc., Rogers Communications
Inc., Shaw Communications et
Pandora Media Inc.** *Intimées*

et

**Clinique d’intérêt public et de
politique d’internet du Canada
Samuelson-Glushko, Éditeurs de
musique au Canada, Association
des professionnels de l’édition
musicale, Association canadienne
des bibliothèques de droit,
Library Futures Institute et Ariel
Katz** *Intervenants*

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

2022 CSC 30

File No.: 39418.

2022: January 18; 2022: July 15.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Copyright — Communication to public by telecommunication — Making available online — On-demand transmissions — Amendment to Copyright Act clarifying that communication of work to public by telecommunication includes making it available to public in way that allows members of public to have access to it from place and at time they have individually chosen — Copyright Board concluding that amendment requires users to pay one royalty when work made available to public online and another royalty when work downloaded or streamed by member of public — Whether amendment creates new compensable making-available right — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2.4(1.1), 3(1)(f).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Standard of review applicable where administrative body and courts share concurrent first instance jurisdiction over questions of law.

In 1997, Canada signed the *WIPO Copyright Treaty*, one of two treaties negotiated for the purpose of adapting international copyright rules to new and emerging technologies. The Treaty sets out a number of protections that member countries are to provide to authors. Article 8 provides that authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right to make their works available to the public in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them. In 2012, Parliament added s. 2.4(1.1) to the *Copyright Act* by way of the *Copyright Modernization Act* (“*CMA*”) to implement the rights and protections of the Treaty. Section 2.4(1.1) amends s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* by clarifying that “communication of a work or other subject-matter to the public by telecommunication includes making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public”.

N° du greffe : 39418.

2022 : 18 janvier; 2022 : 15 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Communication au public par télécommunication — Mise à la disposition en ligne — Transmissions sur demande — Modification à la Loi sur le droit d'auteur précisant que la communication d'une œuvre au public par télécommunication comprend sa mise à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement — Conclusion de la Commission du droit d'auteur portant que la modification oblige les utilisateurs à payer une redevance lorsque l'œuvre est mise à la disposition du public en ligne et une autre redevance lorsque l'œuvre est téléchargée ou diffusée en continu par un membre du public — La modification a-t-elle pour effet de créer un nouveau droit de mise à la disposition justifiant rémunération? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.4(1.1), 3(1)f).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable lorsque l'organisme administratif et les cours de justice ont compétence concurrente en première instance sur des questions de droit.

En 1997, le Canada a signé le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, l'un des deux traités négociés afin d'adapter les règles internationales en matière de droit d'auteur aux technologies nouvelles et émergentes. Le Traité énumère diverses protections que les États membres doivent offrir aux auteurs. L'article 8 prévoit que les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif de mettre leurs œuvres à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. En 2012, le Parlement a ajouté le par. 2.4(1.1) à la *Loi sur le droit d'auteur* au moyen de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* (« *LMDA* ») afin de mettre en œuvre les droits et protections prévus par le Traité. Le paragraphe 2.4(1.1) modifie l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* en précisant que « constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

In the context of proceedings to set a tariff for online music services, the Copyright Board of Canada, which shares concurrent first instance jurisdiction over some aspects of the *Copyright Act* with the courts, concluded that s. 2.4(1.1) deems the act of making works available to be a separately protected and compensable activity. This meant that two royalties would be payable when a work is distributed online: (1) when it is made available online and (2) when the work is actually streamed or downloaded. The Federal Court of Appeal overturned the Board's decision. It concluded that Parliament did not intend to create a new compensable making available right, and that, properly interpreted, s. 2.4(1.1) did not subject downloads and streams to two royalties.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown, Rowe, Kasirer and Jamal JJ.: The *Copyright Act* does not require that users pay two royalties to access works online. The reading of s. 2.4(1.1) of the *Copyright Act* that is most consistent with its text, structure, purpose, and context is that s. 2.4(1.1) clarifies that (1) s. 3(1)(f) applies to on-demand streams, and (2) a work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming. This interpretation is technologically neutral and allows Canada to fulfill its obligations under art. 8 of the Treaty through a combination of the performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1). If a work is streamed or made available for on-demand streaming, the author's performance right is engaged. If a work is downloaded, the author's reproduction right is engaged. If a work is made available for downloading, the author's right to authorize reproductions is engaged. There are no gaps in protection. If a work is downloaded or made available for downloading, s. 3(1)(f) is not engaged. If a work is made available for streaming and later streamed, s. 3(1)(f) is only engaged once.

The Board's decision should be reviewed under the standard of correctness. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, the Court recognized five categories for correctness review. None of these categories justifies applying a correctness standard of review to situations of concurrent administrative

Dans le contexte d'une procédure de fixation d'un tarif pour les services de musique en ligne, la Commission du droit d'auteur du Canada, qui a compétence concurrente en première instance avec les cours de justice sur certains aspects de la *Loi sur le droit d'auteur*, a conclu que, selon le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public est une activité distincte protégée et justifiant rémunération. Cela voulait dire qu'il faudrait payer deux redevances lorsqu'une œuvre est mise en circulation en ligne : (1) lorsqu'elle est mise à la disposition du public en ligne et (2) lorsqu'elle est diffusée en continu ou téléchargée. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Commission. Elle a jugé que le Parlement ne souhaitait pas créer un nouveau droit de mise à la disposition justifiant rémunération, et que, interprété correctement, le par. 2.4(1.1) n'assujettissait pas les téléchargements et les diffusions en continu à deux redevances.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe, Kasirer et Jamal : *La Loi sur le droit d'auteur* n'exige pas que les utilisateurs paient deux redevances pour avoir accès à une œuvre en ligne. L'interprétation du par. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui est la plus compatible avec son texte, sa structure, son objet et son contexte est que le par. 2.4(1.1) clarifie (1) que l'al. 3(1)f s'applique aux diffusions sur demande, et (2) qu'une œuvre est exécutée dès qu'elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu sur demande. Cette interprétation est neutre d'un point de vue technologique et permet au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8 du Traité grâce à une combinaison des droits d'exécution, de reproduction et d'autorisation visés au par. 3(1). Si une œuvre est diffusée en continu ou mise à la disposition du public pour diffusion sur demande, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est téléchargée, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement, le droit de l'auteur d'en autoriser les reproductions entre en jeu. La protection ne souffre d'aucune lacune. Si une œuvre est téléchargée ou mise à la disposition du public pour téléchargement, l'al. 3(1)f ne s'applique pas. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu, puis diffusée en continu ultérieurement, l'al. 3(1)f ne s'applique qu'une fois.

La décision de la Commission devrait être contrôlée selon la norme de la décision correcte. Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, la Cour a reconnu cinq catégories de questions appelant la norme de la décision correcte. Aucune de ces catégories ne justifie

and court first instance jurisdiction. Nevertheless, in rare and exceptional circumstances, new correctness categories can be recognized when applying reasonableness would undermine legislative intent or the rule of law in a manner analogous to the five correctness categories discussed in *Vavilov*. When courts and administrative bodies have concurrent first instance jurisdiction over a legal issue in a statute is one of those rare and exceptional circumstances where it is appropriate to recognize a new category of correctness review. Applying correctness accords with legislative intent — by conferring concurrent first instance jurisdiction to courts and administrative bodies, it should be inferred that the legislature wanted to subject those decisions to appellate standards of review. Applying correctness also promotes the rule of law. First, when there is concurrent first instance jurisdiction, the legislature has expressly involved the courts in the interpretation of a statute, which necessarily carries with it the implication that, absent legislative direction to the contrary, courts will operate by their settled standards. Second, it avoids conflicting statutory interpretations, and it provides a way to manage differing decisions between courts and tribunals. Third, this correctness category can be defined with precision, as it will apply only when courts and administrative bodies have concurrent first instance jurisdiction over a legal issue in a statute.

A treaty should be considered when interpreting statutes that purport to implement the treaty. The treaty is relevant at the context stage of the statutory interpretation exercise. There is no need to find textual ambiguity in a statute before considering the treaty. Where the text permits, legislation should be interpreted so as to comply with Canada's treaty obligations, in accordance with the presumption of conformity. However, a treaty cannot overwhelm clear legislative intent. The court's task is to interpret what the legislature has enacted and not subordinate this to what the federal executive has agreed to internationally.

Article 8 of the Treaty forms a relevant part of the context of s. 2.4(1.1) because Parliament intended to fulfill Canada's

l'application de la norme de la décision correcte dans les situations de compétence concurrente en première instance entre un organisme administratif et une cour de justice. Néanmoins, dans des circonstances rares et exceptionnelles, de nouvelles catégories de questions appelant la norme de la décision correcte peuvent être reconnues lorsqu'appliquer la norme de la décision raisonnable dénaturerait l'intention du législateur ou ébranlerait la primauté du droit d'une façon analogue aux cinq catégories de questions appelant la norme de la décision correcte analysées dans *Vavilov*. Lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi, il s'agit de l'une de ces circonstances rares et exceptionnelles où il convient de reconnaître une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte. Appliquer la norme de la décision correcte concorde avec l'intention du législateur — il y a lieu d'inférer qu'en conférant une compétence concurrente en première instance entre les cours de justice et les organismes administratifs, le législateur voulait assujettir ces décisions aux normes de contrôle applicables en appel. Appliquer la norme de la décision correcte favorise également la primauté du droit. Premièrement, lorsqu'il y a compétence concurrente en première instance, le législateur fait expressément intervenir les cours de justice dans l'interprétation d'une loi, ce qui implique forcément, en l'absence d'une directive contraire de sa part, que les cours de justice fonctionneront suivant leurs normes établies. Deuxièmement, cela évite des interprétations législatives contradictoires et offre un moyen de gérer des décisions contradictoires entre les cours de justice et les tribunaux administratifs. Troisièmement, cette catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte peut être définie avec précision, car elle ne s'appliquera que lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi.

Un traité devrait être examiné pour interpréter les lois qui visent à le mettre en œuvre. Le traité est pertinent à l'étape du contexte en matière d'interprétation législative. Point n'est besoin de relever une ambiguïté dans le texte d'une loi avant d'examiner le traité. Si le texte le permet, la loi devrait être interprétée de manière à respecter les obligations du Canada découlant du traité, conformément à la présomption de conformité. Un traité ne peut toutefois supplanter l'intention claire du législateur. La cour doit interpréter ce que le législateur a édicté et non subordonner cet exercice à ce dont l'organe exécutif fédéral a convenu à l'international.

L'article 8 du Traité est un élément important du contexte du par. 2.4(1.1), parce que le Parlement voulait acquitter les

obligations under art. 8 through s. 2.4(1.1): the *CMA*'s preamble states that it was enacted in part to implement the "norms" of the Treaty, and the wording of art. 8 and s. 2.4(1.1) is similar. The Treaty was also ratified shortly after the *CMA* was passed, and an explanatory memorandum placed before the House of Commons stated that the *CMA* was developed with a view to implementing the rights and protections of the Treaty.

The Board's interpretation of s. 2.4(1.1) is inconsistent with its text and structure, it undermines the purpose of the *Copyright Act*, and it is not required by art. 8. To understand the text of s. 2.4(1.1), one must understand the basic scheme of the *Copyright Act*. The opening paragraph of s. 3(1) exhaustively sets out three copyright interests that authors have in their works: the right to (1) produce or reproduce a work in any material form, (2) perform a work in public, or (3) publish an unpublished work. A single activity can only engage one of the three copyright interests. When a work is downloaded, giving a user a durable copy of a work, only the author's reproduction right is engaged. When a work is streamed, allowing a user to experience a work for a limited period of time, only the author's performance right is engaged. Authors are entitled to royalties for use of their works when an activity engages one of the copyright interests in s. 3(1). Nothing in the text of s. 2.4(1.1) indicates that Parliament intended to allow authors to charge two royalties for a single protected activity. The Board's interpretation is also entirely inconsistent with the Court's holdings in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231, and *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, which explained that downloads and streams are a single activity. Had Parliament intended to treat the act of making available as a new separately compensable activity, the way to do so would have been to add "making available" as a fourth copyright interest in the opening paragraph of s. 3(1), rather than as a modification to the scope of s. 3(1)(f).

The Board's interpretation also undermines the purpose of the *Copyright Act* because it violates the principle of

obligations du Canada découlant de l'art. 8 au moyen du par. 2.4(1.1) : le préambule de la *LMDA* précise que cette loi a été édictée en partie pour mettre en œuvre les « normes » du Traité; le libellé de l'art. 8 et celui du par. 2.4(1.1) sont semblables. Le Traité a en outre été ratifié peu après l'adoption de la *LMDA*, et un mémoire explicatif déposé à la Chambre des communes indiquait que la *LMDA* avait été élaborée dans le but de mettre en œuvre les droits et protections prévus par le Traité.

L'interprétation qui est donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission est incompatible avec son texte et sa structure, elle mine l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*, et elle n'est pas requise par l'art. 8. Pour bien comprendre le texte du par. 2.4(1.1), il est nécessaire de considérer l'organisation fondamentale de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le paragraphe 3(1) commence par énoncer de manière exhaustive les trois droits conférés aux auteurs à l'égard d'une œuvre, à savoir : le droit (1) de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, (2) le droit d'exécuter l'œuvre ou de la représenter en public et (3) le droit de publier une œuvre non publiée. Une activité unique ne peut faire intervenir qu'un seul des trois droits prévus dans cette disposition. Dans le cas du téléchargement d'une œuvre, ce qui donne à l'utilisateur une copie durable de l'œuvre, seul le droit de reproduction conféré à l'auteur entre en jeu. Lorsqu'une œuvre est diffusée en continu, ce qui permet à l'utilisateur de profiter de l'œuvre pendant une période limitée, seul le droit d'exécution dont est titulaire l'auteur entre en jeu. Les auteurs ont le droit de recevoir des redevances pour l'utilisation de leurs œuvres lorsqu'une activité fait intervenir l'un des droits énoncés au par. 3(1). Le texte du par. 2.4(1.1) ne donne aucunement à croire que le Parlement voulait permettre aux auteurs de percevoir deux redevances pour une seule activité protégée. L'interprétation de la Commission est en outre complètement incompatible avec les conclusions tirées par la Cour dans *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, et *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, où elle a expliqué que les téléchargements et les transmissions en continu constituaient des activités uniques. Si le Parlement avait voulu traiter l'acte de mise à la disposition comme une nouvelle activité justifiant une rémunération distincte, la façon de le faire aurait été d'ajouter la « mise à la disposition » en tant que quatrième droit dans la disposition liminaire du par. 3(1), plutôt que de modifier la portée de l'al. 3(1)(f).

L'interprétation de la Commission mine aussi l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*, parce qu'elle viole le principe

technological neutrality by requiring that users pay additional royalties to access works online. Distributing functionally equivalent works through old or new technology should engage the same copyright interests. What matters is what the user receives, not how the user receives it. If that new technology gives users durable copies of a work, the author's reproduction interest is engaged. If the new technology gives users impermanent access to the work, the author's performance right is engaged. Clear legislative intent would be needed to derogate from the principle of technological neutrality given its central importance to the scheme of the *Copyright Act*. Since there is no persuasive basis for concluding that Parliament intended to derogate from the principle of technological neutrality, s. 2.4(1.1) should be interpreted in a way that is technologically neutral.

Finally, while the Board correctly concluded that art. 8 of the Treaty requires that member countries give authors the right to control the act of making works available, in addition to any download or stream that might later occur, this obligation does not require the imposition of additional royalties on downloaded or streamed content. Each state can fulfill its art. 8 obligations through an explicit making available right or through a combination of pre-existing rights. Provided that the *Copyright Act* gives effect to art. 8's goals through any combination of rights, Canada will be in compliance with its obligations under art. 8.

Per Karakatsanis and Martin JJ.: The standard of review of the Board's decision should be reasonableness. Creating a new correctness category only three years after a majority of the Court in *Vavilov* set out a comprehensive judicial review framework undermines *Vavilov*'s promise of certainty and predictability. *Vavilov* explicitly established a presumption of reasonableness that could only be displaced in five situations. Concurrent jurisdiction at first instance was not among them. The creation of a sixth category is simply contrary to the majority reasons in *Vavilov*.

Although the Court did not definitively foreclose the possibility that another category could be recognized, the establishment of new categories was explicitly reserved for possible circumstances which could not be realistically

de la neutralité technologique en exigeant que les utilisateurs paient des redevances additionnelles pour accéder aux œuvres en ligne. La distribution d'œuvres équivalentes sur le plan fonctionnel par des moyens technologiques anciens ou nouveaux devrait mettre en jeu les mêmes droits. Ce qui compte, c'est ce que reçoit l'utilisateur, et non la manière dont il le reçoit. Si cette nouvelle technologie donne aux utilisateurs des copies durables d'une œuvre, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si la nouvelle technologie donne aux utilisateurs un accès temporaire à l'œuvre, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Il faudrait une intention claire du législateur pour déroger au principe de la neutralité technologique étant donné l'importance capitale de ce principe pour l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme il n'y a aucune raison persuasive de conclure que le Parlement voulait déroger au principe de la neutralité technologique, il convient d'interpréter le par. 2.4(1.1) de manière à ce que son application respecte le principe de neutralité technologique.

Enfin, bien que la Commission ait conclu à juste titre que l'art. 8 du Traité exige que les États membres protègent l'acte de mettre les œuvres à la disposition du public, mais aussi tout téléchargement ou toute diffusion en continu qui pourraient avoir lieu subséquentement, cette obligation n'exige pas l'imposition de redevances additionnelles sur le contenu téléchargé ou diffusé en continu. Chaque État peut s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8 en prévoyant un droit explicite de mise à la disposition ou par le truchement d'une combinaison de droits préexistants. Pourvu que la *Loi sur le droit d'auteur* donne effet aux objectifs de l'art. 8 par une combinaison de droits, le Canada respecte ses obligations au titre de l'art. 8.

Les juges Karakatsanis et Martin : La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission devrait être celle de la décision raisonnable. En créant une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte seulement trois ans après la mise en œuvre d'un cadre de contrôle judiciaire exhaustif par les juges majoritaires de la Cour dans l'arrêt *Vavilov*, on compromet la certitude et la prévisibilité promises dans cet arrêt. L'arrêt *Vavilov* a établi explicitement une présomption d'application de la norme de la décision raisonnable qui ne pouvait être réfutée que dans cinq situations. La compétence concurrente en première instance n'en faisait pas partie. La création d'une sixième catégorie est simplement contraire aux motifs des juges majoritaires dans *Vavilov*.

Bien que la Cour n'ait pas fermé définitivement la porte à la possibilité qu'une autre catégorie puisse être reconnue, l'établissement de nouvelles catégories était expressément réservé aux circonstances possibles qui ne pouvaient pas être

foreseen. The reasons in *Vavilov* were based on a thorough review of the relevant jurisprudence, including correctness cases of recent vintage, such as *Rogers*. It is therefore unrealistic to suggest that the Court's own precedent represents a possible set of circumstances that it could not have contemplated. And neither legislative intent nor the rule of law can make this case rare and exceptional — to conclude otherwise sweeps aside the Court's recently established framework governing the standard of review.

When applying the standard of reasonableness, context does not modify the standard or degree of scrutiny by the reviewing court, but it is obviously important in determining whether the decision itself is reasonable. And where the reasonableness standard applies to questions of statutory interpretation, the reviewing court must examine the administrative decision as a whole, including the reasons provided by the decision maker and the outcome that was reached. The court does so in reference to the modern principle of statutory interpretation, under which words, policy objectives and consequences all matter. It is not a purely textual exercise.

Even on a reasonableness standard, the failure of the Board to consider the Court's material and binding precedents or the animating themes of the *Copyright Act* was unreasonable. It was unreasonable for the Board to disregard the Court's decision in *Entertainment Software Association* — the leading domestic authority on s. 3(1)(f). While the Board correctly pointed out that *Entertainment Software Association* was decided against a different legislative backdrop, three critical aspects remained the same: (i) the language of s. 3(1)(f); (ii) the *Copyright Act*'s fundamental distinction between performance and reproduction rights, and (iii) Parliament's commitment to preserve technological neutrality. Had the Board meaningfully engaged with *Entertainment Software Association*, it would not have rendered a decision that captured downloads — a reproductive activity — within an act of communication, nor would it have effectively created two separate rights for a single activity.

The Board's decision was also unreasonable in the context of the broader statutory scheme. First, the Board's reasons fail to meaningfully address the duplicate royalties that would arise when a work is subsequently downloaded or streamed. This was unreasonable in light of the Court's caution against this precise kind of layering of rights.

raisonnablement prévues. Les motifs dans *Vavilov* découlaient d'une étude fouillée de la jurisprudence applicable, notamment d'arrêts récents où la norme de la décision correcte a été appliquée, comme *Rogers*. Il est donc illusoire de laisser entendre que la jurisprudence même de la Cour représente une combinaison possible de circonstances qu'elle n'a pas pu envisager. Et ni l'intention du législateur ni la primauté du droit ne peut élever la présente affaire au rang des circonstances rares et exceptionnelles — conclure autrement écarterait le cadre d'analyse régissant la norme de contrôle récemment établi par la Cour.

Lorsqu'il s'agit d'appliquer la norme de la décision raisonnable, le contexte ne modifie pas la norme ou le degré d'examen que doit appliquer la cour de révision, mais il est évidemment important pour déterminer si la décision en soi est raisonnable. De plus, lorsque la norme de la décision raisonnable s'applique aux questions d'interprétation de la loi, la cour de révision doit examiner la décision administrative dans son ensemble, y compris les motifs fournis par le décideur et le résultat obtenu. La cour s'acquitte de cette tâche en se référant au principe moderne d'interprétation des lois, selon lequel les mots comptent, les objectifs de politique générale comptent et les conséquences comptent. Ce n'est pas un exercice purement textuel.

Même d'après la norme de la décision raisonnable, l'omission de la Commission d'examiner la jurisprudence importante et contraignante de la Cour et les thèmes sous-jacents de la *Loi sur le droit d'auteur* était déraisonnable. Il était déraisonnable pour la Commission de ne pas tenir compte de l'arrêt de la Cour dans *Entertainment Software Association* — l'arrêt de principe sur l'al. 3(1)(f). Bien que la Commission ait souligné à juste titre que l'affaire *Entertainment Software Association* avait été décidée dans un contexte législatif différent, trois aspects cruciaux sont demeurés les mêmes : (i) le libellé de l'al. 3(1)(f), (ii) la distinction fondamentale dans la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits d'exécution et les droits de reproduction, et (iii) l'engagement du Parlement à préserver la neutralité technologique. Si la Commission avait véritablement examiné l'arrêt *Entertainment Software Association*, elle n'aurait pas rendu une décision qui considère les téléchargements — une activité de reproduction — comme un acte de communication, et n'aurait pas non plus créé deux droits distincts pour une seule activité.

La décision de la Commission était aussi déraisonnable dans le contexte plus général du régime législatif. Premièrement, dans ses motifs, la Commission n'aborde pas véritablement les doubles redevances qui résulteraient du téléchargement ou de la diffusion en continu de l'œuvre par la suite. Cette omission était déraisonnable à la lumière

Second, the interpretation advanced by the Board is not technologically neutral because it opens the door to duplicate royalties simply because the transaction takes place online. Without displacing Parliament's intent, the Board could not endorse an interpretation that applied differently to diverse forms of media.

As this is not a case where the omission is a minor aspect of the interpretive context, the Board's interpretation of s. 2.4(1.1) cannot be accepted. If correctness was the applicable standard, there would be agreement with the majority that s. 2.4(1.1) could not be read as creating a new independent right that is triggered when works are made available for downloading or on-demand streaming, nor as creating a separate tariff. Nothing in the text, context, or purpose of s. 2.4(1.1) suggests otherwise, particularly when viewed in light of the legal landscape in which it operates.

Cases Cited

By Rowe J.

Applied: *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; **considered:** *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; **referred to:** *Re:Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 20 Admin. L.R. (6th) 179; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802; *Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398; *Rahaman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 89, [2002] 3 F.C. 537; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*,

de la mise en garde de la Cour contre ce genre précis de palier supplémentaire de droits. Deuxièmement, l'interprétation avancée par la Commission n'est pas neutre sur le plan technologique puisqu'elle ouvre la porte à une double redevance simplement parce que l'activité a lieu en ligne. La Commission ne pouvait souscrire à une interprétation qui s'appliquait différemment à divers médias sans que cela n'ait pour effet de supplanter l'intention du Parlement.

Puisqu'il ne s'agit pas d'un cas où l'omission est un aspect mineur du contexte interprétatif, l'interprétation donnée par la Commission au par. 2.4(1.1) ne saurait être acceptée. Si la norme de la décision correcte était la norme applicable, il y aurait accord avec la majorité pour dire que le par. 2.4(1.1) ne pouvait pas être interprété comme créant un nouveau droit indépendant qui entre en jeu lorsque les œuvres sont mises à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu sur demande, ni créant un tarif distinct. Rien dans le texte, le contexte ou l'objet du par. 2.4(1.1) n'indique le contraire, particulièrement lorsque l'on interprète cette disposition à la lumière du contexte juridique dans lequel elle s'applique.

Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

Arrêts appliqués : *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; **arrêts examinés :** *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; **arrêts mentionnés :** *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398; *Rahaman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 89, [2002] 3 C.F. 537; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de*

2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 SCC 32, [2021] 2 S.C.R. 734; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2019 SCC 43, [2019] 3 S.C.R. 418; *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 F.C. 673, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209; *SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417; *Warman v. Fournier*, 2012 FC 803, 104 C.P.R. (4th) 21.

By Karakatsanis J.

Applied: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; **considered:** *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336.

musique c. Bell Canada, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 CSC 32, [2021] 2 R.C.S. 734; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, [2019] 3 R.C.S. 418; *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; *SOCAN — Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)*, 1999 CanLII 35813; *Warman c. Fournier*, 2012 CF 803.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; **arrêts examinés :** *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2.4(1.1), 3(1), 14.1, Part II, 15(1.1)(d), 18(1.1)(a), 27(1), 28.1, Part VII.1.
Copyright Act, 1921, S.C. 1921, c. 24.
Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20, summary, preamble.

Treaties and Other International Instruments

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 828 U.N.T.S. 221.
WIPO Copyright Treaty, Can. T.S. 2014 No. 20, art. 8.
WIPO Performances and Phonograms Treaty, Can. T.S. 2014 No. 21.

Authors Cited

Bently, L., and B. Sherman. *Intellectual Property Law*, 4th ed. New York: Oxford University Press, 2014.
 Craig, Carys J. “Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 271.
 de Beer, Jeremy. “Copyright Royalty Stacking”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 335.
 Drassinower, Abraham. “Copyright Is Not About Copying” (2012), 125 *Harv. L. Rev. F.* 108.
 Ficsor, Mihály. *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*. New York: Oxford University Press, 2002.
 Foong, Cheryl. *The Making Available Right: Realizing the Potential of Copyright’s Dissemination Function in the Digital Age*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2019.
 Ginsburg, Jane C. “The (New?) Right of Making Available to the Public”, in Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Working Paper No. 04-78, 2004.
 Harris, Lesley Ellen. *Canadian Copyright Law*, 4th ed. Hoboken, N.J.: Wiley, 2014.
 Keller, Ryan. “Moving Toward a Balanced ‘Making Available Right’ in Canada” (2014), 27 *I.P.J.* 213.
 Makeen, Makeen Fouad. “Video streaming and the communication to the public right in the United States and European Union”, in Tanya Aplin, ed., *Research*

Lois et règlements cités

Loi de 1921 concernant le droit d’auteur, S.C. 1921, c. 24.
Loi sur la modernisation du droit d’auteur, L.C. 2012, c. 20, sommaire, préambule.
Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.4(1.1), 3(1), 14.1, partie II, 15(1.1)d, 18(1.1)a, 27(1), 28.1, partie VII.1.

Traité et autres instruments internationaux

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 828 R.T.N.U. 221.
Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur, R.T. Can. 2014 n° 20, art. 8.
Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, R.T. Can. 2014 n° 21.

Doctrine et autres documents cités

Bently, L., and B. Sherman. *Intellectual Property Law*, 4th ed., New York, Oxford University Press, 2014.
 Craig, Carys J. « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 271.
 de Beer, Jeremy. « Copyright Royalty Stacking », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 335.
 Drassinower, Abraham. « Copyright Is Not About Copying » (2012), 125 *Harv. L. Rev. F.* 108.
 États-Unis. United States Copyright Office. *The Making Available Right in the United States : A Report of the Register of Copyrights*, Washington (D.C.), February 2016.
 Ficsor, Mihály. *The Law of Copyright and the Internet : The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, New York, Oxford University Press, 2002.
 Foong, Cheryl. *The Making Available Right : Realizing the Potential of Copyright’s Dissemination Function in the Digital Age*, Northampton (Mass.), Edward Elgar, 2019.
 Ginsburg, Jane C. « The (New?) Right of Making Available to the Public », in Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Working Paper No. 04-78, 2004.
 Harris, Lesley Ellen. *Canadian Copyright Law*, 4th ed., Hoboken (N.J.), Wiley, 2014.
 Keller, Ryan. « Moving Toward a Balanced “Making Available Right” in Canada » (2014), 27 *I.P.J.* 213.

- Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2020, 246.
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated June 2022, release 3).
- Reinbothe, Jörg, and Silke von Lewinski. *The WIPO Treaties 1996: The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty — Commentary and Legal Analysis*. London: Butterworths LexisNexis, 2002.
- Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005 (2010 reprint).
- Rowe, Malcolm, and Leanna Katz. “A Practical Guide to *Stare Decisis*” (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.
- Sookman, Barry B. *Sookman: Computer, Internet and Electronic Commerce Law*. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated June 2022, release 2).
- Sookman, Barry, Steven Mason and Carys Craig. *Copyright: Cases and Commentary on the Canadian and International Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- United States. United States Copyright Office. *The Making Available Right in the United States: A Report of the Register of Copyrights*. Washington, D.C., February 2016.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- World Intellectual Property Organization. Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions. *Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference*, Doc. CRNR/DC/4, August 30, 1996.
- Makeen, Makeen Fouad. « Video streaming and the communication to the public right in the United States and European Union », in Tanya Aplin, ed., *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Northampton (Mass.), Edward Elgar, 2020, 246.
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated June 2022, release 3).
- Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d’auteur et de droits voisins. *Proposition de base concernant les dispositions de fond du Traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques soumise à l’examen de la Conférence diplomatique*, Doc. CRNR/DC/4, 30 août 1996.
- Reinbothe, Jörg, and Silke von Lewinski. *The WIPO Treaties 1996 : The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty — Commentary and Legal Analysis*, London, Butterworths LexisNexis, 2002.
- Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed., New York, Oxford University Press, 2005 (2010 reprint).
- Rowe, Malcolm, and Leanna Katz. « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.
- Sookman, Barry B. *Sookman : Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated June 2022, release 2).
- Sookman, Barry, Steven Mason and Carys Craig. *Copyright : Cases and Commentary on the Canadian and International Law*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Stratas and Near JJ.A.), 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374, [2020] F.C.J. No. 671 (QL), 2020 CarswellNat 1745 (WL), setting aside a decision of the Copyright Board of Canada, 2017 CanLII 152886, [2017] C.B.D. No. 11 (QL), 2017 CarswellNat 4235 (WL). Appeal dismissed.

Casey M. Chisick, D. Lynne Watt, Matthew S. Estabrooks and Eric Mayzel, for the appellant the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Pelletier, Stratas et Near), 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374, [2020] A.C.F. n° 671 (QL), 2020 CarswellNat 6415 (WL), qui a annulé une décision de la Commission du droit d’auteur du Canada, 2017 CanLII 152886, [2017] D.C.D.A. n° 11 (QL), 2017 CarswellNat 4236 (WL). Pourvoi rejeté.

Casey M. Chisick, D. Lynne Watt, Matthew S. Estabrooks et Eric Mayzel, pour l’appelante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

Barry B. Sookman, Daniel G. C. Glover and Connor Bildfell, for the appellant Music Canada.

Gerald (Jay) Kerr-Wilson, Michael Shortt and Stacey Smydo, for the respondents the Entertainment Software Association, the Entertainment Software Association of Canada, Bell Canada, Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc. and Shaw Communications.

Julie Rosenthal and Michael Koch, for the respondents Apple Inc. and Apple Canada Inc.

David W. Kent and Jonathan O’Hara, for the respondent Pandora Media Inc.

David Fewer, for the interveners the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Jessica Zagar, for the interveners the Canadian Music Publishers Association carrying on business as “Music Publishers Canada” and the Professional Music Publishers Association.

Kim Paula Nayyer and Robert Janes, Q.C., for the interveners the Canadian Association of Law Libraries and the Library Futures Institute.

Sana Halwani and Andrew Moeser, for the intervener Ariel Katz.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown, Rowe, Kasirer and Jamal JJ. was delivered by

ROWE J. —

I. Overview

[1] Does the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, require that users pay two royalties to access works online, even though accessing the same work offline requires paying only one royalty?

Barry B. Sookman, Daniel G. C. Glover et Connor Bildfell, pour l’appelante Music Canada.

Gerald (Jay) Kerr-Wilson, Michael Shortt et Stacey Smydo, pour les intimées Entertainment Software Association, l’Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc. et Shaw Communications.

Julie Rosenthal et Michael Koch, pour les intimées Apple Inc. et Apple Canada Inc.

David W. Kent et Jonathan O’Hara, pour l’intimée Pandora Media Inc.

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

Jessica Zagar, pour les intervenants les Éditeurs de musique au Canada et l’Association des professionnels de l’édition musicale.

Kim Paula Nayyer et Robert Janes, c.r., pour les intervenantes l’Association canadienne des bibliothèques de droit et Library Futures Institute.

Sana Halwani et Andrew Moeser, pour l’intervenant Ariel Katz.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe, Kasirer et Jamal rendu par

LE JUGE ROWE —

I. Survol

[1] La *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, exige-t-elle que les utilisateurs paient deux redevances pour avoir accès à une œuvre en ligne, même s’ils ne doivent payer qu’une seule redevance pour accéder à cette même œuvre hors ligne?

[2] The answer to this question depends on the correct interpretation of s. 2.4(1.1) of the *Copyright Act*. Section 2.4(1.1) modifies the definition of s. 3(1)(f) by holding a work is *communicated* to the public as soon as it is made available in a way “that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public”. The Copyright Board of Canada concluded that s. 2.4(1.1) deems the act of making works available to be a separately protected and compensable activity. In practical terms, this meant that users needed to pay two royalties to access works online — a royalty for “making works available” and an additional royalty when the work was actually downloaded or streamed. The Board reasoned that this was the only interpretation that would fulfill Canada’s obligations under art. 8 of the 1996 *WIPO Copyright Treaty*, Can. T.S. 2014 No. 20, which requires that member countries give authors the exclusive right to control the act of making works available.

[3] The Federal Court of Appeal overturned the Board’s decision. It concluded that the Board focused too much on art. 8’s meaning, rather than s. 2.4(1.1)’s meaning. Had it properly interpreted s. 2.4(1.1), the Board would have seen that Parliament did not intend to subject downloads and streams to two royalties.

[4] The appellants, the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (“SOCAN”) and Music Canada, ask that this Court overturn the Court of Appeal’s decision and adopt the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1).

[5] I cannot agree with the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1). The *Copyright Act* does not exist solely for the benefit of authors. Its overarching purpose is to balance authors’ and users’ rights by securing just rewards for authors while facilitating public access to works. When this balance is achieved, society is enriched. Authors are encouraged to produce more

[2] La réponse à cette question dépend de l’interprétation correcte du par. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Le paragraphe 2.4(1.1) modifie la définition de l’al. 3(1)f en précisant qu’une œuvre est *communiquée* au public dès qu’elle est mise à leur disposition de manière « que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement ». La Commission du droit d’auteur du Canada a conclu que le par. 2.4(1.1) désigne le fait de mettre une œuvre à la disposition du public comme une activité distincte protégée et justifiant rémunération. En pratique, cela signifiait que les utilisateurs devaient désormais payer deux redevances pour accéder à des œuvres en ligne — une redevance pour « la mise à la disposition du public des œuvres » et une autre lorsque l’œuvre était téléchargée ou diffusée en continu. La Commission a conclu qu’il s’agissait de la seule interprétation permettant au Canada de s’acquitter des obligations que lui impose l’art. 8 du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*, R.T. Can. 2014 n° 20, de 1996, qui exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit exclusif de contrôler l’acte de mise à la disposition d’œuvres.

[3] La Cour d’appel fédérale a infirmé la décision de la Commission. Elle a conclu que la Commission s’était trop attardée au sens de l’art. 8 et pas suffisamment au sens du par. 2.4(1.1). Si elle avait interprété correctement le par. 2.4(1.1), la Commission aurait constaté que le Parlement ne voulait pas assujettir les téléchargements et les diffusions en continu à deux redevances.

[4] Les appelantes, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN ») et Music Canada, demandent à notre Cour d’infirmar la décision de la Cour d’appel et d’adopter l’interprétation qu’a donnée la Commission au par. 2.4(1.1).

[5] Je ne saurais souscrire à l’interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission. La *Loi sur le droit d’auteur* n’existe pas exclusivement au profit des auteurs. Son objectif général est de mettre en équilibre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs en garantissant une juste rétribution aux auteurs tout en facilitant l’accès du public aux œuvres. L’atteinte

works, and users gain access to works which they can use to inspire their own original artistic and intellectual creations.

[6] The principle of technological neutrality helps the *Copyright Act* balance the rights of authors and users. This principle holds that, absent parliamentary intent to the contrary, the *Copyright Act* should not be interpreted so as to favour or discriminate against any form of technology. It protects authors and users by ensuring that works attract the same rights and give rise to the same royalties regardless of the technological means used to distribute the works.

[7] The Board's interpretation departs from the principle of technological neutrality. It requires that users pay additional royalties to access works online. Requiring that users pay additional royalties based on the mode of the work's distribution violates the principle of technological neutrality and shifts the balance between users' and authors' rights that has underpinned the *Copyright Act* for decades decisively in favour of authors.

[8] The Board's interpretation is not required by art. 8 of the *WIPO Copyright Treaty*. The Board's interpretation of s. 2.4(1.1) would fulfill Canada's obligations under art. 8. But other interpretations of s. 2.4(1.1) that are more consistent with its text, context, and purpose also conform to art. 8. In my view, s. 2.4(1.1) clarifies two things: (1) s. 3(1)(f) applies to on-demand technologies, and (2) a work is performed as soon as it is made available for online streaming. This interpretation of s. 2.4(1.1) is technologically neutral and allows Canada to fulfill its obligations under art. 8 through a combination of the performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1). If a work is streamed or made available for on-demand streaming, the author's performance right is engaged. If a work is downloaded, the author's reproduction right is engaged. If a work is

de cet équilibre bénéficie à la société. Les auteurs sont encouragés à produire plus d'œuvres, et les utilisateurs ont accès à des œuvres dont ils peuvent s'inspirer pour réaliser leurs propres créations artistiques et intellectuelles originales.

[6] Le principe de la neutralité technologique contribue à l'atteinte, par la *Loi sur le droit d'auteur*, de cet équilibre entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs. Suivant ce principe, en l'absence d'une intention contraire du Parlement, la *Loi sur le droit d'auteur* ne devrait pas être interprétée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Elle protège les auteurs et les utilisateurs en veillant à ce que les œuvres fassent intervenir les mêmes droits et donnent droit aux mêmes redevances, peu importe le moyen technologique utilisé pour mettre les œuvres en circulation.

[7] L'interprétation de la Commission s'écarte du principe de la neutralité technologique. Elle exige que les utilisateurs versent des redevances additionnelles pour accéder à des œuvres en ligne. Exiger que les utilisateurs paient des redevances additionnelles en fonction du mode de circulation de l'œuvre viole le principe de la neutralité technologique et rompt l'équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs qui sous-tend la *Loi sur le droit d'auteur* depuis des décennies, faisant nettement pencher la balance en faveur des auteurs.

[8] L'interprétation de la Commission n'est pas requise par l'art. 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*. Quoique l'interprétation que donne la Commission au par. 2.4(1.1) permettrait au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8, d'autres interprétations du par. 2.4(1.1) s'accordent davantage avec son texte, son contexte et son objet, et sont également conformes à l'art. 8. À mon avis, le par. 2.4(1.1) vient éclaircir deux points : (1) l'al. 3(1)(f) s'applique aux technologies sur demande et (2) la représentation d'une œuvre commence dès qu'elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu. Cette interprétation du par. 2.4(1.1) est neutre d'un point de vue technologique et permet au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8 grâce à une combinaison des droits d'exécution, de reproduction et d'autorisation visés au par. 3(1). Si

made available for downloading, the author's right to authorize reproductions is engaged. There are no gaps in protection.

[9] As this interpretation of s. 2.4(1.1) is more consistent with its text, context, and purpose, I would adopt it over the Board's. If a work is downloaded or made available for downloading, s. 3(1)(f) is not engaged. If a work is made available for streaming and later streamed, s. 3(1)(f) is only engaged once. It follows that I would dismiss the appeal.

II. Facts

[10] In 1997, Canada signed the *WIPO Copyright Treaty*. The *WIPO Copyright Treaty* is one of two treaties negotiated in 1996 for the purpose of adapting international copyright rules to new and emerging technologies.

[11] The *WIPO Copyright Treaty* sets out a number of protections that member countries are to provide to authors. Of relevance to this appeal is art. 8, which provides that,

[w]ithout prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11^{bis}(1)(i) and (ii), 11^{ter}(1)(ii), 14(1)(ii) and 14^{bis}(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

[12] In 2012, the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20 (“*CMA*”), amended the *Copyright Act*. Among other changes, the *CMA* introduced three “making available” provisions: ss. 2.4(1.1), 15(1.1)(d), and 18(1.1)(a). Sections 15(1.1)(d) and 18(1.1)(a) apply to performances and sound recordings and are

une œuvre est diffusée en continu ou mise à la disposition du public pour diffusion sur demande, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est téléchargée, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement, le droit de l'auteur d'autoriser les reproductions entre en jeu. La protection ne souffre d'aucune lacune.

[9] Comme cette interprétation du par. 2.4(1.1) est davantage compatible avec son texte, son contexte et son objet, c'est celle qui doit être retenue, plutôt que celle de la Commission. Si une œuvre est téléchargée ou mise à la disposition du public pour téléchargement, l'al. 3(1)(f) ne s'applique pas. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu, puis diffusée en continu ultérieurement, l'al. 3(1)(f) ne s'applique qu'une fois. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[10] En 1997, le Canada a signé le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*. Cet instrument est l'un des deux traités négociés en 1996 afin d'adapter les règles internationales en matière de droit d'auteur aux technologies nouvelles et émergentes.

[11] Le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* énumère diverses protections que les États membres doivent offrir aux auteurs. L'article 8, reproduit ci-dessous, est pertinent pour le présent pourvoi :

Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2^o, 11^{bis}.1)1^o) et 2^o), 11^{ter}.1)2^o), 14.1)2^o) et 14^{bis}.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.

[12] En 2012, la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20 (« *LMDA* »), a modifié la *Loi sur le droit d'auteur*. La *LMDA* a notamment introduit trois dispositions relatives à la « mise à la disposition » : le par. 2.4(1.1) et les al. 15(1.1)d) et 18(1.1)a). Les alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) s'appliquent aux

not at issue in this appeal.¹ Section 2.4(1.1) applies to original works. It amends s. 3(1)(f) — which gives authors the right to “communicate the work to the public by telecommunication” — by clarifying that,

[f]or the purposes of [the *Copyright Act*], communication of a work or other subject-matter to the public by telecommunication includes making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public.

[13] Shortly after the *CMA* received royal assent, but before it came into force, this Court released two important decisions on the scope of s. 3(1)(f): *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 (“*ESA*”), and *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283. *ESA* held that the transmission of a musical work over the Internet that results in a download is not a communication by telecommunication under s. 3(1)(f). *Rogers* concluded that on-demand streams were captured by s. 3(1)(f).

[14] After *ESA* and *Rogers* were released and after the *CMA* came into force, the Board received submissions on the meaning of s. 2.4(1.1). SOCAN, which administers the s. 3(1)(f) right to “communicate” musical works on behalf of copyright owners, submitted that s. 2.4(1.1) requires that users pay tariffs² (i.e., royalties) when they post works on the

prestations et aux enregistrements sonores et ne sont pas en cause dans le présent pourvoi¹. Le paragraphe 2.4(1.1) s’applique aux œuvres originales. Il clarifie l’al. 3(1)(f), qui confère aux auteurs le droit de « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre », en précisant ce qui suit :

Pour l’application de la [*Loi sur le droit d’auteur*], constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d’auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement.

[13] Peu après que la *LMDA* a reçu la sanction royale, mais avant son entrée en vigueur, notre Cour a rendu deux décisions importantes sur la portée de l’al. 3(1)(f) : *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« *ESA* »), et *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283. Dans l’arrêt *ESA*, la Cour a conclu que la transmission d’une œuvre musicale sur Internet qui entraîne son téléchargement n’équivaut pas à une communication par télécommunication au sens de l’al. 3(1)(f). Dans l’arrêt *Rogers*, la Cour a conclu que les diffusions en continu sur demande étaient visées par l’al. 3(1)(f).

[14] Après le prononcé des arrêts *ESA* et *Rogers* ainsi que l’entrée en vigueur de la *LMDA*, la Commission a reçu des observations sur le sens du par. 2.4(1.1). La SOCAN, qui gère le droit conféré par l’al. 3(1)(f) de « communiquer » des œuvres musicales pour le compte des titulaires du droit d’auteur, a soutenu que le par. 2.4(1.1) oblige les utilisateurs à payer des tarifs²

¹ Sound recorders and performers are not entitled to traditional copyright protection because they are not “authors”. They do not do anything “original” and they do not produce a “work”. Sound recorders record a work and performers interpret or execute works. Nevertheless, the *Copyright Act* protects these efforts in Part II: D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at pp. 63, 97-98 and 109-10. The rights provided to sound recorders and performers differ in justification and practice from the rights provided to authors in s. 3(1) of the *Copyright Act*.

² A tariff is a rate set by the Board which determines the licence fees payable to collective societies like SOCAN for the use

¹ Les producteurs d’enregistrements sonores et les interprètes n’ont pas droit à la protection du droit d’auteur habituelle, car ils ne sont pas des « auteurs ». Ils ne créent rien d’« original » et ne produisent pas une « œuvre ». Les producteurs d’enregistrements sonores enregistrent une œuvre et les interprètes interprètent ou exécutent une œuvre. Néanmoins, la *Loi sur le droit d’auteur* protège ces activités dans la partie II : D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 63, 97-98 et 109-110. Les droits conférés aux producteurs d’enregistrements sonores et aux interprètes diffèrent du point de vue de la justification et de la pratique des droits conférés aux auteurs par le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*.

² Le tarif est un montant fixé par la Commission qui détermine les droits de licence payables aux sociétés de gestion comme

Internet in a way that allows the public to access the work. These royalties would be payable irrespective of whether the works are subsequently transmitted to a member of the public by way of download, stream, or not at all.

III. Decisions Below

A. *Copyright Board of Canada, 2017 CanLII 152886*

[15] The Board accepted SOCAN’s position. It reasoned that s. 2.4(1.1) deems making a work available to be a “communication” to the public regardless of whether any subsequent transmission occurs and regardless of whether a subsequent transmission is a download or a stream. This meant that two royalties would be payable when a work is distributed online: (1) when it is made available online and (2) when the work is actually streamed or downloaded. The Board’s reasoning relied heavily on art. 8 of the *WIPO Copyright Treaty*, which it read as requiring that member countries provide a separate and compensable protection for the act of “making a work available”.

B. *Federal Court of Appeal, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374 (Pelletier, Stratas and Near J.J.A.)*

[16] The Federal Court of Appeal held that the Board’s decision was unreasonable. Regarding the standard of review, the Court of Appeal noted that the jurisprudence prior to *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, required reviewing the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1) on a standard of correctness. However, after *Vavilov*, this jurisprudence was uncertain. While the Court of Appeal identified strong reasons for reviewing the Board’s decision on

of works. Collective societies like SOCAN collect the tariffs and give the resulting royalties to rights holders: see Part VII.1 of the *Copyright Act*; *Re: Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 20 Admin. L.R. (6th) 179, at paras. 9-16.

(c.-à-d. des redevances) lorsqu’ils publient une œuvre sur Internet de manière à ce que le public puisse y avoir accès. Ces redevances seraient payables peu importe que l’œuvre soit par la suite transmise à un membre du public au moyen de téléchargements ou de diffusions en continu, ou qu’elle ne soit pas transmise du tout.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Commission du droit d’auteur du Canada, 2017 CanLII 152886*

[15] La Commission a accepté la thèse de la SOCAN. Elle a conclu que, selon le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public demeure une « communication » au public peu importe s’il y a une transmission subséquente et si la transmission subséquente est un téléchargement ou une diffusion en continu. Cela voulait dire qu’il faudrait payer deux redevances lorsqu’une œuvre est mise en circulation en ligne : (1) lorsqu’elle est mise à la disposition du public en ligne et (2) lorsqu’elle est diffusée en continu ou téléchargée. Le raisonnement de la Commission reposait en grande partie sur l’art. 8 du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur* qui, suivant son interprétation, exige que les États membres offrent une protection distincte et justifiant rémunération à l’égard de l’acte de « mise à la disposition d’une œuvre ».

B. *Cour d’appel fédérale, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374 (les juges Pelletier, Stratas et Near)*

[16] La Cour d’appel fédérale a conclu que la décision de la Commission était déraisonnable. En ce qui concerne la norme de contrôle, la Cour d’appel a fait remarquer que, d’après la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, l’interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission devait être contrôlée en fonction de la norme de la décision correcte. Toutefois, après *Vavilov*, cette jurisprudence était devenue incertaine.

la SOCAN pour l’utilisation d’œuvres. Les sociétés de gestion comme la SOCAN perçoivent les tarifs et donnent les redevances qui en découlent aux titulaires des droits : voir la partie VII.1 de la *Loi sur le droit d’auteur*; *Re: Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138, par. 9-16 (CanLII).

a standard of correctness, it applied the standard of reasonableness because it had not received submissions on the issue.

[17] The Court of Appeal concluded that the Board placed too much weight on art. 8 when interpreting s. 2.4(1.1). Rather than focusing on what art. 8 means, the Board should have focused on what s. 2.4(1.1) means. Had it done so, the Board would have seen that Parliament did not intend to create a new compensable making available right.

[18] While the Court of Appeal rejected the Board's interpretation of s. 2.4(1.1), it did not explain what s. 2.4(1.1) means — it simply rejected the Board's interpretation of s. 2.4(1.1) and quashed the Board's decision.

IV. Parties' Positions

A. *Appellants*

[19] The appellants ask this Court to affirm the Board's interpretation of s. 2.4(1.1). They argue that the Board correctly concluded that s. 2.4(1.1) deems the act of making works available to be a "communication" under s. 3(1)(f). A royalty is therefore payable whenever a work is made available for downloading or streaming. If the work is later downloaded, another reproduction royalty is payable. If the work is later streamed, another performance royalty is payable.

B. *Respondents*

[20] The respondents ask this Court to reject the Board's interpretation of s. 2.4(1.1). They argue that s. 2.4(1.1) does not require that users pay two royalties to download or stream works. If a work is downloaded, only a single reproduction royalty is payable. If a work is streamed, only a single performance royalty is payable. Correctly interpreted, s. 2.4(1.1)

Bien que la Cour d'appel ait relevé de bonnes raisons de contrôler la décision de la Commission selon la norme de la décision correcte, elle a appliqué la norme de la décision raisonnable, puisqu'elle n'avait reçu aucune observation des parties sur la question.

[17] La Cour d'appel a conclu que la Commission avait accordé trop de poids à l'art. 8 dans son interprétation du par. 2.4(1.1). Plutôt que de s'attarder au sens de l'art. 8, la Commission aurait dû se concentrer sur le sens du par. 2.4(1.1). Si elle l'avait fait, elle aurait constaté que le Parlement ne souhaitait pas créer un nouveau droit de mise à la disposition justifiant rémunération.

[18] Bien qu'elle ait rejeté l'interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission, la Cour d'appel n'a pas expliqué le sens du par. 2.4(1.1) — elle a simplement rejeté l'interprétation de la Commission et annulé sa décision.

IV. Les positions des parties

A. *Les appelantes*

[19] Les appelantes demandent à notre Cour de confirmer l'interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission. D'après elles, la Commission a conclu à juste titre que, suivant le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public équivaut à une « communication » au sens de l'al. 3(1)f). Une redevance doit donc être versée chaque fois qu'une œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu. Si l'œuvre est subséquentement téléchargée, une autre redevance de reproduction doit être payée. Si l'œuvre est subséquentement diffusée en continu, une autre redevance d'exécution doit être payée.

B. *Les intimées*

[20] Les intimées demandent à notre Cour de rejeter l'interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission. Elles soutiennent que le par. 2.4(1.1) n'exige pas que les utilisateurs paient deux redevances pour le téléchargement d'une œuvre ou sa diffusion en continu. Si une œuvre est téléchargée, seule une redevance de reproduction doit être payée. Si une

simply clarifies that a work is “performed” as soon as it is “made available” for on-demand streaming. At that point, a royalty is payable. If the work is later streamed by a user, no additional royalty is payable because the stream is part of one continuous act of performance that began when the work was “made available” for streaming.

V. Issues

[21] This appeal raises three issues:

- (a) What is the appropriate standard of review?
- (b) What role does the *WIPO Copyright Treaty* play in the interpretation of s. 2.4(1.1)?
- (c) Does s. 2.4(1.1) entitle authors to an additional “making available” royalty?

VI. Analysis

A. *Issue 1: What Is the Appropriate Standard of Review?*

- (1) Prior Jurisprudence Needs to Be Reconsidered in Light of *Vavilov*

[22] Prior to *Vavilov*, the Board’s decisions on the scope of rights in the *Copyright Act* were reviewed on the standard of correctness: see, for example, *Rogers*, at paras. 10-20; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 (“*CBC*”), at para. 35.

[23] These pre-*Vavilov* cases held that correctness was appropriate because the Board and courts have concurrent first instance jurisdiction over some aspects of the *Copyright Act*. In infringement actions, the scope of rights under the Act is routinely brought before courts for interpretation. Similarly, the Board may need to decide the scope of rights in the Act in order to set tariffs, as occurred in this case: *Rogers*,

œuvre est diffusée en continu, seule une redevance d’exécution doit être payée. Interprété correctement, le par. 2.4(1.1) précise simplement qu’une œuvre est « exécutée » dès qu’elle est « mise à la disposition » du public pour diffusion en continu sur demande. Une redevance doit être payée à ce moment-là. Si l’œuvre est ensuite diffusée en continu par un utilisateur, aucune redevance additionnelle ne doit être payée, car la diffusion en continu s’inscrit dans un acte d’exécution continu qui commence lorsque l’œuvre est « mise à la disposition » du public pour diffusion en continu.

V. Les questions en litige

[21] Le présent pourvoi soulève trois questions :

- a) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- b) Quel rôle joue le *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur* dans l’interprétation du par. 2.4(1.1)?
- c) Le paragraphe 2.4(1.1) donne-t-il aux auteurs droit à une redevance de « mise à la disposition » additionnelle?

VI. Analyse

A. *Première question : Quelle est la norme de contrôle applicable?*

- (1) La jurisprudence antérieure doit être réexaminée à la lumière de *Vavilov*

[22] Avant l’arrêt *Vavilov*, les décisions de la Commission sur la portée des droits conférés par la *Loi sur le droit d’auteur* étaient assujetties à la norme de la décision correcte : voir, p. ex., *Rogers*, par. 10-20; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 (« *SRC* »), par. 35.

[23] Dans ces arrêts antérieurs à *Vavilov*, notre Cour a conclu que la norme de la décision correcte était appropriée, car la Commission et les cours de justice ont compétence concurrente en première instance sur certains aspects de la *Loi sur le droit d’auteur*. Dans des actions en violation du droit d’auteur, la portée des droits conférés par la Loi est couramment soumise à l’interprétation des tribunaux. De même,

at paras. 12-13. Given this shared jurisdiction, the pre-*Vavilov* cases concluded that correctness was appropriate because it minimized the risk of conflicting statutory interpretations and gave effect to legislative intent: *Rogers*, at paras. 12-15; *CBC*, at para. 35.

[24] In *Vavilov*, this Court reconsidered its standard of review jurisprudence. It simplified the law by holding that courts should review administrative decisions on a standard of reasonableness except when doing so would undermine legislative intent or the rule of law: paras. 17 and 69.

[25] *Vavilov* overtook the prior jurisprudence: para. 143. Cases from this Court applying a correctness standard to the Board's decisions therefore need to be reconsidered in light of *Vavilov*.

(2) Concurrent First Instance Jurisdiction Should Be Recognized as a Sixth Category of Correctness

[26] *Vavilov* recognized five categories for correctness review: legislated standards of review, statutory appeal mechanisms, constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole, and questions related to the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies (paras. 17 and 69). None of these categories justifies applying a correctness standard of review to situations of concurrent administrative and court first instance jurisdiction.

[27] Nevertheless, I would apply a correctness standard of review to the Board's decision. *Vavilov* did not "definitively foreclose the possibility that

la Commission pourrait devoir se prononcer sur la portée des droits conférés par la Loi pour fixer des tarifs, comme cela s'est produit en l'espèce : *Rogers*, par. 12-13. Compte tenu de cette compétence partagée, la Cour a conclu dans sa jurisprudence antérieure à *Vavilov* que la norme de la décision correcte était appropriée, puisque cette norme réduisait le risque d'interprétations législatives contradictoires et respectait l'intention du législateur : *Rogers*, par. 12-15; *SRC*, par. 35.

[24] Dans *Vavilov*, notre Cour a réexaminé sa jurisprudence en matière de norme de contrôle. Elle a simplifié le droit en statuant que les cours de justice devraient procéder au contrôle des décisions administratives selon la norme de la décision raisonnable, sauf lorsque cela dénaturerait l'intention du législateur ou minerait la primauté du droit : par. 17 et 69.

[25] L'arrêt *Vavilov* a renversé la jurisprudence antérieure : par. 143. Par conséquent, les arrêts dans lesquels notre Cour a appliqué la norme de la décision correcte aux décisions de la Commission doivent être réexaminés à la lumière de l'arrêt *Vavilov*.

(2) La compétence concurrente en première instance devrait être reconnue comme une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte

[26] L'arrêt *Vavilov* a reconnu cinq catégories de questions appelant la norme de la décision correcte : les normes de contrôle établies par voie législative, les mécanismes d'appel prévus par la loi, les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ainsi que les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs (par. 17 et 69). Aucune de ces catégories ne justifie d'appliquer la norme de la décision correcte aux situations où les tribunaux administratifs et les cours de justice ont compétence concurrente en première instance.

[27] Néanmoins, j'appliquerais la norme de la décision correcte à la décision de la Commission. L'arrêt *Vavilov* n'a pas « ferm[é] [. . .] définitivement

another category could be recognized as requiring a derogation from the presumption of reasonableness review”: *Vavilov*, at para. 70. In rare and exceptional circumstances, new correctness categories can be recognized when applying reasonableness would undermine legislative intent or the rule of law in a manner analogous to the five correctness categories discussed in *Vavilov* at paras. 23 and 70.

[28] This is one of those rare and exceptional circumstances where it is appropriate to recognize a new category of correctness review: when courts and administrative bodies have concurrent first instance jurisdiction over a legal issue in a statute. Applying correctness to these issues accords with legislative intent and promotes the rule of law.

(a) *Legislative Intent*

[29] Reasonableness is the standard of review that, in most instances, gives best effect to legislative intent. When the legislature has granted exclusive jurisdiction to an administrative decision maker, courts presume that the legislature wanted that decision maker to operate without undue judicial interference: *Vavilov*, at para. 24.

[30] When the legislature expressly involves the court in the administrative scheme, this presumption no longer applies. That is why legislated standards of review and statutory appeal mechanisms give rise to a correctness standard of review. Such statutory features indicate legislative intent for judicial involvement and a desire to subject those decisions to appellate standards of review: *Vavilov*, at para. 36.

[31] When the legislature enacts a statute that gives concurrent first instance jurisdiction to courts and administrative bodies, the legislature expressly

la porte à la possibilité qu’une autre catégorie puisse [. . .] être reconnue comme appelant une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » : *Vavilov*, par. 70. Dans des circonstances rares et exceptionnelles, de nouvelles catégories de questions appelant la norme de la décision correcte peuvent être reconnues lorsqu’appliquer la norme de la décision raisonnable dénaturerait l’intention du législateur ou ébranlerait la primauté du droit d’une façon analogue aux cinq catégories de questions analysées dans *Vavilov*, par. 23 et 70.

[28] Nous sommes en présence en l’espèce de l’une de ces circonstances rares et exceptionnelles où il convient de reconnaître une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte : lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi. Appliquer la norme de la décision correcte à ces questions concorde avec l’intention du législateur et favorise la primauté du droit.

a) *L’intention du législateur*

[29] La norme de la décision raisonnable est généralement celle qui respecte le mieux l’intention du législateur. Lorsque le législateur confère une compétence exclusive au décideur administratif, les cours présumant que son intention était que le décideur puisse fonctionner sans faire l’objet d’une intervention judiciaire injustifiée : *Vavilov*, par. 24.

[30] Lorsque le législateur fait expressément intervenir les cours de justice dans le régime administratif, cette présomption ne tient plus. C’est pourquoi les normes de contrôle établies par voie législative et les mécanismes d’appel prévus par la loi commandent la norme de la décision correcte. Ces caractéristiques législatives démontrent l’intention du législateur de faire intervenir les cours de justice et sa volonté d’assujettir ces décisions aux normes applicables en appel : *Vavilov*, par. 36.

[31] Lorsqu’il édicte une loi qui confère aux cours de justice et aux organismes administratifs une compétence concurrente en première instance, le législateur

involves the courts. Like legislated standards of review and statutory appeal mechanisms, concurrent first instance jurisdiction signals a legislative intent for judicial involvement. By conferring such jurisdiction, it should be inferred that the legislature wanted to subject those decisions to appellate standards of review.

[32] My colleague suggests that, because there is no statutory appeal mechanism or legislated standard of review, a sixth correctness category cannot be recognized on the basis of legislative intent. With respect, this argument misconceives the question at issue. If there were legislated standards of review or statutory appeal mechanisms, the Board's decision would already be reviewed for correctness under those established correctness categories. There would be no reason to consider a sixth category of correctness. When there is no statutory appeal mechanism or legislated standard of review (or other established correctness category), the question is whether correctness is nevertheless appropriate because applying reasonableness would undermine legislative intent in a manner *analogous* to the established correctness categories. Since that is the case here, a sixth category of correctness is justified on the basis of legislative intent.

(b) *Rule of Law*

[33] The presumption of reasonableness must give way to considerations aimed at maintaining the rule of law, which requires that certain questions be answered consistently and definitively: *Vavilov*, at para. 53. Legal inconsistency “is antithetical to the rule of law”: *Vavilov*, at para. 72.

[34] Applying reasonableness to the Board's interpretation of the rights in the *Copyright Act* creates

fait expressément intervenir les cours de justice. À l'instar des normes de contrôle établies par voie législative et des mécanismes d'appel prévus par la loi, la compétence concurrente en première instance démontre l'intention du législateur de faire intervenir les cours de justice. Il y a lieu d'inférer qu'en conférant une telle compétence, le législateur a voulu assujettir ces décisions aux normes applicables en appel.

[32] Ma collègue suggère que, comme il n'y a pas de mécanisme d'appel prévu par la loi ou de norme de contrôle établie par voie législative, on ne peut reconnaître une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte sur le fondement de l'intention du législateur. Avec égards, cet argument dénature la question en litige. S'il existait des normes de contrôle établies par voie législative ou des mécanismes d'appel prévus par la loi, la décision de la Commission ferait déjà l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte en vertu de l'une de ces catégories. Il n'y aurait aucune raison d'envisager une sixième catégorie de ce genre. En l'absence d'un mécanisme d'appel prévu par la loi ou d'une norme de contrôle établie par voie législative (ou d'une autre catégorie établie de questions appelant la norme de la décision correcte), il s'agit de savoir si cette norme est néanmoins appropriée, puisque l'application de la norme de la décision raisonnable dénaturerait l'intention du législateur d'une façon *analogue* aux catégories déjà établies de questions appelant la norme de la décision correcte. Comme c'est le cas en l'espèce, une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte est justifiée compte tenu de l'intention du législateur.

b) *La primauté du droit*

[33] La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable doit céder le pas aux considérations visant à assurer la primauté du droit, qui exige que certaines questions reçoivent une réponse cohérente et définitive : *Vavilov*, par. 53. Une incohérence du droit « va à l'encontre de la primauté du droit » : *Vavilov*, par. 72.

[34] Appliquer la norme de la décision raisonnable à l'interprétation que donne la Commission aux

two legal inconsistencies. First, it subjects the same legal issue to different standards of review depending solely on whether the issue arises before the Board or the courts. As this Court explained in *Rogers*, at para. 14,

[i]t would be inconsistent for the court to review a legal question on judicial review of a decision of the Board on a deferential standard and decide exactly the same legal question *de novo* if it arose in an infringement action in the court at first instance. It would be equally inconsistent if on appeal from a judicial review, the appeal court were to approach a legal question decided by the Board on a deferential standard, but adopt a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question.

[35] Second, differing standards of review could lead to conflicting statutory interpretations. For example, the Board could interpret s. 2.4(1.1) as requiring that users pay a performance royalty when works are downloaded, while a court could interpret the provision such that no such royalties are payable in those circumstances.

[36] This raises different concerns than the potential for inconsistent decisions within an administrative body. In *Vavilov*, at para. 72, this Court declined to recognize a correctness category for legal questions on which there is persistent discord within an administrative body for three reasons: (1) ensuring that administrative bodies remain independent, as the legislature intended, requires tolerating some inconsistencies; (2) a robust reasonableness review can adequately manage the serious rule of law concerns that emerge when the law is indeterminate; and (3) the point at which internal discord becomes serious enough to warrant a correctness standard is impossible to define in the abstract. None of these rationales justifies maintaining a reasonableness

droits conférés par la *Loi sur le droit d'auteur* crée deux incohérences juridiques. Premièrement, cette façon de faire soumet la même question juridique à deux normes de contrôle différentes, et ce, uniquement selon que la question est soulevée devant la Commission ou une cour de justice. Comme l'a expliqué notre Cour dans *Rogers*, par. 14 :

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

[35] Deuxièmement, appliquer des normes de contrôle différentes pourrait mener à des interprétations législatives contradictoires. Par exemple, la Commission pourrait interpréter le par. 2.4(1.1) comme exigeant que les utilisateurs paient une redevance d'exécution lorsque les œuvres sont téléchargées, alors qu'une cour de justice pourrait interpréter cette disposition de telle sorte qu'aucune redevance de cette nature ne devrait être payée dans ces circonstances.

[36] Ce cas de figure suscite des préoccupations distinctes du risque qu'il y ait des décisions incohérentes au sein d'un organisme administratif. Dans *Vavilov*, par. 72, notre Cour a refusé de reconnaître l'existence d'une catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte pour les questions de droit qui sont constamment source de discord au sein d'un organisme administratif, et ce, pour trois raisons : (1) assurer le maintien de l'indépendance des organismes administratifs, comme l'a voulu le législateur, exige de tolérer certaines incohérences; (2) une application rigoureuse de la norme de la décision raisonnable permet de bien tenir compte des préoccupations sérieuses relatives à la primauté du droit qui surviennent lorsque le droit est indéterminé;

standard of review when courts and administrative bodies have concurrent first instance jurisdiction.

[37] First, when there is concurrent first instance jurisdiction, the legislature has expressly involved the courts in the interpretation of a statute. While one may contemplate a degree of inconsistency within an administrative body regarding the interpretation of a statute, no such inconsistency can be tolerated when a court interprets a statute. When the legislature confers first instance concurrent jurisdiction, that necessarily carries with it the implication that, absent legislative direction to the contrary, courts will operate by their settled standards, as explained in *Vavilov*, at para. 37.

[38] Second, the more methodologically rigorous reasonableness review developed in *Vavilov* cannot adequately deal with an inconsistency in statutory interpretation between courts and administrative bodies. *Vavilov* offered guidance as to how to manage persistent discord *within* administrative bodies at paras. 129-32. But, other than telling administrative bodies to consider relevant judicial decisions, at para. 112, it offers little guidance on managing differing decisions between courts and tribunals. In those circumstances, unless the statute allows for only one reasonable interpretation, discord could persist indefinitely: see para. 124.

[39] Third, this correctness category can be defined with precision. It will apply when courts and administrative bodies have concurrent first instance jurisdiction over a legal issue in a statute. Such situations are rare. “Concurrent jurisdiction at first instance seems to appear only under intellectual property statutes where Parliament has preserved dual jurisdiction

et (3) le moment où une discordance interne devient suffisamment grave pour justifier l’application de la norme de la décision correcte est impossible à cerner dans l’abstrait. Aucune de ces raisons ne justifie de maintenir la norme de contrôle de la décision raisonnable lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance.

[37] Premièrement, lorsqu’il y a compétence concurrente en première instance, le législateur fait expressément intervenir les cours de justice dans l’interprétation d’une loi. Bien que l’on puisse admettre un certain degré d’incohérence au sein d’un organisme administratif concernant l’interprétation d’une loi, aucune incohérence de cette nature ne peut être tolérée lorsqu’une cour de justice interprète une loi. Lorsque le législateur confère une compétence concurrente en première instance, cela implique forcément, en l’absence d’une directive contraire de sa part, que les cours de justice fonctionneront suivant leurs normes établies, tel qu’il est expliqué au par. 37 de l’arrêt *Vavilov*.

[38] Deuxièmement, le cadre d’application plus rigoureux sur le plan méthodologique de la norme de la décision raisonnable élaboré dans *Vavilov* ne permet pas de résoudre adéquatement les incohérences dans l’interprétation d’une loi entre les cours de justice et les organismes administratifs. L’arrêt *Vavilov* a donné des indications sur la façon de gérer une discordance constante *au sein* d’un organisme administratif aux par. 129-132. Or, à part dire aux organismes administratifs de tenir compte des décisions judiciaires pertinentes, au par. 112, notre Cour donne peu de directives sur la façon de gérer des décisions contradictoires entre les cours de justice et les tribunaux administratifs. Dans ces circonstances, à moins que la loi ne permette une seule interprétation raisonnable, la discordance pourrait persister indéfiniment : voir par. 124.

[39] Troisièmement, cette catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte peut être définie avec précision. Elle s’appliquera lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi. Ces situations sont rares. « Il semble n’y avoir de compétence concurrente

between the tribunals and the courts”: *Rogers*, at para. 19. Administrative bodies will also continue to benefit from the presumption of reasonableness in other circumstances. The Board’s decision on tariff rates, for example, will continue to be reviewed on a standard of reasonableness as that is a matter that comes within the Board’s exclusive jurisdiction.

(3) Conclusion: Standard of Review

[40] Recognizing concurrent first instance jurisdiction between courts and administrative bodies as a sixth category of correctness review gives effect to legislative intent and promotes the rule of law. I will therefore review the Board’s decision under the standard of correctness.

[41] I wish to emphasize that these reasons do not purport to change when it is appropriate to recognize a new correctness category. *Vavilov* contemplated that new correctness categories could be recognized only in rare and exceptional circumstances. Courts should only recognize new correctness categories when doing so is “consistent with the framework and the overarching principles set out in [*Vavilov*]”: para. 70. This is one of those circumstances.

[42] Nor do these reasons depart from *Vavilov*. Contrary to my colleague’s assertion, this Court never “chose *not* to make first instance concurrent jurisdiction an exception”: para. 125 (emphasis in original). When this Court wanted to reject the possibility of a certain correctness category, it did so expressly: see *Vavilov*, at paras. 71-72. Concurrent first instance jurisdiction was not discussed in *Vavilov*. Accordingly, I seek to give effect to *Vavilov* by considering whether treating concurrent first instance jurisdiction as a new correctness category furthers the framework and principles in *Vavilov*. With respect, I say that it is my colleague who departs from precedent by effectively

en première instance que sous le régime des lois sur la propriété intellectuelle, le législateur ayant conservé la compétence de la cour de justice malgré celle accordée au tribunal administratif » : *Rogers*, par. 19. Les organismes administratifs continueront également de bénéficier de la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable dans d’autres circonstances. La décision de la Commission sur les taux tarifaires, par exemple, continuera d’être assujettie à la norme de la décision raisonnable, puisqu’il s’agit d’une question qui relève de la compétence exclusive de la Commission.

(3) Conclusion : norme de contrôle

[40] Reconnaître la compétence concurrente en première instance entre les cours de justice et les organismes administratifs comme une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte respecte l’intention du législateur et favorise la primauté du droit. Par conséquent, je réviserai la décision de la Commission selon la norme de la décision correcte.

[41] Je tiens à souligner que les présents motifs ne visent pas à changer les règles qui régissent la reconnaissance de nouveaux cas d’application de la norme de la décision correcte. L’arrêt *Vavilov* a prévu que ces nouvelles catégories ne pouvaient être reconnues que dans des circonstances rares et exceptionnelles. Les cours ne devraient les reconnaître que lorsque cela « respect[e] le cadre d’analyse et les principes prépondérants énoncés dans [*Vavilov*] » : par. 70. Il s’agit en l’espèce de l’une de ces circonstances.

[42] Les présents motifs ne s’écartent pas non plus de l’arrêt *Vavilov*. Contrairement à l’affirmation de ma collègue, notre Cour n’a jamais « choisi de *ne pas* faire de la compétence concurrente en première instance une exception » : par. 125 (en italique dans l’original). Quand notre Cour a voulu exclure la possibilité d’établir une certaine catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte, elle l’a fait expressément : voir *Vavilov*, par. 71-72. La compétence concurrente en première instance n’a pas été examinée dans *Vavilov*. Par conséquent, je cherche à donner effet à l’arrêt *Vavilov* en examinant si le fait de considérer la compétence concurrente en première

reading the possibility of further correctness categories out of *Vavilov*.

B. *Issue 2: What Role Does the WIPO Copyright Treaty Play in the Interpretation of Section 2.4(1.1)?*

[43] The Court of Appeal criticized the Board for focusing on the meaning of art. 8 in the *WIPO Copyright Treaty*, rather than the meaning of s. 2.4(1.1) in the *Copyright Act*. The parties also disagree on how much focus should be placed on art. 8. This case therefore calls for a reiteration of the role international treaties play in statutory interpretation.

(1) A Treaty Is Relevant at the “Context” Stage of Statutory Interpretation

[44] A treaty should be considered when interpreting statutes that purport to implement the treaty, in whole or in part. The treaty is relevant at the context stage of the statutory interpretation exercise: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 70; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704, at para. 49; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §18.30.

[45] There is no need to find textual ambiguity in a statute before considering the treaty. The modern approach to statutory interpretation requires interpreting the statute’s text in its “entire context”. The statute’s context includes any relevant international legal obligations: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1371-72; *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802, at para. 50; Sullivan, at §18.26.

[46] If a statute implements a treaty without qualification, the interpretation of the statute needs to be wholly consistent with Canada’s obligations under the

instance comme une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte favorise le cadre et les principes exposés dans *Vavilov*. Avec égards, je dirais que c’est ma collègue qui s’écarte d’un précédent en excluant effectivement de l’arrêt *Vavilov* la possibilité d’établir d’autres catégories de questions appelant la norme de la décision correcte.

B. *Deuxième question : Quel rôle joue le Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur dans l’interprétation du par. 2.4(1.1)?*

[43] La Cour d’appel a reproché à la Commission de s’être attardée au sens de l’art. 8 du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*, plutôt qu’au sens du par. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur*. De plus, les parties ne s’entendent pas sur l’importance qui doit être accordée à l’art. 8. Par conséquent, il convient en l’espèce de réitérer le rôle que jouent les traités internationaux dans l’interprétation des lois.

(1) Un traité est pertinent à l’étape du « contexte » dans l’interprétation de lois

[44] Un traité devrait être examiné pour interpréter les lois qui visent à le mettre en œuvre en tout ou en partie. Le traité est pertinent à l’étape du contexte en matière d’interprétation législative : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704, par. 49; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), §18.30.

[45] Point n’est besoin de relever une ambiguïté dans le texte d’une loi avant d’examiner le traité. Suivant la méthode moderne d’interprétation des lois, il faut interpréter le texte d’une loi dans son « contexte global ». Le contexte de la loi comprend toute obligation juridique internationale pertinente : *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371-1372; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802, par. 50; Sullivan, §18.26.

[46] Si une loi met en œuvre un traité sans réserve, l’interprétation de la loi doit se concilier en tout point avec les obligations que ce traité impose au Canada :

treaty: *Office of the Children’s Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398, at para. 31. If the statute is less explicit as to the extent to which it gives effect to a treaty, the weight given to obligations under the treaty will depend on the circumstances of the case, such as the treaty’s specificity and the statute’s text: *Rahaman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 89, [2002] 3 F.C. 537, at para. 36. Where the text permits, legislation should be interpreted so as to comply with Canada’s treaty obligations, in accordance with the presumption of conformity: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at para. 34; *B010*, at para. 48.

(2) Courts Must Always Give Effect to the Statute’s Meaning

[47] The presumption of conformity is an aid to interpretation. The task remains to give effect to legislative intent. The separation of powers requires that courts give effect to a statute that demonstrates legislative intent not to comply with treaty obligations: *Hape*, at para. 53. Negotiation, signing, and ratification of treaties are acts of the executive. Once ratified, treaties do not automatically become part of domestic law; rather, they are given effect through domestic legislation: Sullivan, at §18.36.

[48] Accordingly, while a treaty can be highly relevant to statutory interpretation, it cannot overwhelm clear legislative intent. The court’s task is to interpret what the legislature (federally and provincially) has enacted and not subordinate this to what the federal executive has agreed to internationally. It is always the domestic statute that governs because “[i]nternational law cannot be used to support an interpretation that is not permitted by the words of the statute”: *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, at para. 60.

(3) Application

[49] Article 8 forms a relevant part of the context of s. 2.4(1.1). The *CMA*’s preamble states that it

Bureau de l’avocat des enfants c. Balev, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398, par. 31. Si la loi est moins explicite quant à la mesure dans laquelle elle donne effet à un traité, le poids accordé aux obligations découlant du traité dépendra des circonstances de l’affaire, notamment du texte de la loi et de la spécificité du traité : *Rahaman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CAF 89, [2002] 3 C.F. 537, par. 36. Si le texte le permet, la loi devrait être interprétée de manière à respecter les obligations du Canada découlant du traité, conformément à la présomption de conformité : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, par. 34; *B010*, par. 48.

(2) Les tribunaux doivent toujours donner effet au sens de la loi

[47] La présomption de conformité est un outil d’interprétation d’une loi. Or, il demeure qu’il faut toujours respecter l’intention du législateur. La séparation des pouvoirs requiert que les tribunaux donnent effet à une loi qui exprime l’intention du législateur de ne pas respecter une obligation découlant d’un traité : *Hape*, par. 53. La négociation, la signature et la ratification des traités sont des actes de l’exécutif. Une fois ratifiés, les traités ne font pas automatiquement partie du droit interne; ils sont plutôt mis en œuvre au moyen de dispositions législatives internes : Sullivan, §18.36.

[48] Par conséquent, bien qu’un traité puisse être fort pertinent pour l’interprétation des lois, il ne peut supplanter l’intention claire du législateur. La cour doit interpréter ce que le législateur (tant au fédéral qu’au provincial) a édicté et non subordonner cet exercice à ce dont l’organe exécutif fédéral a convenu à l’international. La loi interne prévaut toujours, car « [o]n ne saurait utiliser le droit international pour étayer une interprétation à laquelle fait obstacle le texte de la loi » : *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 60.

(3) Application

[49] L’article 8 est un élément important du contexte du par. 2.4(1.1). Le préambule de la *LMDA* prévoit que

was enacted in part to implement the “norms” of the *WIPO Copyright Treaty*. The wording of art. 8 and s. 2.4(1.1) is similar. As well, shortly after Parliament passed the *CMA*, Canada ratified the *WIPO Copyright Treaty*. An explanatory memorandum placed before the House of Commons regarding the treaty states that “Canada’s recent [*CMA*] was developed with a view to implementing the rights and protections of the *WIPO Copyright Treaty*, thereby putting Canada in a position to ratify”: condensed book (Music Canada), at p. 15. I am satisfied that these facts indicate that Parliament intended to fulfill Canada’s obligations under art. 8 through s. 2.4(1.1). That provision should therefore be interpreted so as to fulfill Canada’s obligations under art. 8, to the extent possible given the *Copyright Act’s* text.

C. *Issue 3: Does Section 2.4(1.1) Entitle Authors to an Additional “Making Available” Royalty?*

[50] The Board concluded that s. 2.4(1.1) deems making a work available to be a “communication” under s. 3(1)(f), regardless of whether any subsequent transmission occurs and regardless of whether a subsequent transmission is a download or a stream. Therefore, the Board reasoned, as soon as a work is made available online, s. 3(1)(f) is triggered and a royalty is payable. If the work is later downloaded or streamed, another royalty is payable. This interpretation means that distributing works online requires paying two royalties — one when the work is made available and another when the work is downloaded or streamed.

[51] I am not persuaded that this is the proper reading of s. 2.4(1.1). While this interpretation is one means to fulfill Canada’s obligations under art. 8, it is inconsistent with the text, structure and purpose

cette loi a été édictée en partie pour mettre en œuvre les « normes » du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*. Le libellé de l’art. 8 et celui du par. 2.4(1.1) sont semblables. De plus, peu de temps après l’adoption de la *LMDA* par le Parlement, le Canada a ratifié le *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*. Un mémoire explicatif déposé à la Chambre des communes au sujet du traité révèle que la *LMDA*, « récemment adoptée par le Canada, a été rédigée dans le but de mettre en œuvre les droits et les protections prévus par le *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*, de manière que le Canada puisse le ratifier » : recueil condensé (Music Canada), p. 15. Je suis convaincu que ces faits démontrent que le Parlement voulait mettre en œuvre les obligations du Canada découlant de l’art. 8 au moyen du par. 2.4(1.1). Par conséquent, cette disposition devrait être interprétée de façon à permettre au Canada de mettre en œuvre des obligations que lui impose l’art. 8, dans la mesure du possible compte tenu du libellé de la *Loi sur le droit d’auteur*.

C. *Troisième question : Le par. 2.4(1.1) donne-t-il aux auteurs droit à une redevance de « mise à la disposition » additionnelle?*

[50] La Commission a conclu que, d’après le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public constitue une « communication » au sens de l’al. 3(1)f), peu importe s’il y a transmission subséquente et si cette transmission est un téléchargement ou une diffusion en continu. En conséquence, la Commission a estimé que, dès qu’une œuvre est mise à la disposition du public en ligne, l’al. 3(1)f) entre en jeu et une redevance doit être payée. Si l’œuvre est subséquemment téléchargée ou diffusée en continu, une autre redevance doit être payée. Cette interprétation signifie que, lorsqu’il y a distribution d’une œuvre en ligne, deux redevances doivent être payées — une lorsque l’œuvre est mise à la disposition du public, et une autre lorsque l’œuvre est téléchargée ou diffusée en continu.

[51] Je ne suis pas convaincu que cette interprétation du par. 2.4(1.1) soit appropriée. Bien qu’elle soit un moyen de permettre au Canada de s’acquitter des obligations que lui impose l’art. 8, cette interprétation

of the *Copyright Act*. Further, art. 8 does not require this interpretation. If s. 2.4(1.1) is read as clarifying two things — (1) that s. 3(1)(f) applies to on-demand streams and (2) a work is performed as soon as it is made available for streaming — then Canada would also fulfill its obligations under art. 8. Either interpretation would fulfill Canada’s obligations under art. 8, but the latter interpretation is more consistent with the text, structure and purpose of the *Copyright Act*. For that reason, it is the latter interpretation, not the one adopted by the Board, that should be given effect.

[52] My analysis in this section will proceed in five parts. I will explain why the Board’s interpretation (1) is inconsistent with s. 2.4(1.1)’s text and structure; (2) undermines the purpose of the *Copyright Act*; and (3) is not required by art. 8. I will then (4) offer my own interpretation of s. 2.4(1.1) and (5) explain why this interpretation allows Canada to fulfill its obligations under art. 8 through a combination of the performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1).

(1) Text and Structure

[53] To understand the text of s. 2.4(1.1), one must understand the basic scheme of the *Copyright Act*.

[54] The opening paragraph of s. 3(1) of the *Copyright Act* exhaustively sets out three copyright interests that authors have in their works: the right to (1) produce or reproduce a work in any material form; (2) perform a work in public; or (3) publish an unpublished work. Section 3(1)(a) to (j) is “illustrative” of these three broad copyrights: *ESA*, at para. 42. For example, s. 3(1)(f), which gives authors the right to “communicate the work to the public by telecommunication”, illustrates an activity that falls within the broader right to perform a work in public. It is

n’est pas compatible avec le texte, la structure et l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur*. De plus, l’art. 8 ne commande pas cette interprétation. Si le par. 2.4(1.1) est interprété comme éclaircissant deux points — soit (1) que l’al. 3(1)(f) s’applique aux diffusions en continu sur demande et (2) qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu —, cette interprétation permettrait également au Canada de s’acquitter des obligations que lui impose l’art. 8. Ces deux interprétations permettent au Canada de s’acquitter des obligations que lui impose l’art. 8, mais la seconde est davantage compatible avec le texte, la structure et l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur*. Pour cette raison, c’est à cette seconde interprétation, et non à celle adoptée par la Commission, qu’il faut donner effet.

[52] Mon analyse dans cette section se fera en cinq parties. J’expliquerai d’abord pourquoi l’interprétation de la Commission (1) est incompatible avec le texte et la structure du par. 2.4(1.1), (2) mine l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur* et (3) n’est pas requise par l’art. 8. Je proposerai ensuite (4) ma propre interprétation du par. 2.4(1.1), et je dirai enfin (5) pourquoi cette interprétation permet au Canada de s’acquitter des obligations que lui impose l’art. 8 grâce à une combinaison des droits d’exécution, de reproduction et d’autorisation visés au par. 3(1).

(1) Texte et structure

[53] Pour bien comprendre le texte du par. 2.4(1.1), il est nécessaire de considérer l’organisation fondamentale de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[54] Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* commence par énoncer de manière exhaustive les trois droits conférés aux auteurs à l’égard d’une œuvre, à savoir : les droits (1) de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, (2) d’exécuter l’œuvre ou de la représenter en public ou (3) de publier une œuvre non publiée. Les alinéas 3(1)a) à j) donnent des « exemples » de ces trois droits généraux : *ESA*, par. 42. Par exemple, l’al. 3(1)f), qui confère aux auteurs le droit « de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre », donne

not a standalone or *sui generis* copyright in addition to the general rights described in s. 3(1): *ESA*, at paras. 25-27 and 42.

[55] The rights enumerated in s. 3(1) are distinct. A single activity can only engage one of the three copyright interests. When a song is downloaded, for example, only the author's reproduction right is engaged. Similarly, when a work is streamed, only the author's performance right is engaged: *ESA*, at para. 41. Authors are entitled to royalties for use of their works when an activity engages one of the copyright interests in s. 3(1).

[56] To determine which copyright interest is engaged by an activity, one must examine what that activity does to the copyrighted work. A performance is impermanent — “[w]hen it is over, only the memory remains”: *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at p. 479. Performances also allow authors to retain more control over their works than reproductions, as performed works can be withdrawn from the user after the performance is over. Accordingly, when an activity allows a user to experience a work for a limited period of time, the author's performance right is engaged. A reproduction, by contrast, gives a user a durable copy of a work: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at paras. 42 and 47; *ESA*, at para. 35. Authors lose significantly more control over their works when they are reproduced. Once reproduced, authors cannot limit when, how, or the number of times a user experiences the work. Accordingly, activities that give users a durable copy of a work engage the author's reproduction right.

[57] An activity that does not engage one of the three copyright interests in s. 3(1) or the author's moral

un exemple d'activité qui fait partie du droit général d'exécuter ou de représenter une œuvre en public. Il ne s'agit pas d'un droit autonome ou d'un droit d'auteur *sui generis* qui s'ajoute aux droits généraux décrits au par. 3(1) : *ESA*, par. 25-27 et 42.

[55] Les droits énumérés au par. 3(1) sont des droits distincts. Une activité unique ne peut faire intervenir qu'un seul des trois droits prévus dans cette disposition. Ainsi, dans le cas du téléchargement d'une chanson, seul le droit de reproduction conféré à l'auteur entre en jeu. De même, lorsqu'une œuvre est diffusée en continu, seul le droit d'exécution dont l'auteur est titulaire entre en jeu : *ESA*, par. 41. Les auteurs ont le droit de recevoir des redevances pour l'utilisation de leurs œuvres lorsqu'une activité fait intervenir l'un des droits énoncés au par. 3(1).

[56] Pour déterminer quel droit est mis en jeu par une activité, il faut examiner l'utilisation qui est faite de l'œuvre protégée. Une exécution est passagère — « [l]orsqu'elle est terminée, il n'en reste plus que le souvenir » : *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 479. Les exécutions permettent aussi aux auteurs de conserver davantage de contrôle sur leurs œuvres que les reproductions, étant donné qu'on peut retirer aux utilisateurs les œuvres exécutées une fois l'exécution terminée. En conséquence, le droit de l'auteur à l'égard de l'exécution entre en jeu pendant la période limitée où l'utilisateur profite de l'œuvre lors de l'activité. Une reproduction, en revanche, donne à l'utilisateur une copie durable de l'œuvre : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 42 et 47; *ESA*, par. 35. Les auteurs perdent beaucoup plus de contrôle sur leurs œuvres lorsque celles-ci sont reproduites. Une fois la reproduction faite, les auteurs ne peuvent limiter les moments où les utilisateurs profiteront de l'œuvre, la façon dont ils le feront ni le nombre de fois qu'ils le feront. Par conséquent, les activités qui donnent aux utilisateurs une copie durable d'une œuvre font intervenir le droit de reproduction de l'auteur.

[57] L'activité qui ne fait pas intervenir l'un des trois droits énoncés au par. 3(1) ou les droits moraux

rights³ is not a protected or compensable activity under the *Copyright Act*. In *Théberge*, for example, this Court held that authors could not prevent users from re-fixing their works on other canvasses because that activity did not engage the author's reproduction, performance, or first publication rights. Even though altering the work in this manner was undoubtedly an "activity" in a physical sense, it was not a protected or compensable activity because there is no right of "fixation" in s. 3(1) of the Act.

[58] The Board's interpretation of s. 2.4(1.1) is inconsistent with the text of s. 2.4(1.1) and the scheme of the *Copyright Act*. In *ESA* and *Rogers*, this Court explained that, since downloads and streams were single protected activities, authors could charge one royalty when users access works as downloads or streams — a reproduction royalty for downloads or a performance royalty for streams. The Board's interpretation is entirely inconsistent with the holdings in *ESA* and *Rogers*. It would allow authors to charge two royalties for a single protected activity. If a work is downloaded, a user would pay (1) a performance royalty for making the work available and (2) a reproduction royalty for the download. If a work is streamed, a user would pay two performance royalties: (1) a performance royalty for making the work available and (2) another performance royalty for the stream.

[59] There is nothing in the text of s. 2.4(1.1) to indicate that this was Parliament's intent. Section 2.4(1.1) is located in the "Interpretation" Division of the Act. It modifies the scope of an author's performance right by modifying the definition of s. 3(1)(f). Since a download is a single protected activity that never engages s. 3(1)(f), I fail to see how modifying the

de l'auteur³ n'est pas protégée ou ne justifie pas rémunération suivant la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans *Théberge*, par exemple, notre Cour a jugé que les auteurs ne pouvaient empêcher les utilisateurs de fixer à nouveau leurs œuvres sur d'autres toiles parce que cette activité ne mettait pas en cause les droits de reproduction, d'exécution ou de première publication de l'auteur. Même si altérer l'œuvre de cette manière constituait sans aucun doute une « activité » au sens physique, il ne s'agissait pas d'une activité protégée ou justifiant rémunération, car aucun droit de « fixation » ne figure au par. 3(1) de la Loi.

[58] La façon dont la Commission a interprété le par. 2.4(1.1) est incompatible avec le texte de la disposition et l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans les arrêts *ESA* et *Rogers*, notre Cour a expliqué que, comme les téléchargements et les transmissions en continu ne constituaient chacun qu'une seule activité protégée, les auteurs pouvaient percevoir une seule redevance pour l'accès des utilisateurs aux œuvres par téléchargement ou diffusion en continu — une redevance de reproduction pour les téléchargements ou une redevance d'exécution pour les diffusions en continu. L'interprétation de la Commission est complètement incompatible avec les conclusions tirées dans *ESA* et *Rogers*. Elle permettrait aux auteurs de percevoir deux redevances pour une seule activité protégée. Si une œuvre est téléchargée, l'utilisateur paierait (1) une redevance d'exécution pour la mise à la disposition de l'œuvre et (2) une redevance de reproduction pour le téléchargement. Si une œuvre est diffusée en continu, l'utilisateur paierait deux redevances d'exécution : (1) une redevance d'exécution pour la mise à la disposition de l'œuvre et (2) une autre redevance d'exécution pour la diffusion en continu.

[59] Le texte du par. 2.4(1.1) ne laisse aucunement croire que c'était l'intention du Parlement. Le paragraphe 2.4(1.1) se trouve dans la section « Définitions et dispositions interprétatives » de la Loi. Il modifie l'étendue du droit de l'auteur à l'égard de l'exécution en modifiant la définition de l'al. 3(1)(f). Comme un téléchargement constitue une seule activité protégée

³ Moral rights are outlined in ss. 14.1 and 28.1 of the *Copyright Act*. They are not in issue here.

³ Les droits moraux sont énoncés aux art. 14.1 et 28.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Ils ne sont pas en litige dans la présente affaire.

definition of s. 3(1)(f) transforms downloads into two separately compensable activities. Similarly, I do not see how s. 2.4(1.1) transforms a single activity like streaming into two separately compensable performances. While I accept that the act of “making a work available” is a separate *physical* activity from the act of a user downloading or streaming a work, it does not follow that it is a *separately compensable* activity. Had Parliament intended to treat the act of making available as a new separately compensable activity, the way to do so would have been to add “making available” as a fourth copyright interest in the opening paragraph of s. 3(1), rather than as a modification to the scope of s. 3(1)(f).

[60] I do not accept SOCAN’s argument that this case is similar to *CBC*. In *CBC*, this Court found that the CBC had to pay separate reproduction royalties each time it made synchronization and broadcast incidental copies of a work. Two reproduction royalties were appropriate in that case because there were two protected activities in issue: (1) synchronization copying and (2) broadcast incidental copying. Since each activity created a separate durable copy of the work, each activity was protected and engaged the author’s reproduction interest: *Théberge*. But in this case, like in *ESA* and *Rogers*, there is only one protected activity in issue: either a download or a stream.

[61] For these reasons, I find no textual support for the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1).

(2) Purpose of the Copyright Act

[62] The Board’s interpretation of s. 2.4(1.1) also undermines the purpose of the *Copyright Act* because it violates the principle of technological neutrality.

qui n’entraîne jamais l’application de l’al. 3(1)(f), je ne vois pas comment la modification de la définition figurant à l’al. 3(1)(f) transforme un téléchargement en deux activités distinctes justifiant chacune rémunération. De même, je ne vois pas comment le par. 2.4(1.1) transforme une activité unique telle la diffusion en continu en deux exécutions distinctes justifiant chacune rémunération. Bien que j’accepte que l’acte de « mise à la disposition d’une œuvre » est une activité *physique* distincte de l’acte de téléchargement ou de diffusion en continu d’une œuvre par un utilisateur, cela ne veut pas dire qu’il s’agit d’une activité *distincte justifiant rémunération*. Si le Parlement avait voulu traiter l’acte de mise à la disposition comme une nouvelle activité distincte justifiant rémunération, la façon de le faire aurait été d’ajouter la « mise à la disposition » en tant que quatrième droit dans la disposition liminaire du par. 3(1), plutôt que de modifier la portée de l’al. 3(1)(f).

[60] Je ne puis me rallier à l’argument de la SOCAN voulant que la présente instance soit semblable à l’affaire *SRC*. Dans cette affaire, notre Cour a conclu que la SRC devait payer des redevances de reproduction distinctes chaque fois qu’elle faisait des copies accessoires de synchronisation et de diffusion d’une œuvre. Le versement de deux redevances de reproduction était une solution appropriée dans cette affaire parce que deux activités protégées étaient en cause : (1) la copie de synchronisation et (2) la copie accessoire de diffusion. Comme chaque activité créait une copie durable distincte de l’œuvre, chaque activité était protégée et faisait intervenir le droit de reproduction de l’auteur : *Théberge*. Or, en l’espèce comme dans *ESA* et *Rogers*, il n’y a qu’une seule activité protégée en cause : soit un téléchargement, soit une diffusion en continu.

[61] Pour ces motifs, je conclus que l’interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission ne repose sur aucune assise textuelle.

(2) Objet de la Loi sur le droit d’auteur

[62] L’interprétation que donne la Commission au par. 2.4(1.1) mine aussi l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur*, parce qu’elle viole le principe de la neutralité technologique.

[63] The principle of technological neutrality holds that, absent parliamentary intent to the contrary, the *Copyright Act* should not be interpreted in a way that either favours or discriminates against any form of technology: *CBC*, at para. 66. Distributing functionally equivalent works through old or new technology should engage the same copyright interests: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326, at para. 43; *CBC*, at para. 72. For example, purchasing an album online should engage the same copyright interests, and attract the same quantum of royalties, as purchasing an album in a bricks-and-mortar store since these methods of purchasing the copyrighted works are functionally equivalent. What matters is *what* the user receives, not *how* the user receives: *ESA*, at paras. 5-6 and 9; *Rogers*, at para. 29. In its summary to the *CMA*, which precedes the preamble, Parliament signalled its support for technological neutrality, by stating that the amendments were intended to “ensure that [the *Copyright Act*] remains technologically neutral”.

[64] The Board’s interpretation of s. 2.4(1.1) violates the principle of technological neutrality because it requires that users pay additional royalties to access works online. To illustrate, consider a retailer that allows customers to purchase a digital or physical copy of an album. Regardless of whether the work is sold digitally or physically, the author’s reproduction interest in s. 3(1) is engaged because the user receives a durable copy of the work: *ESA*, at para. 31. The author is therefore entitled to a reproduction royalty. But under the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1), purchasing the album online would entitle the author to an additional royalty — a performance royalty for making the work available for online purchase. Similarly, streaming the album online would require paying a “making available performance” royalty and a “streaming performance” royalty. But playing that same album on the radio would only require paying one performance royalty. Requiring that users pay additional royalties based solely on the mode of the

[63] Selon le principe de la neutralité technologique, en l’absence d’une intention contraire du Parlement, la *Loi sur le droit d’auteur* ne devrait pas être interprétée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier : *SRC*, par. 66. La distribution d’œuvres équivalentes sur le plan fonctionnel par des moyens technologiques anciens ou nouveaux devrait mettre en jeu les mêmes droits : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326, par. 43; *SRC*, par. 72. Par exemple, l’achat d’un album en ligne devrait faire intervenir les mêmes droits, et donner lieu aux mêmes redevances, que l’acquisition d’un album effectuée dans un magasin physique, étant donné que ces façons d’acheter les œuvres protégées par le droit d’auteur sont équivalentes sur le plan fonctionnel. Ce qui compte, c’est *ce* que l’utilisateur reçoit, et non la *manière* dont il le reçoit : *ESA*, par. 5-6 et 9; *Rogers*, par. 29. Dans son sommaire de la *LMDA*, lequel précède le préambule, le Parlement a signalé son adhésion au principe de la neutralité technologique en déclarant que les modifications visaient à « éliminer la spécificité technologique des dispositions de la [*Loi sur le droit d’auteur*] ».

[64] L’interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission viole le principe de la neutralité technologique parce qu’elle exige que les utilisateurs paient des redevances additionnelles pour accéder aux œuvres en ligne. Prenons par exemple le cas d’un détaillant qui permet à ses clients d’acheter un exemplaire numérique ou physique d’un album. Peu importe que l’œuvre soit vendue sous forme numérique ou physique, le droit de reproduction de l’auteur énoncé au par. 3(1) entre en jeu puisque l’utilisateur reçoit une copie durable de l’œuvre : *ESA*, par. 31. L’auteur a par conséquent droit à une redevance de reproduction. Toutefois, suivant l’interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission, l’achat de l’album en ligne permettrait à l’auteur de toucher une redevance additionnelle — une redevance d’exécution pour la mise à la disposition de l’œuvre en vue de son achat en ligne. De même, la diffusion en continu de l’album exigerait le paiement d’une redevance pour la « mise à la disposition de l’exécution » et une redevance pour

work’s distribution violates the principle of technological neutrality.

[65] The appellants concede that the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1) is not technologically neutral. They submit, however, that Parliament intended to derogate from the principle by passing s. 2.4(1.1). Because works can only be “made available” online — since there is no bricks-and-mortar way for the public to access a work at a time and place of their choosing — the appellants submit that Parliament must have intended to impose additional royalties on works distributed online.

[66] This is entirely unpersuasive. Clear legislative intent would be needed to derogate from the principle of technological neutrality given its central importance to the scheme of the *Copyright Act*. To appreciate why, it is necessary to situate the principle within the Act.

[67] Copyright law does not exist solely for the benefit of authors: *York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 SCC 32, [2021] 2 S.C.R. 734, at paras. 90-91. Its overarching purpose is to balance users’ and authors’ rights. It does this by securing just rewards for authors while facilitating “public access to and dissemination of artistic and intellectual works, which enrich society and often provide users with the tools and inspiration to generate works of their own”: *Access Copyright*, at para. 92; see also *Théberge*, at paras. 30-31.

[68] The *Copyright Act* uses various tools to achieve this balance. Fair dealing, for example, promotes this balance by allowing “users to engage in some activities that might otherwise amount to copyright infringement”: *Bell*, at para. 11; see also *Access Copyright*, at para. 90. Similarly, the idea/expression dichotomy

l’« exécution diffusée en continu ». Mais faire jouer ce même album à la radio requerrait uniquement le paiement d’une redevance d’exécution. Exiger que les utilisateurs paient des redevances additionnelles sur le seul fondement du mode de distribution de l’œuvre viole le principe de la neutralité technologique.

[65] Les appelantes concèdent que l’interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission ne respecte pas le principe de la neutralité technologique. Ils soutiennent toutefois que le Parlement a voulu déroger à ce principe en adoptant le par. 2.4(1.1). Comme les œuvres ne peuvent être « mises à la disposition » qu’en ligne — puisqu’aucun lieu physique ne permet au public d’accéder aux œuvres de l’endroit et au moment qu’il choisit —, les appelantes affirment que le Parlement devait vouloir imposer des redevances additionnelles pour les œuvres mises en circulation en ligne.

[66] Ces prétentions ne sont aucunement convaincantes. Il faudrait une intention claire du législateur pour déroger au principe de la neutralité technologique étant donné son importance capitale pour l’économie de la *Loi sur le droit d’auteur*. Pour comprendre pourquoi il en est ainsi, il faut replacer le principe dans le contexte de la Loi.

[67] Le droit d’auteur n’existe pas uniquement au profit des auteurs : *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 CSC 32, [2021] 2 R.C.S. 734, par. 90-91. Il a pour objectif général de trouver un équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs. Il le fait en assurant une juste rétribution aux auteurs tout en favorisant « l’accès du public aux œuvres artistiques et intellectuelles et [en] facilit[ant] leur diffusion, ce qui constitue une richesse pour la société et procure souvent aux utilisateurs les outils et l’inspiration nécessaires pour créer leurs propres œuvres » : *Access Copyright*, par. 92; voir aussi *Théberge*, par. 30-31.

[68] La *Loi sur le droit d’auteur* emploie plusieurs outils pour parvenir à cet équilibre. L’exception au titre de l’utilisation équitable d’une œuvre, par exemple, favorise l’atteinte de cet équilibre en permettant aux utilisateurs de faire « [c]ertaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d’auteur » :

protects this balance by extending copyright protection to only original artistic expressions, not original ideas. This ensures that the public can freely use new ideas to inspire their own original works: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at para. 8; A. Drassinower, “Copyright Is Not About Copying” (2012), 125 *Harv. L. Rev. F.* 108, at p. 111.

[69] Like fair dealing and the idea/expression dichotomy, the principle of technological neutrality is a tool for balancing users’ and authors’ rights. It ensures that authors retain the same rights over their works regardless of the technological means used to distribute those works. If the *Copyright Act* entitles authors to receive a certain royalty when their work is reproduced or performed offline, technological neutrality preserves an author’s right to receive that same royalty when their work is reproduced or performed online. As a corollary, it also protects users by preventing authors from extracting more royalties merely because their work is reproduced or performed online. As Professor Carys J. Craig explains in “Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law”, in M. Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271,

[t]his principled recognition of copyright as requiring a sensitive public policy balance, rather than simply the protection of a private property right, has had a marked impact on the landscape of Canadian copyright law. If copyright in general requires this balance, then it must surely follow that copyright in the digital era requires the *preservation* of this balance, which must mean that the law should have the same effect (produce a similar balance of rights and interests) whether applied offline or online. [Emphasis in original; p. 292.]

Bell, par. 11; voir aussi *Access Copyright*, par. 90. De même, la dichotomie idée/expression protège cet équilibre en étendant la protection conférée par le droit d’auteur uniquement aux expressions artistiques originales, et non aux idées originales. Ainsi, le public peut librement utiliser de nouvelles idées comme source d’inspiration pour créer ses propres œuvres originales : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 8; A. Drassinower, « Copyright Is Not About Copying » (2012), 125 *Harv. L. Rev. F.* 108, p. 111.

[69] Tout comme l’exception au titre de l’utilisation équitable et la dichotomie idée/expression, le principe de la neutralité technologique sert à mettre en équilibre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs. Il fait en sorte que les auteurs obtiennent les mêmes droits sur leurs œuvres peu importe le moyen technologique utilisé pour les distribuer. Si la *Loi sur le droit d’auteur* accorde aux auteurs le droit de recevoir certaines redevances lorsque leurs œuvres sont reproduites ou exécutées hors ligne, le principe de la neutralité technologique a pour effet de préserver le droit des auteurs à recevoir les mêmes redevances lorsque leurs œuvres sont reproduites ou exécutées en ligne. Corollairement, il protège aussi les utilisateurs en empêchant les auteurs d’obtenir plus de redevances simplement parce que leurs œuvres sont reproduites ou exécutées en ligne. Comme l’explique la professeure Carys J. Craig dans « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », dans M. Geist, dir., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271 :

[TRADUCTION] Cette reconnaissance raisonnée du fait que le droit d’auteur nécessite une mise en équilibre délicate de l’intérêt général, et non simplement la protection d’un droit de propriété privé, a eu des répercussions importantes sur le paysage canadien en matière de droit d’auteur. Si le droit d’auteur exige de façon générale une telle mise en équilibre, il s’ensuit sûrement qu’à l’ère du numérique le droit d’auteur exige la *préservation* de cet équilibre, ce qui signifie que la loi devrait avoir le même effet (produire un équilibre similaire des droits et intérêts), qu’elle soit appliquée à des œuvres hors ligne ou en ligne. [En italique dans l’original; p. 292.]

[70] With this context in mind, I am not persuaded that, in adopting s. 2.4(1.1), Parliament intended to derogate from the principle of technological neutrality. The principle of technological neutrality is designed to operate precisely in situations like the present case, where a novel technology emerges that has no clear traditional equivalent. In those circumstances, courts must look at what that new technology does to the substance of the work by examining which, if any, of the copyright interests in s. 3(1) are engaged by this new method of distributing a work. If that new technology gives users durable copies of a work, the author's reproduction right is engaged. If the new technology gives users impermanent access to the work, the author's performance right is engaged. What matters is *what* the user receives, not *how* the user receives it.

[71] With that said, copyright is a creature of statute. Parliament can therefore always choose to derogate from the principle of technological neutrality: *Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2019 SCC 43, [2019] 3 S.C.R. 418, at para. 40. But derogating from this principle means significantly altering the balance between users' and authors' rights that has been foundational to the *Copyright Act* for decades: *Keatley*, at paras. 43-44. In this case, it would tilt the balance significantly in favour of authors. Users would face increased costs and be penalized for using certain new and improved technologies.

[72] Thus, courts should not conclude that Parliament intended to derogate from the principle of technological neutrality unless there is strong evidence that this was Parliament's intent: see, for example, *CBC*, at paras. 50-51. That is not the case here. As discussed, the text of s. 2.4(1.1) and its placement in the *Copyright Act* does not support the view that Parliament wanted to make downloads and streams subject to two royalties. Further, as I will discuss next, giving effect to the *WIPO Copyright Treaty* does not demand this interpretation.

[70] Gardant à l'esprit ce contexte, je ne suis pas convaincu que le Parlement cherchait, par l'adoption du par. 2.4(1.1), à déroger au principe de la neutralité technologique. Ce principe est conçu pour s'appliquer précisément dans des situations comme celle qui nous occupe, où apparaît une nouvelle technologie n'ayant aucun équivalent traditionnel. Dans ces circonstances, les tribunaux doivent se pencher sur ce que fait la nouvelle technologie au contenu de l'œuvre en examinant lequel, s'il en est, des droits énoncés au par. 3(1) est mis en jeu par ce nouveau mode de distribution d'une œuvre. Si cette nouvelle technologie donne aux utilisateurs des copies durables d'une œuvre, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si la nouvelle technologie donne aux utilisateurs un accès temporaire à l'œuvre, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Ce qui compte, c'est *ce que* reçoit l'utilisateur, et non *la manière* dont il le reçoit.

[71] Cela dit, le droit d'auteur tire son origine de la loi. Le Parlement peut donc en tout temps choisir de déroger au principe de la neutralité technologique : *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, [2019] 3 R.C.S. 418, par. 40. Mais déroger à ce principe signifie modifier considérablement l'équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs, équilibre sur lequel repose depuis des décennies la *Loi sur le droit d'auteur* : *Keatley*, par. 43-44. Dans la présente affaire, une telle dérogation ferait pencher la balance de façon importante en faveur des auteurs. Les utilisateurs paieraient davantage et seraient pénalisés pour l'utilisation de certaines technologies nouvelles et meilleures.

[72] Par conséquent, les tribunaux ne devraient pas conclure que le Parlement souhaitait déroger au principe de la neutralité technologique à moins qu'une preuve solide ne le démontre : voir, p. ex., *SRC*, par. 50-51. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Comme je l'ai exposé précédemment, le texte du par. 2.4(1.1) et l'endroit où se trouve cette disposition dans la *Loi sur le droit d'auteur* n'étaient pas le point de vue selon lequel le Parlement voulait que les téléchargements et les diffusions en continu fassent l'objet de deux redevances. De plus, comme je l'expliquerai ci-après, cette interprétation n'est pas nécessaire pour donner effet au *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*.

[73] Since there is no persuasive basis for concluding that Parliament intended to derogate from the principle of technological neutrality, s. 2.4(1.1) should be interpreted in a way that is technologically neutral: reproducing or performing a work online or offline should engage the same copyright interests and require the same royalties.

(3) Section 2.4(1.1)'s Statutory Context: Article 8

[74] The Board did not err when it concluded that art. 8 requires that member countries give authors the right to control the act of making works available, in addition to any download or stream that might later occur. Authors should have recourse against individuals who upload their works online in a way that makes them available for downloading or streaming, even if the work is never actually downloaded or streamed.

[75] But I part company with the Board in its conclusion that this obligation requires imposing additional royalties on downloaded or streamed content. The *WIPO Copyright Treaty* does not demand that member countries create a new compensable “making available right” to satisfy art. 8. Member countries simply need to ensure that authors can control the physical act of making their works available. This control can be provided through any combination of rights. Accordingly, while I agree that the act of “making a work available” is a separate physical activity from a download or stream, I disagree with the view that the act of “making a work available” gives rise to distinct communications to the public (i.e., distinct performances). The making available of a stream and a stream are both protected as a single communication to the public, while the making available of a download is protected as an authorization to reproduce, and the download is protected as a reproduction.

[73] Comme il n’y a aucune raison persuasive de conclure que le Parlement voulait déroger au principe de la neutralité technologique, il convient d’interpréter le par. 2.4(1.1) de manière à ce que son application respecte le principe de neutralité technologique : la reproduction ou l’exécution d’une œuvre en ligne ou hors ligne devrait faire intervenir les mêmes droits d’auteur et donner lieu aux mêmes redevances.

(3) Le contexte légal du par. 2.4(1.1) : article 8

[74] La Commission n’a pas commis d’erreur en concluant que l’art. 8 exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit de contrôler l’acte de mettre les œuvres à la disposition du public, mais aussi tout téléchargement ou toute diffusion en continu qui pourrait avoir lieu subséquemment. Les auteurs devraient avoir des recours contre les personnes qui téléversent leurs œuvres en ligne de façon à rendre possible leur téléchargement ou leur diffusion en continu, même si un téléchargement ou une diffusion en continu de l’œuvre ne se matérialise jamais.

[75] Je ne souscris toutefois pas à la conclusion de la Commission suivant laquelle cette obligation exige l’imposition de redevances additionnelles sur le contenu téléchargé ou diffusé en continu. Le *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur* n’exige pas que les États membres créent un nouveau « droit de mise à la disposition » justifiant rémunération pour respecter l’art. 8. Les États membres doivent tout simplement veiller à ce que les auteurs puissent contrôler l’acte physique de mettre leurs œuvres à la disposition du public. Ce contrôle peut être offert en combinant d’une façon ou d’une autre différents droits. Par conséquent, même si je conviens que l’acte de « mettre une œuvre à la disposition du public » soit une activité physique distincte d’un téléchargement ou d’une diffusion en continu, je suis en désaccord avec l’opinion voulant que cet acte donne lieu à des communications distinctes au public (c.-à-d. des exécutions distinctes). La mise à la disposition d’une diffusion en continu et une diffusion en continu sont toutes les deux protégées en tant que communication unique au public, alors que la mise à la disposition d’un téléchargement est protégée comme autorisation de reproduire, et le téléchargement est protégé à titre de reproduction.

[76] I expand on these points below, beginning with an examination of the goals of art. 8.

(a) *Article 8's Goals*

[77] Article 8 has two goals: (1) clarify that on-demand transmissions are captured by the right to communicate works to the public; and (2) ensure that authors can control the act of making their works available online. To understand these goals, it is necessary to understand the problem that art. 8 was designed to address.

[78] There is no “international copyright” law. However, many states have signed international treaties that require that they provide authors with certain protections in domestic copyright legislation. The 1886 *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 828 U.N.T.S. 221, for example, requires that member countries give authors an exclusive right to reproduce a work or perform a work in public. Canada’s *Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24, was based on, and designed to implement, the *Berne Convention*: C. Foong, *The Making Available Right: Realizing the Potential of Copyright’s Dissemination Function in the Digital Age* (2019), at p. 54; L. Bently and B. Sherman, *Intellectual Property Law* (4th ed. 2014), at pp. 40-41; D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 55; *ESA*, at para. 13, citing *Bishop*, at pp. 473-74.

[79] The *Berne Convention* has been updated from time-to-time to respond to new technologies: L. E. Harris, *Canadian Copyright Law* (4th ed. 2014), at p. 59. In 1928, for example, the *Berne Convention* was updated to clarify that radio communications should be treated as an extension of the existing performance right: *ESA*, at para. 16.

[80] The *Berne Convention* needed to be updated again in response to on-demand technologies. By the 1990s, it was clear the *Berne Convention* protected authors when their works were distributed through traditional “push” technologies like radio and cable broadcasts. But it was not clear whether it also protected authors when their works were distributed

[76] J’examinerai ci-après plus en détail ces points, en commençant par les objectifs de l’art. 8.

a) *Les objectifs de l’art. 8*

[77] L’article 8 a deux objectifs : (1) clarifier que les diffusions sur demande sont visées par le droit de communiquer les œuvres au public; et (2) faire en sorte que les auteurs puissent contrôler la mise à la disposition de leurs œuvres au public en ligne. Pour comprendre ces objectifs, il faut comprendre le problème que l’art. 8 visait à régler.

[78] Il n’existe pas de « droit d’auteur international ». De nombreux États ont cependant signé des traités internationaux qui exigent qu’ils accordent aux auteurs certaines protections par leur législation interne. Par exemple, la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 828 R.T.N.U. 221, de 1886, exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit exclusif de reproduire, ou de représenter ou d’exécuter, une œuvre en public. La *Loi de 1921 concernant le droit d’auteur*, S.C. 1921, c. 24, du Canada était fondée sur la *Convention de Berne*, et visait à mettre en œuvre celle-ci : C. Foong, *The Making Available Right : Realizing the Potential of Copyright’s Dissemination Function in the Digital Age* (2019), p. 54; L. Bently et B. Sherman, *Intellectual Property Law* (4^e éd. 2014), p. 40-41; D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 55; *ESA*, par. 13, citant *Bishop*, p. 473-474.

[79] La *Convention de Berne* a été mise à jour à quelques reprises pour tenir compte des nouvelles technologies : L. E. Harris, *Canadian Copyright Law* (4^e éd. 2014), p. 59. Par exemple, elle a été mise à jour en 1928 pour préciser que la transmission radiophonique devait être considérée comme un élargissement du droit d’exécution : *ESA*, par. 16.

[80] La *Convention de Berne* a dû à nouveau être mise à jour pour tenir compte des technologies de communication sur demande. Dans les années 1990, il ne faisait aucun doute que la *Convention de Berne* protégeait les auteurs dont les œuvres étaient mises en circulation au moyen de technologies traditionnelles de transmission personnalisée comme la radio

through newer “pull” technologies like on-demand transmissions. While it was possible to read the *Berne Convention* as applying to on-demand technologies, uncertainty existed: S. Ricketson and J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (2nd ed. 2005 (reprinted 2010)), vol. I, at p. 742; Foong, at pp. 56-57; M. F. Makeen, “Video streaming and the communication to the public right in the United States and European Union”, in T. Aplin, ed., *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies* (2020), 246, at p. 253; Rogers, at para. 43.

[81] Article 8 resolved this ambiguity: Foong, at p. 60. It clarified that the right of “communication to the public” (an existing *Berne Convention* right) applied to on-demand transmissions:

The WCT’s principal innovation is its specification that the right of communication to the public includes a right of “making available. . .”. This right targets on-demand transmissions (whether by wire or wireless means), for it makes clear that the members of the public may be separated both in space and in time. . . . [I]t was possible to interpret the *Berne Convention* to cover at least wired on-demand transmissions of certain kinds of works, but it was not clear that the *Berne Convention* required member states to extend the communication to the public right to these transmissions. The WCT therefore supplies the missing mandate. . . . [Emphasis in original.]

(Ricketson and Ginsburg, at p. 746; see also explanatory notes on art. 8 (then art. 10) in Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, *Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference*, Doc. CRNR/DC/4, August 30, 1996, at notes 10.11 and 10.13.)

[82] Article 8’s first goal was therefore to clarify that the right to communicate works to the public (a

ou le câble. Il n’est cependant pas évident qu’elle protégeait également les auteurs dont les œuvres étaient mises en circulation au moyen de technologies d’extraction personnalisée plus récentes comme les diffusions sur demande. Il était possible d’interpréter la *Convention de Berne* comme s’appliquant aux technologies de communication sur demande, mais l’incertitude demeurait : S. Ricketson et J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond* (2^e éd. 2005 (réimprimé 2010)), vol. I, p. 742; Foong, p. 56-57; M. F. Makeen, « Video streaming and the communication to the public right in the United States and European Union », dans T. Aplin, dir., *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies* (2020), 246, p. 253; Rogers, par. 43.

[81] L’article 8 a dissipé cette ambiguïté : Foong, p. 60. Il a clarifié que le droit de « communication au public » (prévu par la *Convention de Berne*) s’appliquait aux transmissions sur demande :

[TRADUCTION] La principale innovation du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur est qu’il précise que le droit de communication au public comprend un droit « mise à la disposition [. . .] ». Ce droit vise la transmission « sur demande » (par fil ou sans fil), car il indique clairement que les membres du public peuvent être séparés tant dans l’espace que dans le temps [. . .] [I]l était possible d’interpréter la *Convention de Berne* de telle sorte qu’elle couvre au moins les transmissions filaires sur demande, mais il n’était pas évident que la *Convention obligeait* les États membres à étendre la communication au droit du public à ces transmissions. Le Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur supplée donc l’obligation manquante [. . .] [En italique dans l’original.]

(Ricketson et Ginsburg, p. 746; voir aussi les notes explicatives se rapportant à l’art. 8 (qui était alors l’art. 10), dans Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d’auteur et de droits voisins, *Proposition de base concernant les dispositions de fond du Traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques soumise à l’examen de la Conférence diplomatique*, Doc. CRNR/DC/4, 30 août 1996, notes 10.11 et 10.13.)

[82] L’article 8 avait par conséquent comme objectif premier de clarifier que le droit de communiquer

performative activity) applied to on-demand technology. This was “neither a reaffirmation nor a novelty, for it resolves an ambiguity as to whether the old communication to the public rights accommodated or excluded ‘pull technologies’”: J. C. Ginsburg, “The (New?) Right of Making Available to the Public”, in Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Working Paper No. 04-78 (2004), at p. 12; see also J. Reinbothe and S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996: The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty — Commentary and Legal Analysis* (2002), at pp. 102 and 109; Makeen, at pp. 253-54; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at § 21:59.

[83] Article 8’s second goal was to ensure that authors could control when their works were made available online. The appellants, respondents, and their experts generally agree that art. 8 requires that member countries give authors the right to control the act of *offering* their works for downloading or streaming. The academic literature overwhelmingly supports this view: Reinbothe and von Lewinski, at p. 108; Bently and Sherman, at p. 45; United States Copyright Office, *The Making Available Right in the United States: A Report of the Register of Copyrights* (February 2016), at pp. 13-14; B. B. Sookman, *Sookman: Computer, Internet and Electronic Commerce Law* (loose-leaf), at § 3:90. As Cheryl Foong explains,

[c]ertain characteristics of the making available right can be outlined. As the provision of mere accessibility is sufficient to infringe the right, it is not necessary to prove that an actual transmission has occurred. In this way, article 8 of the WCT lowered the communication right’s threshold of protection and enlarged its scope. [p. 79]

[84] Similarly, as Ricketson and Ginsburg wrote, “[i]t is not necessary that the offer be accepted:

des œuvres au public (activité liée à l’exécution ou à la représentation) s’appliquait à la technologie de communication sur demande. Cela ne constituait [TRADUCTION] « ni la réaffirmation d’un principe ni une nouveauté, car cela ne fait que lever une ambiguïté quant à savoir si l’ancien droit de communication au public s’appliquait ou non aux “technologies d’extraction personnalisée” » : J. C. Ginsburg, « The (New?) Right of Making Available to the Public », dans Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Working Paper No. 04-78 (2004), p. 12; voir aussi J. Reinbothe et S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996 : The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty — Commentary and Legal Analysis* (2002), p. 102 et 109; Makeen, p. 253-254; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), § 21:59.

[83] Le deuxième objectif de l’art. 8 était de faire en sorte que les auteurs puissent contrôler le moment où leurs œuvres sont mises à la disposition du public en ligne. Les appelantes, les intimées et leurs experts s’accordent de façon générale pour dire que l’art. 8 exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit de contrôler l’acte d’*offrir* le téléchargement de leurs œuvres ou leur diffusion en continu. La très grande majorité des auteurs de doctrine appuient ce point de vue : Reinbothe et von Lewinski, p. 108; Bently et Sherman, p. 45; United States Copyright Office, *The Making Available Right in the United States : A Report of the Register of Copyrights* (février 2016), p. 13-14; B. B. Sookman, *Sookman : Computer, Internet and Electronic Commerce Law* (feuilles mobiles)), § 3:90. Comme l’explique Cheryl Foong,

[TRADUCTION] [c]ertaines caractéristiques du droit de mise à la disposition peuvent être soulignées. Comme le simple fait de rendre accessible est suffisant pour porter atteinte au droit, il n’est pas nécessaire de prouver qu’il y a effectivement eu transmission. Ainsi, l’article 8 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur a abaissé le seuil d’application de la protection du droit de communication et a élargi son étendue. [p. 79]

[84] Dans le même ordre d’idées, Ricketson et Ginsburg ont écrit qu’il [TRADUCTION] « n’est pas

‘making available’ embraces incipient as well as effected communications” (p. 747).

[85] This persuasively establishes that art. 8 requires that member countries give authors the right to control when and how their work is made available for downloading or streaming. This conclusion is in full accordance with the wording of art. 8, which entitles authors to control the act of making a work available in a way that the public “may access” it. Actual transmission is not required. It is also supported by the explanatory notes accompanying art. 8 (then art. 10), which explain that the relevant act protected by art. 8 is the “initial act” of providing “access” to the work:

10.10 The second part of Article 10 explicitly states that communication to the public includes the making available to the public of works, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them. The relevant act is the making available of the work by providing access to it. What counts is the initial act of making the work available, not the mere provision of server space, communication connections, or facilities for the carriage and routing of signals. It is irrelevant whether copies are available for the user or whether the work is simply made perceptible to, and thus usable by, the user. [Emphasis added.]

[86] This conclusion is also consistent with the *WIPO Copyright Treaty*’s purpose: to fill potential gaps in the *Berne Convention* created by the emergence of new Internet technologies. There would be significant gaps in protection if copyright owners had no recourse against individuals who illicitly make works available online for downloading or streaming.

[87] But this conclusion does not require reading s. 2.4(1.1) as creating a new compensable “making available right”. Under the *WIPO Copyright Treaty*’s “umbrella solution”, member countries can protect

nécessaire que l’offre soit acceptée : la “mise à la disposition” englobe les communications embryonnaires ainsi que celles qui sont effectuées » (p. 747).

[85] Cela établit de façon convaincante que l’art. 8 exige des États membres qu’ils accordent aux auteurs le droit de contrôler le moment et la façon dont leurs œuvres sont mises à la disposition pour téléchargement ou diffusion en continu. Cette conclusion est en totale conformité avec le libellé de l’art. 8, qui confère aux auteurs le droit de contrôler l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public d’une façon qui lui permette d’y « avoir accès ». Le fait que l’œuvre soit effectivement transmise n’est pas nécessaire. Cette interprétation trouve aussi appui dans les notes explicatives qui accompagnent l’art. 8 (qui était alors l’art. 10), suivant lesquelles l’acte important protégé par l’art. 8 est l’« acte initial » de donner « accès » à l’œuvre :

10.10 Dans la seconde partie de l’article 10, il est clairement indiqué que la communication au public comprend la mise à la disposition du public des œuvres, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit. L’acte important est la mise à la disposition de l’œuvre en permettant d’y avoir accès. Ce qui compte, c’est l’acte initial de mise à la disposition de l’œuvre et non la simple fourniture d’un espace serveur, de liaisons de communication ou d’équipements permettant le transport et l’acheminement de signaux. Il est sans intérêt, en l’occurrence, de se demander si les exemplaires sont mis à la disposition de l’utilisateur ou si l’œuvre est simplement rendue perceptible pour l’utilisateur et donc utilisable par celui-ci. [Je souligne.]

[86] Cette conclusion est aussi compatible avec l’objet du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur* : combler les possibles lacunes de la *Convention de Berne* créées par l’apparition de nouvelles technologies Internet. Il y aurait des lacunes importantes sur le plan de la protection si les titulaires de droits d’auteur n’avaient pas de recours contre les personnes qui mettent illégalement en ligne leurs œuvres à des fins de téléchargement ou de diffusion en continu.

[87] Mais cette conclusion n’oblige pas à interpréter le par. 2.4(1.1) comme créant un nouveau « droit de mise à la disposition » justifiant rémunération. Aux termes de la « solution cadre » du *Traité de l’OMPI*

the act of making a work available through various means. This is the issue to which I turn next.

(b) *The Umbrella Solution*

[88] To recap, art. 8 obliges member countries to do two things: (1) protect on-demand transmissions and (2) give authors the right to control when and how their work is made available for downloading or streaming. It does not, however, tell member countries how to give effect to these obligations. To accommodate different legal traditions and different drafting techniques among member countries, the *WIPO Copyright Treaty* adopted an “umbrella solution”: each state could decide how to fulfill its art. 8 obligations. Member countries could provide for art. 8 protections through “an explicit making available right or provide effective coverage of the right through a combination of pre-existing rights”: Foong, at pp. 62-63; see also Makeen, at p. 254; R. Keller, “Moving Toward a Balanced ‘Making Available Right’ in Canada” (2014), 27 *I.P.J.* 213, at pp. 221-22. As the explanatory text accompanying art. 8 (then art. 10) emphasizes:

10.21 It is strongly emphasized that Article 10 does not attempt to define the nature or extent of liability on a national level. This proposed international agreement determines only the scope of the exclusive rights that shall be granted to authors in respect of their works. Who is liable for the violation of these rights and what the extent of liability shall be for such violations is a matter for national legislation and case law according to the legal traditions of each Contracting Party.

[89] In accordance with the umbrella solution, member countries have protected the act of making works available through a variety of means. Some have adopted wording similar to that in art. 8. Others have made no statutory changes, relying instead on existing rights to give effect to the obligations under art. 8. The United States, for example, has relied on its existing reproduction, performance, and distribution

sur le droit d’auteur, les États membres peuvent protéger l’acte de mise à la disposition d’une œuvre de diverses façons. C’est ce dont je traiterai maintenant.

b) *La solution cadre*

[88] Pour récapituler, l’art. 8 oblige les États membres à faire deux choses : (1) protéger les transmissions sur demande et (2) conférer aux auteurs le droit de contrôler comment et quand leur œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu. La disposition ne précise toutefois pas la façon dont les États membres doivent donner effet à ces obligations. Compte tenu des différentes traditions juridiques et techniques de rédaction des États membres, le *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur* a adopté une « solution cadre » : chaque État doit décider de la manière dont il s’acquittera des obligations que lui impose l’art. 8. Les États membres peuvent fournir les protections commandées par l’art. 8 en prévoyant [TRADUCTION] « un droit explicite de mise à la disposition ou en assurant efficacement le respect de ce droit par le truchement d’une combinaison de droits préexistants » : Foong, p. 62-63; voir aussi Makeen, p. 254; R. Keller, « Moving Toward a Balanced “Making Available Right” in Canada » (2014), 27 *I.P.J.* 213, p. 221-222. Comme le souligne le texte explicatif qui accompagne l’art. 8 (qui était à l’époque l’art. 10) :

10.21 Il faut tout particulièrement insister sur le fait que l’article 10 ne vise pas à définir la nature ou l’étendue de la responsabilité au niveau national. Ce projet d’arrangement international ne fixe que l’étendue des droits exclusifs qui seront accordés aux auteurs sur leurs œuvres. C’est à la législation et à la jurisprudence nationales, compte tenu de la tradition juridique de chaque Partie contractante, qu’il incombera de déterminer qui est responsable de la violation de ces droits ainsi que l’étendue de la responsabilité.

[89] Conformément à la solution cadre, les États membres ont protégé l’acte de mise à la disposition des œuvres en recourant à divers moyens. Certains ont adopté un libellé semblable à celui de l’art. 8. D’autres n’ont fait aucun changement législatif, se contentant plutôt de s’appuyer sur des droits existants pour donner effet aux obligations que leur impose l’art. 8. Les États-Unis, par exemple, s’en sont remis aux droits

rights to give effect to its art. 8 obligations: United States Copyright Office, at pp. 74-77; Foong, at p. 84; Makeen, at pp. 256-57.

[90] In sum, the umbrella solution gave “relative freedom [to] national legislators in choosing the right of distribution, the right of communication to the public, the combination of these rights, or a new right, to fulfil obligations under Article 8”: M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation* (2002), at p. 501. Accordingly, provided that the *Copyright Act* gives effect to art. 8’s goals through any combination of rights, Canada will be in compliance with its obligations under art. 8.

(4) What Is the Correct Interpretation of Section 2.4(1.1)?

[91] With the art. 8 context in mind, the reading that is most consistent with the text, structure, purpose, and context of s. 2.4(1.1) is as follows: s. 2.4(1.1) clarifies that (1) s. 3(1)(f) applies to on-demand streams, and (2) a work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming. This interpretation gives effect to Canada’s obligations under art. 8 through a combination of the performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1). In so doing, it also respects the principle of technological neutrality as it ensures that authors retain the same rights and royalties over their works regardless of whether the works are distributed online or offline.

[92] First, s. 2.4(1.1) clarifies that the communication right in s. 3(1)(f) applies to on-demand streams. When the *CMA* received royal assent, it was not clear whether s. 3(1)(f) applied to “pull” technologies like on-demand streams. In *Rogers*, for example, a group of music service providers argued that s. 3(1)(f) did not apply to newer “pull” technologies like on-demand streams. Section 2.4(1.1) ends this debate by clarifying that s. 3(1)(f) applies to on-demand technology, since on-demand technology “allows a member of the public

existants en matière de reproduction, d’exécution ou représentation et de distribution pour s’acquitter de leurs obligations au titre de l’art. 8 : United States Copyright Office, p. 74-77; Foong, p. 84; Makeen, p. 256-257.

[90] En somme, la solution cadre a conféré aux [TRANSDUCTION] « législateurs nationaux une liberté relative leur permettant de choisir le droit de distribution, le droit de communication au public, la combinaison de ces droits, ou un nouveau droit, pour s’acquitter des obligations qu’impose l’article 8 » : M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet : The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation* (2002), p. 501. En conséquence, pourvu que la *Loi sur le droit d’auteur* donne effet aux objectifs de l’art. 8 par une combinaison de droits, le Canada respecte ses obligations au titre de l’art. 8.

(4) Quelle est l’interprétation correcte du par. 2.4(1.1)?

[91] Si l’on garde à l’esprit le contexte de l’art. 8, l’interprétation qui est la plus compatible avec le texte, la structure, l’objet et le contexte du par. 2.4(1.1) est la suivante : le par. 2.4(1.1) précise (1) que l’al. 3(1)f s’applique aux diffusions en continu sur demande et (2) qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition pour diffusion en continu. Cette interprétation donne effet aux obligations du Canada au titre de l’art. 8 au moyen d’une combinaison des droits d’exécution, de reproduction et d’autorisation prévus au par. 3(1). Ce faisant, elle respecte aussi le principe de la neutralité technologique, en ce qu’elle fait en sorte que les auteurs conservent les mêmes droits et redevances sur leurs œuvres, que leurs œuvres soient distribuées en ligne ou hors ligne.

[92] Premièrement, le par. 2.4(1.1) précise que le droit de communication visé à l’al. 3(1)f s’applique aux diffusions en continu sur demande. Quand la *LMDA* a reçu la sanction royale, il n’était pas évident que l’al. 3(1)f s’appliquait aux technologies d’extraction personnalisée comme les transmissions en continu sur demande. Par exemple, dans *Rogers*, un groupe de fournisseurs de service de musique a fait valoir que l’al. 3(1)f ne s’appliquait pas aux technologies plus récentes d’extraction personnalisée

to have access to [a work] from a place and at a time individually chosen by that member of the public”.

[93] The significance of s. 2.4(1.1) was blunted by *Rogers*, which interpreted s. 3(1)(f) as applying to on-demand streaming before s. 2.4(1.1) came into force. However, the *CMA* received royal assent before *Rogers* was released. Just as art. 8 did for the *Berne Convention*, s. 2.4(1.1) was intended to resolve an ambiguity and clarify that s. 3(1)(f) applies to on-demand streams. Had *Rogers* not been decided at the time or had it been decided differently, s. 2.4(1.1) would have significantly clarified the law: see J. de Beer, “Copyright Royalty Stacking”, in M. Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 335, at p. 363.

[94] I also note that s. 2.4(1.1) provides slightly broader protection to authors than *Rogers* provides. Section 2.4(1.1)’s language makes clear that a single on-demand stream to a member of the public is a “communication to the public” under s. 3(1)(f). By contrast, the *ratio* in *Rogers* held that on-demand streams could be communications to the public if there was a “series of point-to-point communications of the same work to an aggregation of individuals”: para. 52 (emphasis added). Under s. 2.4(1.1) there is no need to prove a “series” of point-to-point communications. A single point-to-point on-demand communication to a member of the public will engage s. 3(1)(f).

[95] Second, s. 2.4(1.1) clarifies that a work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming. This interpretation is supported by the text of s. 2.4(1.1), its context, and the broader purpose of the *Copyright Act*.

comme les transmissions en continu sur demande. Le paragraphe 2.4(1.1) clôt ce débat en précisant que l’al. 3(1)f) s’applique à la technologie de communication sur demande, étant donné que cette technologie permet que « chacun puisse [. . .] avoir accès [à une œuvre] de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement ».

[93] L’importance du par. 2.4(1.1) a été atténuée par l’arrêt *Rogers*, dans lequel la Cour a, avant l’entrée en vigueur de ce paragraphe, interprété l’al. 3(1)f) comme s’appliquant aux transmissions en continu sur demande. La *LMDA* a cependant reçu la sanction royale avant le prononcé de l’arrêt *Rogers*. Tout comme l’art. 8 à l’égard de la *Convention de Berne*, le par. 2.4(1.1) visait à dissiper une ambiguïté et à préciser que l’al. 3(1)f) s’applique aux diffusions en continu sur demande. Si l’arrêt *Rogers* n’avait pas été rendu à ce moment-là ou si le jugement avait été différent, le par. 2.4(1.1) aurait grandement clarifié le droit : voir J. de Beer, « Copyright Royalty Stacking », dans M. Geist, dir., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 335, p. 363.

[94] Je remarque aussi que le par. 2.4(1.1) offre une protection légèrement plus étendue aux auteurs que celle offerte par l’arrêt *Rogers*. Il ressort du libellé du par. 2.4(1.1) qu’une unique diffusion en continu sur demande à un membre du public constitue une « communication au public » visée par l’al. 3(1)f). À l’inverse, selon la *ratio* dans l’arrêt *Rogers*, les transmissions en continu sur demande pouvaient être des communications au public s’il existait une « série de communications point à point de la même œuvre à un groupe de personnes » : par. 52 (je souligne). Aux termes du par. 2.4(1.1), il n’est pas nécessaire de prouver l’existence d’une « série » de communications point à point. Une unique communication point à point sur demande à un membre du public suffit à faire intervenir l’al. 3(1)f).

[95] Deuxièmement, le par. 2.4(1.1) précise qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition pour diffusion sur demande. Cette interprétation est étayée par le texte de la disposition, son contexte et l’objet général de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[96] Textually, s. 2.4(1.1) says that a work is communicated when the work is made available in a way that “allows” a member of the public to access a work from a place and time of their choosing. It does not say that the work needs to be accessed for it to be communicated.

[97] Contextually, art. 8 supports this reading of s. 2.4(1.1). As discussed, art. 8 requires that member countries give authors the right to control the act of making works available, in addition to any resulting download or stream. One way to do so is to clarify that a work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming.

[98] Finally, this interpretation is consistent with the purpose of the *Copyright Act* as it promotes technological neutrality. Historically, a work was performed as soon as the public was given the *opportunity* to experience the work for a limited period of time. For example, when a work is transmitted over cable television, the work is performed, regardless of how many customers tune in to the channel. “[T]here need not be an audience listening to the performance, as long as the performance is meant for an audience”: Harris, at p. 141. As Ricketson and Ginsburg explain,

[i]f only one person initiates the on-demand transmission at a time (or ever) is there a “communication to the public” within the meaning of the Berne Convention? The number of recipients should not in fact matter; what should count is the availability of the communication to “the public”. For example, there is a “communication to the public by wire” of a cinematographic work (article 14bis(1)) if a film is transmitted on cable television, even if no viewer in fact selects that channel to watch. What makes the communication “to the public” is the invitation to any member of the public to turn on the television and view the programme. Even when the cable transmission is restricted, for example, to paying subscribers, it still is “to the public” because any member of the public is invited to pay the fee. [Emphasis added; pp. 742-43.]

[96] Textuellement, le par. 2.4(1.1) dispose qu’une œuvre est communiquée lorsqu’elle est mise à la disposition du public de manière que chacun « puisse » y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement. Il n’indique pas qu’on doit accéder à l’œuvre pour qu’elle soit communiquée.

[97] Contextuellement, l’art. 8 appuie cette interprétation du par. 2.4(1.1). Tel que je l’ai expliqué, l’art. 8 exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit de contrôler l’acte de mise à la disposition des œuvres, en plus des éventuels téléchargements ou diffusions en continu. Une façon de le faire est de préciser qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition pour diffusion en continu sur demande.

[98] Enfin, cette interprétation est compatible avec l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur* étant donné qu’elle promeut la neutralité technologique. Par le passé, une œuvre était « exécutée » dès que le public avait eu la *possibilité* d’en profiter pendant une période limitée. Par exemple, la transmission de l’œuvre par câblodistribution vaut « exécution », peu importe le nombre de personnes qui visionnent la chaîne. [TRADUCTION] « [I]l n’est pas nécessaire qu’il y ait un public, du moment que l’exécution est destinée à un auditoire » : Harris, p. 141. Comme l’expliquent Ricketson et Ginsburg :

[TRADUCTION] Si une seule personne lance (ou pourrait un jour lancer) à un moment donné la transmission en continu sur demande [d’une œuvre], cela équivaut-il à une « communication au public » au sens de la Convention de Berne? Le nombre de destinataires ne devrait pas importer dans les faits; ce qui devrait compter, c’est l’accessibilité de la communication « au public ». Par exemple, il y a une « transmission par fil au public » d’une œuvre cinématographique (par. 14bis(1)) si le film est transmis par la télévision par câble, même si en réalité aucun téléspectateur ne choisit le canal où a lieu cette transmission. C’est l’invitation lancée à tout membre du public à allumer le téléviseur et à regarder le film qui fait qu’il y a communication « au public ». Même lorsque la transmission par câble est restreinte, par exemple, aux abonnés payants, il y a communication « au public » parce tout membre du public est invité à payer les frais requis pour y avoir accès. [Je souligne; p. 742-743.]

[99] Section 2.4(1.1) ensures that on-demand streams receive similar treatment. Section 2.4(1.1) makes it clear that a work is performed as soon as it is made available to the public for on-demand streaming because, at that point, users are given the opportunity to temporarily experience the work. Once a work is made available for on-demand streaming, all users have to do is tune in to the stream to experience the work. This is the digital equivalent of flipping to a 24/7 television channel that is continuously playing — that is performing — a particular work.

[100] This interpretation does not require treating the act of making the work available as a separate performance from the work’s subsequent transmission as a stream. The work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming. At this point, a royalty is payable. If a user later experiences this performance by streaming the work, they are experiencing an already ongoing performance, not starting a new one. No separate royalty is payable at that point. The “act of ‘communication to the public’ in the form of ‘making available’ is completed by merely making a work available for on-demand transmission. If then the work is actually transmitted in that way, it does not mean that two acts are carried out: ‘making available’ and ‘communication to the public’. The entire act thus carried out will be regarded as communication to the public”: Ficsor, at p. 508. In other words, the making available of a stream and a stream by a user are both protected as a single performance — a single communication to the public.

(5) Does the *Copyright Act* Accord With Article 8?

[101] With this interpretation in mind, I conclude that the *Copyright Act* gives effect to Canada’s obligations under art. 8 through a combination of the

[99] Le paragraphe 2.4(1.1) fait en sorte que les diffusions en continu sur demande reçoivent un traitement semblable. Il ressort clairement de cette disposition qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu sur demande, car les utilisateurs ont dès lors la possibilité de profiter temporairement de l’œuvre. Une fois qu’une œuvre est mise à la disposition pour diffusion en continu sur demande, les utilisateurs n’ont qu’à recourir aux services de diffusion en continu pour profiter de l’œuvre. C’est donc l’équivalent numérique de la possibilité de capter une chaîne de télévision 24/7 qui diffuse continuellement une œuvre donnée.

[100] Cette interprétation n’exige pas que l’acte de mise à la disposition de l’œuvre soit considéré comme une exécution distincte de la transmission subséquente de l’œuvre par la diffusion en continu. L’œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition pour diffusion en continu. Une redevance d’exécution doit être payée à ce stade. Si l’utilisateur profite subséquentement de cette exécution en diffusant l’œuvre en continu, il bénéficie d’une exécution déjà en cours, et non d’une nouvelle exécution. Aucune redevance distincte ne doit être payée à ce stade. [TRADUCTION] « L’acte de “communication au public” sous la forme d’une “mise à la disposition” est entièrement accompli par la simple mise à la disposition d’une œuvre pour diffusion en continu sur demande. Si l’œuvre est alors effectivement transmise de cette façon, cela ne signifie pas que deux actes sont accomplis : la “mise à la disposition” et la “communication au public”. L’acte entier ainsi accompli sera considéré comme une communication au public » : Ficsor, p. 508. Autrement dit, la mise à la disposition d’une diffusion en continu et une diffusion en continu par un utilisateur sont toutes les deux protégées en tant qu’exécution unique — une communication unique au public

(5) La *Loi sur le droit d’auteur* s’accorde-t-elle avec l’art. 8?

[101] Gardant cette interprétation à l’esprit, je conclus que la *Loi sur le droit d’auteur* donne effet aux obligations du Canada au titre de l’art. 8 au moyen

performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1).

[102] If works are streamed or made available for streaming, the author’s performance right as illustrated by s. 3(1)(f) is engaged. A user cannot stream a work or make a work available for on-demand streaming without engaging the author’s performance right in s. 3(1).

[103] However, since downloads do not engage s. 3(1)(f) or the author’s performance rights, the *Copyright Act* protects downloads through a different set of rights: the reproduction and authorization rights. If a work is downloaded, the author’s reproduction right is engaged; if the work is made available for downloading, the author’s right to authorize reproductions is engaged. To understand this point, it is necessary to understand the right to authorize reproductions or performances of a work in s. 3(1).

[104] “It is an infringement of copyright for any person to do, without the consent of the copyright owner, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do”: s. 27(1). This includes the right to “authorize” a reproduction or performance: s. 3(1). To “authorize” means to sanction, approve and countenance: *CCH*, at para. 38, citing *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182, at p.193. Whether a reproduction or performance has been authorized is a question of fact and can be “inferred from acts that are less than direct and positive, including a sufficient degree of indifference”: *CCH*, at para. 38.

[105] Authorization is a distinct right granted to copyright owners. A user who unlawfully authorizes a reproduction or a performance of a work may be held liable for infringement of that right, regardless

d’une combinaison des droits en matière d’exécution et représentation, de reproduction et d’autorisation prévus au par. 3(1).

[102] Si les œuvres sont diffusées en continu ou mises à la disposition pour diffusion en continu, le droit d’exécution de l’auteur visé à l’al. 3(1)f) entre en jeu. Un utilisateur ne peut diffuser une œuvre en continu ou la mettre à la disposition pour diffusion sur demande sans faire intervenir le droit d’exécution de l’auteur prévu au par. 3(1).

[103] Toutefois, étant donné que les téléchargements ne font intervenir ni l’al. 3(1)f) ni les droits d’exécution de l’auteur, la *Loi sur le droit d’auteur* protège les téléchargements au moyen d’un ensemble différent de droits : les droits de reproduction et d’autorisation. Si une œuvre est téléchargée, le droit de reproduction de l’auteur est mis en jeu; si l’œuvre est mise à la disposition pour téléchargement, le droit de l’auteur d’autoriser les reproductions est mis en jeu. Pour bien saisir ce point, il faut comprendre le droit d’autoriser des reproductions ou représentations d’une œuvre visé au par. 3(1).

[104] « Constitue une violation du droit d’auteur l’accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d’un acte qu’en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d’accomplir » : par. 27(1). Est notamment visé le droit d’« autoriser » une reproduction ou une exécution ou représentation : par. 3(1). « Autoriser » signifie « sanctionner, approuver ou soutenir » : *CCH*, par. 38, citant *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182, p. 193. La question de savoir si une reproduction ou encore une exécution ou représentation a été autorisée est une question de fait, et la réponse peut « s’inférer d’agissements qui ne sont pas des actes directs et positifs, et notamment d’un degré suffisamment élevé d’indifférence » : *CCH*, par. 38.

[105] L’autorisation est un droit distinct conféré aux titulaires de droits d’auteur. Un utilisateur qui autorise illégalement une reproduction ou une exécution d’une œuvre peut être tenu responsable de la violation de

of whether the work is ultimately reproduced or performed: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, at paras. 112-13; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at para. 120; B. Sookman, S. Mason and C. Craig, *Copyright: Cases and Commentary on the Canadian and International Law* (2nd ed. 2013), at p. 1001.

[106] If an individual makes a work available for downloading, that person implicitly authorizes the work's reproduction: *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 F.C. 673 (C.A.), at p. 697, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209. As the Copyright Board recognized in *SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417,

“[a]uthorization” constitutes a separate protected use under the *Act*. To authorize is to sanction, approve and countenance. The person who makes a musical work available on an Internet-accessible site authorizes its communication. The work is posted for the sole purpose of being communicated and with full knowledge and intention that such a communication would occur. The person who makes the work available does more than merely provide the means to communicate the work; he/she either controls or purports to control the right to communicate it.

...

Moreover, it is the act of posting that constitutes authorization. By doing so, a person invites anyone with Internet access to have the work communicated to them. [Footnotes omitted; pp. 455-57.]

(See also *Warman v. Fournier*, 2012 FC 803, 104 C.P.R. (4th) 21, at para. 13.)

[107] While the above passage refers to communications, the Board's comments are similarly applicable to reproductions. If a person makes a work available for downloading without authorization, that person infringes the copyright owner's right to authorize

ce droit, que l'œuvre ait en fin de compte été ou non reproduite ou exécutée : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, par. 112-113; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 120; B. Sookman, S. Mason et C. Craig, *Copyright : Cases and Commentary on the Canadian and International Law* (2^e éd. 2013), p. 1001.

[106] Si une personne met une œuvre à la disposition pour téléchargement, cette personne autorise implicitement la reproduction de l'œuvre : *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), p. 697, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209. Tel que l'a reconnu la Commission du droit d'auteur dans la décision *SOCAN — Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)*, 1999 CanLII 35813,

[I]’ « autorisation » constitue une utilisation protégée distincte sous le régime de la *Loi*. Autoriser, c’est sanctionner, appuyer et soutenir. La personne qui rend disponible une œuvre musicale sur un site accessible par l’Internet en autorise la communication. Elle le fait uniquement afin que celle-ci puisse être communiquée, en sachant fort bien et en espérant qu’une telle communication aura lieu. La personne qui rend l’œuvre disponible ne fait pas que fournir les moyens d’assurer la communication de l’œuvre; elle contrôle ou prétend contrôler le droit de la communiquer.

...

De plus, c’est l’acte même de rendre disponible qui constitue une autorisation. En agissant de la sorte, la personne se trouve à offrir à ceux qui ont accès à l’Internet de leur communiquer l’œuvre. [Notes en bas de page omises; p. 29-31.]

(Voir aussi *Warman c. Fournier*, 2012 CF 803, par. 13 (CanLII).)

[107] Bien que le passage reproduit ci-dessus renvoie aux communications, les commentaires de la Commission valent également pour les reproductions. Si une personne met une œuvre à la disposition pour téléchargement sans y être autorisée, cette personne

reproductions. That is so regardless of whether the works are ultimately downloaded.

[108] Together, the performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1) of the *Copyright Act* give effect to Canada's obligations under art. 8 and they do so in a technologically neutral manner. If a work is streamed or made available for on-demand streaming, the author's performance right is engaged. If a work is downloaded, the author's reproduction right is engaged. If a work is made available for downloading, the author's right to authorize reproductions is engaged. There are no gaps in protection.

[109] I would add that there is nothing novel about relying on a combination of rights to give effect to the obligations under art. 8. As noted above, the United States also relies on a combination of rights to satisfy art. 8's requirements. As the United States Copyright Office explained, when examining the United States' compliance with the *WIPO Copyright Treaty*,

[t]he Office maintains its longstanding view that the act of making a copyrighted work available in such a way that members of the public may access it at a time and place of their choosing will implicate one or more of the exclusive rights under Section 106 of the U.S. Copyright Act. In general, where a party offers members of the public access to a work in the form of a download, the offer implicates the right of distribution. Where access is offered in the form of a stream or the showing of an image, the relevant right is that of public performance or public display. In each case, the applicable statutory provision satisfies the essential elements of the treaty obligation, including specifically the requirements that the exclusive right cover (1) offers to communicate a work, not just completed transmissions, and (2) individualized communications that can be received in separate places and at different times. [p. 74]

viole le droit d'auteur du titulaire de ce droit à autoriser les reproductions, et ce, que l'œuvre soit ou non téléchargée en fin de compte.

[108] Ensemble, les droits d'exécution et représentation, de reproduction et d'autorisation conférés par le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* donnent effet aux obligations du Canada au titre de l'art. 8, et ils le font d'une manière qui respecte le principe de neutralité technologique. Si une œuvre est diffusée en continu ou mise à la disposition pour diffusion en continu sur demande, le droit d'exécution de l'auteur intervient. Si une œuvre est téléchargée, c'est le droit de reproduction de l'auteur qui intervient. Enfin, si une œuvre est mise à la disposition pour téléchargement, c'est le droit de l'auteur d'autoriser les reproductions qui entre en jeu. La protection ne souffre d'aucune lacune.

[109] J'ajouterais qu'il n'y a rien de nouveau dans le fait d'avoir recours à une combinaison de droits pour donner effet aux obligations découlant de l'art. 8. Rappelons que les États-Unis le font eux aussi. Comme l'a expliqué le *Copyright Office* (Bureau du droit d'auteur) des États-Unis, alors qu'il examinait le respect par ce pays du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*,

[TRADUCTION] [l]e Bureau maintient son opinion de longue date suivant laquelle l'acte de mettre à la disposition une œuvre protégée par le droit d'auteur de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit fera intervenir un ou plusieurs droits exclusifs prévus à l'article 106 de la loi sur le droit d'auteur des É-U. En général, lorsqu'une partie offre aux membres du public d'accéder à une œuvre au moyen d'un téléchargement, l'offre fait intervenir le droit de distribution. Lorsque l'accès est offert sous la forme d'une diffusion en continu ou la présentation d'une image, le droit en cause est le droit relatif à l'exécution publique ou à la présentation publique. Dans chaque cas, la disposition légale applicable répond aux éléments essentiels de l'obligation découlant du traité, notamment l'exigence que le droit exclusif vise (1) des offres de communication d'une œuvre, et non uniquement des transmissions effectuées, et (2) des communications individualisées qui puissent être reçues dans des lieux distincts et à des moments différents. [p. 74].

D. Summary

[110] To recap, I do not agree with the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1). The reading most consistent with the text, structure, purpose and context of s. 2.4(1.1) is as follows: s. 2.4(1.1) clarifies that (1) s. 3(1)(f) applies to on-demand streams, and (2) a work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming.

[111] This interpretation of s. 2.4(1.1) gives effect to Canada’s obligations under art. 8. There is no way to download a work, stream a work, or make a work available for on-demand streaming or downloading that does not engage one of the author’s exclusive rights in s. 3(1).

[112] This interpretation is also technologically neutral. Similar to offline distributions, downloading or streaming works will continue to engage only one copyright interest and require paying one royalty — a reproduction royalty for downloads or a performance royalty for streams. If a work is downloaded or made available for downloading, s. 3(1)(f) is not engaged. If a work is made available for streaming and later streamed, s. 3(1)(f) is only engaged once.

[113] Before concluding, I would note that the value of these rights is not in issue in this appeal. Setting the appropriate royalties to compensate authors when these rights are engaged is a matter for the Board to decide. Similarly, the considerations that a court might have regard to in assessing monetary remedies for infringement is a matter to be decided if and when such a case arises.

D. Résumé

[110] En somme, je ne souscris pas à l’interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission. L’interprétation suivante est plus compatible avec le texte, la structure, l’objet et le contexte de cette disposition : le par. 2.4(1.1) précise (1) que l’al. 3(1)f) s’applique aux diffusions en continu sur demande et (2) qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à disposition pour diffusion en continu sur demande.

[111] Cette interprétation du par. 2.4(1.1) donne effet aux obligations du Canada au titre de l’art. 8. Il est impossible de télécharger une œuvre, de diffuser en continu une œuvre ou de mettre une œuvre à la disposition pour diffusion en continu sur demande ou pour téléchargement sans mettre en jeu l’un des droits exclusifs de l’auteur prévus au par. 3(1).

[112] Cette interprétation respecte aussi le principe de neutralité technologique. À l’instar des distributions hors ligne, le téléchargement ou la diffusion en continu d’œuvres ne font intervenir qu’un seul droit et commandent le paiement d’une seule redevance — une redevance de reproduction pour les téléchargements ou une redevance d’exécution pour les diffusions en continu. Si une œuvre est téléchargée ou mise à la disposition du public pour téléchargement, l’al. 3(1)f) ne s’applique pas. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu, puis diffusée en continu ultérieurement, l’al. 3(1)f) ne s’applique qu’une fois.

[113] Avant de conclure, je tiens à signaler que la valeur de ces droits n’est pas en litige dans le présent pourvoi. C’est à la Commission qu’incombe la tâche de trancher la question de l’établissement de redevances appropriées pour rémunérer les auteurs lorsque ces droits entrent en jeu. De même, la détermination des facteurs dont pourrait tenir compte une cour pour évaluer les réparations pécuniaires découlant d’une violation sera une question à trancher en temps opportun, dans l’éventualité où une telle question serait soulevée dans une affaire.

VII. Conclusion

[114] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. Apple Inc. and Apple Canada Inc. are awarded their costs in this Court; the remaining respondents are awarded their costs in this Court and in the Federal Court of Appeal.

The reasons of Karakatsanis and Martin JJ. were delivered by

[115] KARAKATSANIS J. — In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, this Court sought to bring coherence and predictability to the law governing judicial review. The majority “set out a holistic revision of the framework” anchored in a strong presumption of reasonableness, which could only be rebutted in five situations (para. 143).

[116] This case does not fall within any of those categories. Nevertheless, my colleague concludes the standard of review is correctness. Even though the majority in *Vavilov* did not choose to recognize concurrent first instance jurisdiction between courts and administrative bodies as an exception to the presumption of reasonableness, my colleague does so, creating a sixth category of correctness review. I cannot agree.

[117] By creating a new correctness category only three years after a majority of the Court set out a comprehensive framework, my colleague’s conclusion undermines *Vavilov*’s promise of certainty and predictability. His approach shows no fidelity to the majority’s reasons in *Vavilov*, which were “the product of careful consideration undertaken following extensive submissions and based on a thorough review of the relevant jurisprudence” (para. 69). This thorough review obviously considered correctness cases of recent vintage, such as *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers*

VII. Conclusion

[114] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Apple Inc. et Apple Canada Inc. se voient adjuger leurs dépens devant notre Cour; les autres intimées se voient adjuger leurs dépens devant notre Cour et la Cour d’appel fédérale.

Version française des motifs des juges Karakatsanis et Martin rendus par

[115] LA JUGE KARAKATSANIS — Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, notre Cour a voulu apporter cohérence et prévisibilité au droit régissant le contrôle judiciaire. Les juges majoritaires ont entrepris « une révision globale du cadre d’analyse » ancrée dans une forte présomption d’application de la norme de la décision raisonnable, qui ne pouvait être réfutée que dans cinq situations (par. 143).

[116] La présente affaire ne fait partie d’aucune de ces situations. Mon collègue conclut tout de même que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Bien que les juges majoritaires dans *Vavilov* n’aient pas choisi de reconnaître la compétence concurrente en première instance entre les cours de justice et les organismes administratifs comme une exception à la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable, mon collègue le fait, créant ainsi une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte. Je ne saurais être d’accord.

[117] En créant une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte seulement trois ans après la mise en œuvre d’un cadre d’analyse exhaustif par les juges majoritaires de la Cour, mon collègue compromet la certitude et la prévisibilité promises dans *Vavilov*. Son approche n’est d’aucune manière fidèle aux motifs des juges majoritaires dans *Vavilov*, qui « découl[aient] d’un examen minutieux, entrepris après avoir reçu des observations approfondies et procédé à une étude fouillée de la jurisprudence applicable » (par. 69). Dans cette étude fouillée, les juges majoritaires ont évidemment tenu compte

of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283. Indeed, the majority cited *Rogers* at para. 48.

[118] In my view, a faithful application of the *Vavilov* framework can only result in one conclusion — the standard of review in this case is reasonableness. Even so, the Copyright Board of Canada’s decision cannot be upheld. The reasons are unreasonable in light of the statutory context and this Court’s precedents.

[119] My reasons proceed in three parts. First, I address the applicable standard of review in light of *Vavilov*. Second, I discuss the appropriate approach to a reasonableness review. Finally, I turn to the Board’s reasons in this case (2017 CanLII 152886).

I. The Standard of Review is Reasonableness

[120] In the decade following the Court’s decision in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the standard of review proved contentious. *Vavilov* promised to bring the parties’ focus back to the substantive merits of their case rather than the governing test (para. 69, quoting *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 36, which quoted *Dunsmuir*, at para. 145, per Binnie J., concurring).

[121] In granting leave in *Vavilov*, the Court “viewed these appeals as an opportunity to consider the law applicable to the judicial review of administrative decisions as addressed in *Dunsmuir* and subsequent cases” (para. 6 (emphasis added)). The Court “appointed two *amici curiae*, invited the parties to devote a substantial portion of their submissions to the standard of review issue, and granted leave to 27 interveners, comprising 4 attorneys general and numerous organizations representing the breadth of

d’arrêts récents où la norme de la décision correcte a été appliquée, comme *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283. En effet, ils ont cité l’arrêt *Rogers* au par. 48.

[118] À mon avis, une application fidèle du cadre d’analyse établi dans *Vavilov* ne peut mener qu’à une seule conclusion : la norme de contrôle en l’espèce est celle de la décision raisonnable. Même d’après cette norme, la décision de la Commission du droit d’auteur du Canada ne peut être maintenue. Les motifs sont déraisonnables à la lumière du contexte législatif et de la jurisprudence de notre Cour.

[119] Mes motifs se divisent en trois parties. Premièrement, je me pencherai sur la norme de contrôle applicable à la lumière de *Vavilov*. Deuxièmement, j’expliquerai la bonne façon de procéder à un contrôle judiciaire suivant la norme de la décision raisonnable. Enfin, j’examinerai les motifs de la Commission en l’espèce (2017 CanLII 152886).

I. La norme de contrôle est celle de la décision raisonnable

[120] Dans la décennie qui a suivi l’arrêt de notre Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la norme de contrôle s’est révélée être un sujet controversé. La promesse de l’arrêt *Vavilov* était d’amener les parties à s’attacher à leurs prétentions sur le fond plutôt qu’au critère applicable (par. 69, citant *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 36, où était cité *Dunsmuir*, par. 145, motifs concordants du juge Binnie).

[121] En accordant l’autorisation de pourvoi dans *Vavilov*, la Cour a « consid[éré] les [. . .] pourvois comme une occasion de se pencher sur le droit applicable au contrôle judiciaire des décisions administratives tel que traité dans l’arrêt *Dunsmuir* et les arrêts subséquents » (par. 6 (je souligne)). La Cour « a nommé deux *amici curiae*, invité les parties à consacrer une bonne partie de leurs arguments à la question de la norme de contrôle et accordé l’autorisation d’intervenir à 27 intervenants, dont 4

the Canadian administrative law landscape” (*Vavilov*, at para. 6).

[122] In addition to hearing from a broad range of parties, the Court undertook an exhaustive review of its jurisprudence, including recent correctness cases: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at paras. 48-50; *Rogers*, at paras. 10-20; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 (*CBC*), at para. 35. The majority’s decision was “the product of careful consideration undertaken following extensive submissions and based on a thorough review of the relevant jurisprudence” (*Vavilov*, at para. 69 (emphasis added)).

[123] With the assistance of submissions and our existing jurisprudence, the majority set out a new “holistic” framework. *Vavilov* was explicit about what it accomplished: a presumption of reasonableness in judicial review that could only be displaced in five situations. Those situations are: (i) where the legislature explicitly prescribes the applicable standard of review; (ii) where the legislature has provided a statutory appeal mechanism; (iii) constitutional questions; (iv) general questions of law of central importance to the legal system as a whole; and (v) questions related to the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies (*Vavilov*, at paras. 17 and 69). The Court made clear “that these reasons address all of the situations in which a reviewing court should derogate from the presumption of reasonableness review” (*Vavilov*, at para. 69 (emphasis added)).

[124] Concurrent jurisdiction at first instance was not among these five exceptional categories. Although the Court did not “definitively foreclose the possibility that another category could be recognized”, noting that “it would be unrealistic to declare that we have contemplated every possible set of circumstances [that would] require a derogation from the presumption of reasonableness”, this was clearly not so with

procureurs généraux et de nombreuses organisations représentatives de tout l’éventail du droit administratif canadien » (*Vavilov*, par. 6).

[122] En plus d’entendre un large éventail de parties, la Cour a entrepris un examen exhaustif de sa jurisprudence, y compris des arrêts récents où la norme de la décision correcte a été appliquée : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 48-50; *Rogers*, par. 10-20; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 (*SRC*), par. 35. La décision des juges majoritaires « découle[ait] d’un examen minutieux, entrepris après avoir reçu des observations approfondies et procédé à une étude fouillée de la jurisprudence applicable » (*Vavilov*, par. 69 (je souligne)).

[123] À l’aide des arguments des parties et de notre jurisprudence actuelle, les juges majoritaires ont établi un nouveau cadre « globa[l] ». L’arrêt *Vavilov* indiquait clairement ce qu’il établissait : une présomption d’application de la norme de la décision raisonnable en contrôle judiciaire qui ne pouvait être réfutée que dans cinq situations. Ces situations sont les suivantes : (i) lorsque le législateur a prescrit expressément la norme de contrôle applicable, (ii) lorsque le législateur a prévu dans la loi un mécanisme d’appel, (iii) les questions constitutionnelles, (iv) les questions de droit générales d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ainsi que (v) les questions liées aux délimitations des compétences respectives d’organismes administratifs (*Vavilov*, par. 17 et 69). La Cour a indiqué clairement « que les présents motifs couvrent l’ensemble des situations dans lesquelles il convient que la cour de révision déroge à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » (*Vavilov*, par. 69 (je souligne)).

[124] La compétence concurrente en première instance ne faisait pas partie de ces cinq catégories exceptionnelles. Bien que la Cour n’ait pas « ferm[é] [. . .] définitivement la porte à la possibilité qu’une autre catégorie puisse [. . .] être reconnue », soulignant qu’il « serait illusoire de déclarer [avoir] envisagé toutes les combinaisons possibles de circonstances [qui] pourront commander une dérogação à la

concurrent first instance jurisdiction between the Copyright Board and courts (para. 70). I repeat the obvious: The Court had its own recent precedent in *Rogers* before it — a decision that is cited in *Vavilov*. The establishment of new categories was explicitly reserved for possible circumstances the Court could not realistically foresee. It is “unrealistic” to suggest that the Court’s *own precedent* represents a “possible set of circumstances” that it could not “have contemplated”.

[125] Instead, the Court chose *not* to make first instance concurrent jurisdiction an exception. In so doing, it overturned *Rogers* on the standard of review issue. This was not an oversight. Nor was it inadvertent. The majority acknowledged that the judgment “depart[ed] from the Court’s existing jurisprudence on standard of review in certain respects” (*Vavilov*, at para. 18).

[126] Finally, even if *Rogers* had *not* been within the contemplation of the Court, it would not qualify as an additional exceptional correctness category: “any new basis for correctness review would be exceptional and would need to be consistent with the framework and the overarching principles set out in these reasons” (*Vavilov*, at para. 70).

[127] I reject the suggestion that this is such a rare and exceptional circumstance. A new category of concurrent jurisdiction at first instance cannot be justified on the basis of the rule of law or legislative intent. These considerations did not justify the creation of this category in *Vavilov*. They do not justify creating this category now.

[128] First, I agree with the majority in *Vavilov* that “the more robust form of reasonableness review . . . , which accounts for the value of consistency and the

présomption d’application de la norme de la décision raisonnable », ce n’était manifestement pas le cas de la compétence concurrente en première instance entre la Commission du droit d’auteur et les cours de justice (par. 70). Je répète l’évidence : la Cour a considéré sa propre jurisprudence récente — l’arrêt *Rogers*, qui a été cité dans *Vavilov*. L’établissement de nouvelles catégories était expressément réservé aux circonstances possibles que la Cour ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Il est « illusoire » de laisser entendre que la *jurisprudence même* de la Cour représente une « combinaison possible de circonstances » qu’elle n’a pas pu « envisager ».

[125] En fait, la Cour a choisi de *ne pas* faire de la compétence concurrente en première instance une exception. Ainsi, elle a infirmé l’arrêt *Rogers* sur la question de la norme de contrôle. Il ne s’agissait pas d’un oubli. Il ne s’agissait pas non plus d’une erreur d’inattention. Les juges majoritaires ont reconnu que le jugement « s’écart[ait] à certains égards de la jurisprudence actuelle de la Cour » sur la question de la norme de contrôle (*Vavilov*, par. 18).

[126] Enfin, même si l’arrêt *Rogers* n’avait *pas* été considéré par la Cour, la situation évoquée ne revêt pas le caractère exceptionnel nécessaire pour justifier la création d’une nouvelle catégorie appelant à la norme de la décision correcte : « tout nouveau fondement pour l’application de la norme de la décision correcte devrait revêtir un caractère exceptionnel et devrait respecter le cadre d’analyse et les principes prépondérants énoncés dans les présents motifs » (*Vavilov*, par. 70).

[127] Je rejette la suggestion selon laquelle nous sommes en présence de telles circonstances rares et exceptionnelles. Reconnaître la compétence concurrente en première instance comme une nouvelle catégorie ne peut être justifié sur le fondement de la primauté du droit ou de l’intention du législateur. Ces considérations ne justifiaient pas la création de cette catégorie dans *Vavilov*. Elles ne justifient pas la création de cette catégorie maintenant non plus.

[128] Premièrement, je conviens avec les juges majoritaires dans *Vavilov* que « le cadre d’application plus rigoureux de la norme de la décision raisonnable

threat of arbitrariness, is capable, in tandem with internal administrative processes to promote consistency and with legislative oversight . . . , of guarding against threats to the rule of law” (para. 72 (citation omitted)). With courts also acting as first instance decision makers, a robust form of reasonableness is even more equipped to safeguard the rule of law. Specifically, a binding and material precedent will place a limit on what is reasonable in the circumstances (*Vavilov*, at paras. 111-12, per the majority, and para. 293, per Abella and Karakatsanis JJ., dissenting, but not on this point).

[129] Administrative decision makers also play an important role in upholding and applying the rule of law. In any event, consistency in decision making and the rule of law cannot be absolute in nature regardless of the context (*Domtar Inc. v. Quebec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pp. 787-88).

[130] In my view, recognizing a sixth category on the basis of the rule of law flouts *stare decisis* principles and therefore runs directly *counter* to the rule of law. Ultimately, a faithful application of the majority’s framework in *Vavilov* cannot credibly justify the creation of a sixth correctness category on this basis.

[131] Second, the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, gives no clear signal of legislative intent regarding the applicable standard of review. *Vavilov* states that the legislature can provide this signal in two ways: it can explicitly prescribe the standard, or it can provide a statutory appeal mechanism (para. 33). Concurrent jurisdiction between a tribunal and a court was before the Court in *Vavilov* but was not identified as an analogous signal of legislative intent requiring correctness review. Here, there is no legislated standard of review, statutory appeal mechanism, nor any other analogous provisions. Legislative choice “pulls in two directions” — the absence of these “clear

[. . .], qui tient compte de la valeur que représente la cohérence et du risque d’arbitraire, permet, de concert avec les processus administratifs internes qui favorisent l’uniformité et avec le contrôle que peut exercer le législateur [. . .], de se prémunir face aux menaces à la primauté du droit » (par. 72 (référence omise)). Lorsque des cours de justice agissent aussi comme décideurs de première instance, un cadre d’application plus rigoureux de la norme de la décision raisonnable parvient encore mieux à protéger la primauté du droit. Plus particulièrement, un précédent contraignant et important délimitera ce qui est raisonnable dans les circonstances (*Vavilov*, par. 111-112, les juges majoritaires, et par. 293, les juges Abella et Karakatsanis, dissidentes, mais non sur ce point).

[129] Les décideurs administratifs jouent eux aussi un rôle important dans le respect et l’application de la primauté du droit. Quoi qu’il en soit, la cohérence décisionnelle et la primauté du droit ne sauraient avoir un caractère absolu, peu importe le contexte (*Domtar Inc. c. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 787-788).

[130] À mon avis, reconnaître une sixième catégorie sur le fondement de la primauté du droit bafoue le principe du *stare decisis* et, par conséquent, va directement à *l’encontre* de la primauté du droit. En fin de compte, une application fidèle du cadre d’analyse établi par les juges majoritaires dans *Vavilov* ne peut, de manière crédible, justifier la création d’une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte sur ce fondement.

[131] Deuxièmement, la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, ne donne aucune indication claire de l’intention du législateur concernant la norme de contrôle applicable. Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour a affirmé que le législateur peut indiquer son intention de deux façons : il peut prescrire expressément la norme de contrôle ou prévoir dans la loi un mécanisme d’appel (par. 33). Dans *Vavilov*, la Cour a nécessairement considéré la question de la compétence concurrente entre un tribunal et une cour de justice, mais ne l’a néanmoins pas identifiée comme un signal de l’intention du législateur exigeant la norme de la décision correcte. Dans le cas qui nous occupe, il

signals” is telling (*Vavilov*, at paras. 39 and 49). It follows that a sixth category cannot be established on the basis of Parliament’s intent.

[132] Consequently, neither legislative intent nor the rule of law can bring this case into the realm of the “rare and exceptional” — to conclude otherwise sweeps aside the Court’s recently established framework governing the standard of review. Rather, the creation of a sixth category is simply contrary to the majority reasons in *Vavilov*. This Court’s “guidance . . . should be treated as binding” when it “turns its full attention to an issue and deals with it definitively” (M. Rowe and L. Katz, “A Practical Guide to *Stare Decisis*” (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, at p. 10).

[133] Although my colleague relies on para. 70 to steer off the clear pathway set by *Vavilov*, it must be read in the context of the preceding paragraph. Paragraph 69 speaks for itself:

In these reasons, we have identified five situations in which a derogation from the presumption of reasonableness review is warranted either on the basis of legislative intent (i.e., legislated standards of review and statutory appeal mechanisms) or because correctness review is required by the rule of law (i.e., constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole, and questions regarding jurisdictional boundaries between administrative bodies). This framework is the product of careful consideration undertaken following extensive submissions and based on a thorough review of the relevant jurisprudence. We are of the view, at this time, that these reasons address all of the situations in which a reviewing court should derogate from the presumption of reasonableness review. As previously indicated, courts should no longer engage in a contextual inquiry to determine the standard of review or to rebut the presumption of reasonableness review. Letting go of this contextual approach will, we hope, “get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive

n’y a aucune norme de contrôle prescrite ni aucun mécanisme d’appel prévu par la loi, ni aucune autre disposition semblable. Le choix du législateur « pointe [. . .] vers deux directions opposées » — l’absence de ces « indications claires » est révélatrice (*Vavilov*, par. 39 et 49). Il s’ensuit qu’une sixième catégorie de questions ne peut être établie sur le fondement de l’intention du Parlement.

[132] Par conséquent, ni l’intention du législateur ni la primauté du droit ne peut élever la présente affaire au rang des circonstances « rares et exceptionnelles »; conclure autrement écarterait le cadre d’analyse régissant la norme de contrôle récemment établi par la Cour. En fait, la création d’une sixième catégorie de questions est simplement contraire aux motifs des juges majoritaires dans *Vavilov*. Lorsque la Cour [TRADUCTION] « accorde toute son attention à une question et la tranche de façon définitive », ses « instructions [. . .] devraient être considérées comme contraignantes » (M. Rowe et L. Katz, « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, p. 10).

[133] Bien que mon collègue s’appuie sur le par. 70 pour s’écarter de la voie bien tracée par l’arrêt *Vavilov*, ce paragraphe doit être lu eu égard à celui qui le précède. Le paragraphe 69 parle de lui-même :

Dans les présents motifs, nous avons relevé cinq situations où se justifie une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, soit sur le fondement de l’intention du législateur (en l’occurrence, les normes de contrôle établies par voie législative et les mécanismes d’appel prévus par la loi), soit parce que la primauté du droit exige un contrôle selon la norme de la décision correcte (en l’occurrence, les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ainsi que les questions liées aux délimitations des compétences respectives d’organismes administratifs). Ce cadre d’analyse découle d’un examen minutieux, entrepris après avoir reçu des observations approfondies et procédé à une étude fouillée de la jurisprudence applicable. Pour le moment, nous estimons que les présents motifs couvrent l’ensemble des situations dans lesquelles il convient que la cour de révision déroge à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Comme nous l’avons déjà indiqué, les cours de justice ne devraient plus

merits of their case”: *Alberta Teachers*, at para. 36, quoting *Dunsmuir*, at para. 145, per Binnie J., concurring.

[134] For all these reasons, I conclude that the majority decision in *Vavilov* compels review of the Board’s decision under a reasonableness standard.

[135] Given the majority’s departure from *Vavilov*, I would sound a note of caution. Questioning the continued authority of correctness cases that predate *Vavilov* undermines the Court’s framework and its goal of promoting consistency, coherence, and certainty in the law of judicial review. Regrettably, my colleague’s approach will not be without consequences. Not only will it open the door to endless litigation concerning possible exceptions to the reasonableness presumption, it will erode the presumption of reasonableness in all standard of review cases going forward. This result is precisely what *Vavilov* aimed to avoid.

II. Reasonableness Review

[136] Before turning to the Board’s reasons in this case, I address the approach to reasonableness review. First, three clarifying comments.

[137] In *Vavilov*, the Court was clear: there is only one standard of reasonableness. The Court expressly rejected the idea that context could modify the standard or degree of scrutiny by the reviewing court. While context does not affect the standard of review, it is obviously important in determining whether the decision itself is reasonable (*Vavilov*, at para. 67; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*,

recourir à l’analyse contextuelle pour déterminer la norme de contrôle applicable ou pour réfuter la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable. En finir avec cette approche contextuelle fera en sorte, nous l’espérons, que « les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond » : *Alberta Teachers*, par. 36, citant *Dunsmuir*, par. 145, motifs concordants du juge Binnie.

[134] Pour tous ces motifs, je conclus que la décision des juges majoritaires dans l’arrêt *Vavilov* exige que la décision de la Commission soit contrôlée selon la norme de la décision raisonnable.

[135] Étant donné que les juges majoritaires en l’espèce se sont écartés de l’arrêt *Vavilov*, je tiens à faire une mise en garde. Remettre en question la jurisprudence constante établie par des arrêts antérieurs à *Vavilov* où la norme de la décision correcte a été appliquée mine le cadre d’analyse énoncé par la Cour ainsi que son objectif de promouvoir l’uniformité, la cohérence et la certitude dans le droit régissant le contrôle judiciaire. Malheureusement, l’approche adoptée par mon collègue ne sera pas sans conséquence. Non seulement va-t-elle ouvrir la porte à des litiges sans fin concernant des exceptions possibles à la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable, mais elle va également éroder cette présomption dans toutes les affaires portant sur le choix de la norme de contrôle à l’avenir. C’est précisément ce résultat que *Vavilov* visait à éviter.

II. Contrôle selon la norme de la décision raisonnable

[136] Avant d’examiner les motifs de la Commission en l’espèce, je me pencherai sur la façon d’aborder l’application de la norme de la décision raisonnable dans le cadre du contrôle judiciaire. Premièrement, j’aimerais apporter trois précisions.

[137] Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour a été claire : il n’y a qu’une seule norme de la décision raisonnable. La Cour a expressément rejeté l’idée selon laquelle le contexte pourrait modifier la norme ou le degré d’examen que doit appliquer la cour de révision. Bien que le contexte ne change en rien la norme de contrôle, il est évidemment important pour déterminer si la décision en soi est raisonnable (*Vavilov*, par. 67;

2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59). To the extent that the reasons of the Federal Court of Appeal imply otherwise, they are incorrect (2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374).

[138] Second, I would also note that, in conducting a reasonableness review, it is not helpful to review the factors set out by the court below in paras. 26-36 of their reasons. *Vavilov* was designed to provide a clear, coherent and *comprehensive* framework, so additional considerations are unnecessary and undermine the Court's goal of bringing clarity to the standard of review.

[139] Finally, it is misleading to characterize the Court's recent jurisprudence as a return to textualism, as the Federal Court of Appeal did, at para. 42. As the Court confirmed in *Vavilov*, courts and administrative decision makers alike interpret a statutory provision "by applying the 'modern principle' of statutory interpretation, that is, that the words of a statute must 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'" (*Vavilov*, at para. 117, citing *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, both quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

[140] Context and consequences remain essential (see, e.g., *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118). A purely textual reading is inconsistent with a broad and remedial approach to statutory interpretation. And, as Abella J. and I have noted elsewhere, "words matter, policy objectives matter, and consequences matter" (*TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, at para. 108).

[141] With those clarifications in mind, the framework for reasonableness review can be plainly stated as follows.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59). Dans la mesure où les motifs de la Cour d'appel fédérale laissent entendre le contraire, ils sont incorrects (2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374).

[138] Deuxièmement, je ferais également observer que, dans le cadre d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, il n'est pas utile d'examiner les facteurs énoncés par la juridiction inférieure aux par. 26-36 de ses motifs. L'arrêt *Vavilov* visait à établir un cadre clair, cohérent et *complet*; toute considération additionnelle est donc inutile et mine l'objectif de la Cour de clarifier la norme de contrôle.

[139] Enfin, il est trompeur de qualifier la jurisprudence récente de notre Cour de retour au textualisme, comme l'a fait la Cour d'appel fédérale au par. 42. Comme l'a confirmé notre Cour dans *Vavilov*, tant les cours de justice que les décideurs administratifs interprètent une disposition législative « en appliquant le "principe moderne" en matière d'interprétation des lois, selon lequel il faut lire les termes d'une loi "dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur" » (*Vavilov*, par. 117, citant *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant tous deux E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

[140] Le contexte et les conséquences demeurent essentiels (voir, p. ex., *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118). Une interprétation purement textuelle n'est pas compatible avec la méthode générale et réparatrice d'interprétation des lois. Et, comme la juge Abella et moi-même l'avons fait remarquer dans un autre arrêt, « les mots comptent, les objectifs de politique générale comptent et les conséquences comptent » (*TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, par. 108).

[141] Gardant ces éclaircissements à l'esprit, j'estime que le cadre d'analyse régissant le contrôle selon la norme de la décision raisonnable peut être énoncé simplement en ces termes.

[142] A reasonable decision is “one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis” that operates within the bounds set by the context (*Vavilov*, at para. 85; see also paras. 293 and 296, per Abella and Karakatsanis JJ., dissenting, but not on this point). The reviewing court asks “whether the decision bears the hallmarks of reasonableness — justification, transparency and intelligibility” (*Vavilov*, at para. 99). This approach requires the reviewing court to start with how the decision maker arrived at their interpretation and to determine whether that interpretation was defensible in light of the facts and the law (*Vavilov*, at para. 86, per the majority, and para. 205, per Abella and Karakatsanis JJ., both quoting *Dunsmuir*, at para. 47).

[143] Statutory interpretation questions may be evaluated on a reasonableness standard (*Vavilov*, at para. 115). Where this standard applies, “the reviewing court does not undertake a *de novo* analysis of the question or ‘ask itself what the correct decision would have been’” (*Vavilov*, at para. 116, quoting *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, at para. 50). Rather, “the court must examine the administrative decision as a whole, including the reasons provided by the decision maker and the outcome that was reached” (*Vavilov*, at para. 116).

[144] The court does so, as explained above, in reference to the modern principle of statutory interpretation. Although administrative decision makers need not engage in a formalistic interpretation, their task is to interpret the contested provision in a manner that is consistent with the text, context and purpose, applying their particular insight into the statutory scheme at issue (*Vavilov*, at paras. 120-21).

[145] At all times, a reasonableness review proceeds from a posture of deference. It finds its starting point in judicial restraint and respects the distinct role of administrative decision makers (*Vavilov*, at para. 75). It follows that a decision must be afforded a fair and generous construction.

[142] Une décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle » qui respecte les limites établies par le contexte (*Vavilov*, par. 85; voir aussi par. 293 et 296, les juges Abella et Karakatsanis, dissidentes, mais non sur ce point). La cour de révision se demande « si la décision possède les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l’intelligibilité » (*Vavilov*, par. 99). Selon cette approche, la cour de révision doit commencer par examiner comment le décideur en est arrivé à cette interprétation, puis déterminer si cette interprétation peut se justifier au regard des faits et du droit (*Vavilov*, par. 86, les juges majoritaires, et par. 205, les juges Abella et Karakatsanis, citant tous *Dunsmuir*, par. 47).

[143] Les questions d’interprétation de la loi peuvent être évaluées selon la norme de la décision raisonnable (*Vavilov*, par. 115). Lorsque cette norme s’applique, « la cour de révision ne procède pas à une analyse *de novo* de la question soulevée ni ne se demande “ce qu’aurait été la décision correcte” » (*Vavilov*, par. 116, citant *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 50). « [L]a cour de justice doit plutôt examiner la décision administrative dans son ensemble, y compris les motifs fournis par le décideur et le résultat obtenu » (*Vavilov*, par. 116).

[144] Comme je l’ai expliqué précédemment, la cour de justice s’acquitte de cette tâche en se référant au principe moderne d’interprétation des lois. Bien que le décideur administratif ne soit pas tenu de procéder à une interprétation formaliste, sa tâche est d’interpréter la disposition contestée d’une manière qui cadre avec le texte, le contexte et l’objet, compte tenu de sa compréhension particulière du régime législatif en cause (*Vavilov*, par. 120-121).

[145] En tout temps, la cour doit faire preuve de déférence lorsqu’elle procède au contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Ce type de contrôle a pour point de départ la retenue judiciaire et le respect du rôle distinct des décideurs administratifs (*Vavilov*, par. 75). Il s’ensuit que la décision doit recevoir une interprétation équitable et généreuse.

[146] The party challenging the decision must satisfy the court “that any shortcomings or flaws relied on . . . are sufficiently central or significant to render the decision unreasonable” (*Vavilov*, at para. 100). In this case, that burden lies with the respondents.

III. Applying the Standard of Review in This Case

[147] I turn now to the application of the reasonableness standard in this case.

[148] As I will explain, the Board’s decision is unreasonable because it disregards two significant considerations: (i) a recent precedent from the Court, and (ii) the guiding principles of the statutory scheme. Although administrative decision makers need not “explicitly address all possible shades of meaning”, the Board did not consider key elements that supported a contrary interpretation of the relevant statutory provision (*Vavilov*, at para. 122, quoting *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405, at para. 3).

[149] First, the Board’s decision is unreasonable because it interpreted s. 2.4(1.1) without meaningful consideration of the legal context, as required by *Vavilov*, at para. 112. Specifically, the Board determined, at para. 136, that *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 (*ESA*) — a relevant and binding precedent from this Court — was distinguishable and therefore not binding. As a result, the Board considered it irrelevant to an interpretation of s. 2.4(1.1).

[150] In my view, it was unreasonable for the Board to disregard *ESA* — the leading domestic authority on s. 3(1)(f). It did so for three reasons. The Board first dismissed the applicability of *ESA* because it was decided without reference to the *WIPO Copyright Treaty*, Can. T.S. 2014 No. 20, or the *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, Can. T.S. 2014 No. 21. Although I agree that the Treaties form part of the relevant legal context, this was not a cogent

[146] La partie qui conteste la décision doit convaincre la cour « que la lacune ou la déficience [invoquée] est suffisamment capitale ou importante pour rendre cette dernière déraisonnable » (*Vavilov*, par. 100). En l’espèce, ce fardeau repose sur les intimées.

III. Application de la norme de contrôle en l’espèce

[147] Je me pencherai maintenant sur l’application de la norme de la décision raisonnable en l’espèce.

[148] Comme je l’expliquerai, la décision de la Commission est déraisonnable parce qu’elle ne tient pas compte de deux facteurs importants : (i) la jurisprudence récente de notre Cour et (ii) les principes directeurs du régime législatif. Bien que les décideurs administratifs ne soient pas tenus « de traiter expressément de toutes les interprétations possibles », la Commission n’a pas tenu compte d’éléments essentiels qui étayaient une interprétation contraire de la disposition législative pertinente (*Vavilov*, par. 122, citant *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405, par. 3).

[149] Premièrement, la décision de la Commission est déraisonnable, car celle-ci a interprété le par. 2.4(1.1) sans tenir véritablement compte du contexte juridique, comme l’exige *Vavilov*, par. 112. Plus particulièrement, la Commission a jugé, au par. 136, que l’affaire *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (*ESA*) — un arrêt pertinent et contraignant de notre Cour — se distinguait de l’espèce et n’était donc pas contraignant. Par conséquent, la Commission ne l’a pas jugé pertinent dans l’interprétation du par. 2.4(1.1).

[150] À mon avis, il était déraisonnable pour la Commission de ne pas tenir compte de l’arrêt *ESA* — l’arrêt de principe sur l’al. 3(1)f en droit canadien. Trois raisons l’ont mené à ne pas en tenir compte. La Commission a d’abord rejeté l’applicabilité de l’arrêt *ESA* parce que l’affaire a été jugée sans renvoi au *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*, R.T. Can. 2014 n° 20, ou au *Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, R.T. Can.

basis to disregard or distinguish *ESA*'s interpretation of the *Copyright Act*, especially because domestic law always prevails (*National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1371-72).

[151] The Board next pointed out that *ESA* was decided against a different legislative backdrop. Yet, three critical aspects of the legislation remained the same with the enactment of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20 (*CMA*): (i) the language of s. 3(1)(f), (ii) the *Copyright Act*'s fundamental distinction between performance and reproduction rights, and (iii) Parliament's commitment to preserve technological neutrality. All these aspects were critical to the Court's reasoning in *ESA* and have implications for the reasonable interpretations available to the Board. It was unreasonable for the Board to disregard the similarities in context.

[152] Finally, the Board noted that the "previous interpretation of 'communicate' in *ESA* focussed only on the transmission element of that right and is distinguishable" (para. 117). While *ESA* considered the definition of "communication" in a more narrow sense because it only focussed on part of the activity in question (i.e., downloads), summarily dispensing with its guidance was inappropriate. The act of making available is inextricably bound with any subsequent transmission — someone cannot stream or download a work without it first being made available. A consideration of this whole transaction is necessary because otherwise the Board could not assess the entirety of rights engaged. The result, as is evident, is an interpretation that would create two rights for a single activity, which fails to strike a proper balance between user and creator rights.

2014 n° 21. Je conviens que les Traités font partie du contexte juridique pertinent, mais il ne s'agissait pas d'un fondement solide pour établir une distinction avec l'arrêt *ESA* en ce qui concerne l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur* ou pour faire fi de cette interprétation, en particulier parce que le droit interne prévaut toujours (*National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371-1372).

[151] La Commission a ensuite souligné que l'affaire *ESA* avait été décidée dans un contexte législatif différent. Pourtant, trois aspects cruciaux de la Loi sont demeurés les mêmes après l'adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20 (*LMDA*) : (i) le libellé de l'al. 3(1)f), (ii) la distinction fondamentale dans la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits d'exécution et les droits de reproduction, et (iii) l'engagement du Parlement à préserver la neutralité technologique. Tous ces aspects étaient essentiels au raisonnement de la Cour dans *ESA*, et ils ont des répercussions sur les interprétations que pouvait raisonnablement donner la Commission. Il était déraisonnable pour la Commission de ne pas tenir compte des similitudes dans leur contexte.

[152] Enfin, la Commission a souligné que l'« interprétation antérieure de "communiquer" donnée dans l'arrêt *ESA* ne portait que sur l'élément lié à la transmission de ce droit et se distingue » (par. 117). Bien que dans *ESA*, la Cour ait examiné la définition de « communication » dans un sens plus restreint parce qu'elle ne s'est attardée qu'à une partie de l'activité en question (c.-à-d. les téléchargements), il était inopportun d'écarter sommairement les directives données dans cet arrêt. L'acte de mettre à disposition une œuvre est inextricablement lié à l'acte de transmission subséquent — on ne peut diffuser en continu ou télécharger une œuvre sans qu'elle n'ait d'abord été mise à la disposition du public. Il est nécessaire d'examiner cette activité dans son ensemble, car autrement, la Commission ne pourrait évaluer la totalité des droits en jeu. Il en résulterait, évidemment, une interprétation qui créerait deux droits pour une seule et même activité, qui viendrait rompre le juste équilibre entre les droits des utilisateurs et les droits des créateurs.

[153] Had the Board meaningfully engaged with *ESA*, it would not have rendered a decision that captured downloads — a reproductive activity — within an act of communication, contrary to *ESA*, at para. 39, nor would it have effectively created two separate rights for a single activity, contrary to *ESA*, at para. 41. Without a cogent reason to distinguish *ESA*, the Board unreasonably neglected the Court’s interpretation of s. 3(1)(f) and reached a conclusion that is inconsistent with a material legal precedent of the Court.

[154] The Board’s decision was also unreasonable in the context of the broader statutory scheme.

[155] First, as the Court has recognized, the Act aims to strike a balance between the interests of user and creator, and the proper balance “lies not only in recognizing the creator’s rights but in giving due weight to their limited nature” (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 31). With the benefit of duplicate royalties, the equilibrium now swings heavily in the creator’s favour, contrary to this Court’s instructions to maintain balance in *CBC*, at para. 63, and *ESA*, at paras. 9 and 11. The Board’s reasons fail to meaningfully address the duplicate royalties that would arise when a work is subsequently downloaded or streamed. This was unreasonable in light of the Court’s caution against this precise kind of layering of rights, or “double-dipping” of tariffs (*ESA*, at para. 11). This aspect of the Board’s decision was not reasonable.

[156] Second, the Board’s reasons with respect to technological neutrality — a guiding interpretive principle for the Act — were unreasonable. At para. 128, the Board recognized that the *CMA* expressed Parliament’s goal to ensure the Act remains technologically neutral. It also acknowledged that the principle of technological neutrality applies unless there is evidence of Parliamentary intent to the contrary (para. 127). Yet, the interpretation advanced by

[153] Si la Commission avait véritablement examiné l’arrêt *ESA*, elle n’aurait pas rendu une décision qui considère les téléchargements — une activité de reproduction — comme un acte de communication, contrairement à l’arrêt *ESA*, par. 39, et n’aurait pas non plus créé deux droits distincts pour une seule activité, contrairement à l’arrêt *ESA*, par. 41. Sans fondement solide pour établir une distinction avec l’arrêt *ESA*, la Commission a déraisonnablement fait fi de l’interprétation donnée par la Cour à l’al. 3(1)f) et tiré une conclusion qui est incompatible avec un précédent important de la Cour.

[154] La décision de la Commission était aussi déraisonnable dans le contexte plus général du régime législatif.

[155] Premièrement, comme la Cour l’a reconnu, la Loi vise à établir un équilibre entre les intérêts de l’utilisateur et ceux du créateur, et ce juste équilibre est atteint « non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l’importance qu’il convient à la nature limitée de ces droits » (*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 31). En raison des doubles redevances, la balance penche désormais lourdement en faveur du créateur, ce qui est contraire aux directives qu’a données notre Cour dans l’arrêt *SRC*, par. 63, et dans l’arrêt *ESA*, par. 9 et 11, de maintenir l’équilibre. Dans ses motifs, la Commission n’aborde pas véritablement les doubles redevances qui résulteraient du téléchargement ou de la diffusion en continu de l’œuvre par la suite. Cette omission est déraisonnable à la lumière de la mise en garde de la Cour contre ce genre précis de palier supplémentaire de droits, ou « double rémunération » (*ESA*, par. 11). Cet aspect de la décision de la Commission n’était pas raisonnable.

[156] Deuxièmement, les motifs de la Commission concernant la neutralité technologique — un principe qui guide l’interprétation de la Loi — étaient déraisonnables. Au paragraphe 128, la Commission reconnaît que la *LMDA* énonçait l’objectif du Parlement de préserver la neutralité technologique de la Loi. Elle a également reconnu que le principe de la neutralité technologique s’applique, à moins d’une intention contraire avérée du Parlement (par. 127). Pourtant,

the Board was not technologically neutral because, contrary to the importance placed on technological neutrality by this Court in *ESA*, at para. 2, and *CBC*, at para. 66, it opened the door to duplicate royalties simply because the transaction takes place online.

[157] The Board’s sole basis for concluding that the principle of technological neutrality does not limit or restrict the meaning of s. 2.4(1.1) was confined to one sentence highlighting “the legislative history, the rationale for the WIPO Internet Treaties, and the legislative objective to fully implement those treaties using a ‘coordinated approach’” (para. 129). The Board did not explain how this can displace Parliament’s express intention to enact the *CMA* in a technologically neutral way. Without displacing Parliament’s intent, the Board could not endorse an interpretation that applied differently to diverse forms of media. The Board’s decision in this respect was unreasonable.

[158] In summary, the failure of the Board to consider the Court’s material and binding precedents or the animating themes of the *Copyright Act* was unreasonable. While a failure to consider “a pertinent aspect of [a provision’s] text, context or purpose” will not always be fatal under a reasonableness review, this is not a case where the omission is a minor aspect of the interpretive context (*Vavilov*, at para. 122). As a result, I do not accept the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1).

[159] Unless there is only one reasonable outcome, as a general rule, a court applying the reasonableness standard refrains from deciding the issue (*Vavilov*, at paras. 83 and 110). Accordingly, a reviewing court “does not ask what decision it would have made in place of that of the administrative decision maker, attempt to ascertain the ‘range’ of possible conclusions that would have been open to the decision maker, conduct a *de novo* analysis or seek to determine the ‘correct’ solution to the problem” (*Vavilov*, at para. 83).

l’interprétation avancée par la Commission n’est pas neutre sur le plan technologique puisque, contrairement à l’importance accordée à la neutralité technologique par notre Cour dans *ESA*, par. 2, et dans *SRC*, par. 66, elle a ouvert la porte à une double redevance simplement parce que l’activité a lieu en ligne.

[157] Le seul motif pour lequel la Commission a conclu que le principe de la neutralité technologique n’a pas pour effet de restreindre le sens du par. 2.4(1.1) se résumait en une phrase, dans laquelle elle souligne « l’historique législatif, l’objet des Traités Internet de l’OMPI et l’objectif du législateur de mettre pleinement en œuvre ces traités au moyen d’“approches coordonnées” » (par. 129). La Commission n’a pas expliqué comment ces considérations peuvent supplanter l’intention expresse du Parlement d’édicter la *LMDA* d’une manière neutre sur le plan technologique. La Commission ne pouvait souscrire à une interprétation qui s’appliquait différemment à divers médias sans que cela n’ait pour effet de supplanter l’intention du Parlement. La décision de la Commission à cet égard était déraisonnable.

[158] En résumé, il était déraisonnable pour la Commission de ne pas examiner la jurisprudence importante et contraignante de la Cour, ou les thèmes sous-jacents de la *Loi sur le droit d’auteur*. L’omission d’examiner « un aspect pertinent d[u] texte, d[u] contexte ou de [l’]objet » de la disposition ne portera pas toujours un coup fatal à la décision dans le cadre du contrôle selon la norme de la décision raisonnable, mais il ne s’agit pas d’un cas où l’omission est un aspect mineur du contexte interprétatif (*Vavilov*, par. 122). Par conséquent, je n’accepte pas l’interprétation donnée par la Commission au par. 2.4(1.1).

[159] À moins qu’il n’y ait qu’une seule issue raisonnable, en règle générale, la cour de révision qui applique la norme de la décision raisonnable s’abstiendra de trancher la question en litige (*Vavilov*, par. 83 et 110). Par conséquent, la cour de révision « ne se demande donc pas quelle décision elle aurait rendue à la place du décideur administratif, ne tente pas de prendre en compte l’“éventail” des conclusions qu’aurait pu tirer le décideur, ne se livre pas à une analyse *de novo*, et ne cherche pas à déterminer la solution “correcte” au problème » (*Vavilov*, par. 83).

[160] If correctness was the applicable standard, then I would agree with my colleague's conclusion that s. 2.4(1.1) could not be read as creating a new independent right that is triggered when works are made available for downloading or on-demand streaming, nor as creating a separate tariff. Nothing in the text, context, or purpose of s. 2.4(1.1) suggests otherwise, particularly when viewed in light of the legal landscape in which it operates.

IV. Disposition

[161] I would dismiss the appeal. Remitting the matter for a new interpretation is unnecessary because it would not change the result on the merits: the Board already found that it did not have sufficient evidence to determine what tariff should apply to the making available activity.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada: Gowling WLG (Canada), Ottawa; Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the appellant Music Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondents the Entertainment Software Association, the Entertainment Software Association of Canada, Bell Canada, Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc. and Shaw Communications: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitors for the respondents Apple Inc. and Apple Canada Inc.: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the respondent Pandora Media Inc.: McMillan, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

[160] Si la norme de la décision correcte était la norme applicable, je souscrirais alors à la conclusion de mon collègue que le par. 2.4(1.1) ne pouvait pas être interprété comme créant un nouveau droit indépendant qui entre en jeu lorsque les œuvres sont mises à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu sur demande, ni créant un tarif distinct. Rien dans le texte, le contexte ou l'objet du par. 2.4(1.1) n'indique le contraire, particulièrement lorsque l'on examine cette disposition à la lumière du contexte juridique dans lequel elle s'applique.

IV. Dispositif

[161] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire pour nouvelle interprétation, car cela ne changerait pas l'issue au fond : la Commission a déjà conclu qu'elle n'avait pas suffisamment de preuve pour déterminer quel tarif devrait s'appliquer à l'activité de mise à la disposition.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique : Gowling WLG (Canada), Ottawa; Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs de l'appelante Music Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intimées Entertainment Software Association, l'Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc. et Shaw Communications : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureurs des intimées Apple Inc. et Apple Canada Inc. : Goodmans, Toronto.

Procureurs de l'intimée Pandora Media Inc. : McMillan, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian Music Publishers Association carrying on business as “Music Publishers Canada” and the Professional Music Publishers Association: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Law Libraries and the Library Futures Institute: JFK Law Corporation, Vancouver; Cornell Law School, Ithaca, N.Y.

Solicitors for the intervener Ariel Katz: Lenczner Slaght, Toronto.

Procureurs des intervenants les Éditeurs de musique au Canada et l’Association des professionnels de l’édition musicale : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs des intervenantes l’Association canadienne des bibliothèques de droit et Library Futures Institute : JFK Law Corporation, Vancouver; Cornell Law School, Ithaca (N.Y.).

Procureurs de l’intervenant Ariel Katz : Lenczner Slaght, Toronto.