

**Rogers Communications Inc., Rogers  
Wireless Partnership, Shaw Cablesystems  
G.P., Bell Canada and TELUS  
Communications Company** *Appellants*

v.

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

and

**CMRRA-SODRAC Inc., Cineplex  
Entertainment LP, Samuelson-Glushko  
Canadian Internet Policy and Public Interest  
Clinic, Apple Canada Inc. and Apple  
Inc.** *Intervenors*

**INDEXED AS: ROGERS COMMUNICATIONS INC. v.  
SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC  
PUBLISHERS OF CANADA**

2012 SCC 35

File No.: 33922.

2011: December 6; 2012: July 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and  
Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Intellectual property — Copyright — Right to communicate a work to the public by telecommunication — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Meaning of “to the public” — Whether a point-to-point transmission from the website of an online music service to an individual customer is a private communication — Whether streaming of files from the Internet triggered by individual users constitutes communication to the public of the musical works contained therein by online music services who make the files available for streaming — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).*

**Rogers Communications Inc., Rogers  
Wireless Partnership, Shaw Cablesystems  
G.P., Bell Canada et Société TELUS  
Communications** *Appelantes*

c.

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

et

**CMRRA-SODRAC Inc., Cineplex  
Divertissement LP, Clinique d’intérêt  
public et de politique d’internet du Canada  
Samuelson-Glushko, Apple Canada Inc. et  
Apple Inc.** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : ROGERS COMMUNICATIONS  
INC. c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS,  
COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE**

2012 CSC 35

N° du greffe : 33922.

2011 : 6 décembre; 2012 : 12 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell,  
Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication — Homologation d’un tarif par la Commission du droit d’auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — Signification d’« au public » — La transmission point à point du site Web d’un service de musique en ligne à un consommateur individuel constitue-t-elle une communication privée? — La transmission en continu de fichiers sur Internet à la demande d’utilisateurs individuels constitue-t-elle une communication au public, par le service de musique en ligne qui l’offre, des œuvres musicales contenues dans les fichiers? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)f).*

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Whether decision reviewable on standard of reasonableness or correctness.*

The appellants are online music services that offer downloads and on-demand streams of files containing musical works. A stream is a transmission of data that allows the user to listen to or view a work at the time of the transmission, resulting in a temporary copy of the file on the user's hard drive. In 1995, the respondent proposed tariffs for various uses of musical works over the Internet for the years 1996 to 2006. When the Copyright Board proceeded to establish a tariff for the communication of musical works over the Internet, it held that a stream of a copyrighted work of music comes within the creator's right to communicate to the public by telecommunication provided by s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* and a claim for communication royalties was well-founded. The Board proceeded to establish a tariff for the communication of musical works over the Internet for the years 1996 to 2006. The Federal Court of Appeal dismissed the appellant's application for judicial review of the Board's decision.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: In light of the majority decision in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231, the question of whether the online music services engage the exclusive right to "communicate to the public by telecommunication" by offering downloads to members of the public has now become moot and the appeal is allowed in respect of downloads. However, the appeal is dismissed in respect of music streamed from the Internet. A stream of a musical work from the Internet is not a private transaction outside the scope of the right to communicate to the public. It matters little for the purposes of copyright protection whether the members of the public receive the communication in the same or in different places, at the same or at different times, or at their own or the sender's initiative.

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — La décision est-elle susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable ou de la norme de la décision correcte?*

Les appelantes, qui sont des services de musique en ligne, offrent le téléchargement et la transmission en continu sur demande de fichiers qui renferment des œuvres musicales. La transmission en continu est un transfert de données qui permet à l'utilisateur d'entendre ou de voir le contenu au moment du transfert, une copie temporaire étant alors stockée sur le disque dur de son ordinateur. En 1995, l'intimée a proposé un tarif pour diverses utilisations d'œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006. Lorsque la Commission du droit d'auteur a entrepris d'établir un tarif de communication d'œuvres musicales sur Internet, elle a statué que la transmission en continu d'une œuvre musicale protégée par le droit d'auteur relevait du droit du créateur de communiquer son œuvre au public par télécommunication reconnu à l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* et que des redevances de communication étaient réclamées à juste titre. La Commission a entrepris la mise au point d'un tarif de communication d'œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire dont l'avait saisie l'appelante relativement à la décision de la Commission.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Vu la décision des juges majoritaires dans *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, la question de savoir si les services de musique en ligne portent atteinte au droit exclusif de « communiquer au public par télécommunication » lorsqu'ils offrent des téléchargements au public ne se pose plus, et le pourvoi est accueilli en ce qui concerne le téléchargement. Cependant, le pourvoi est rejeté en ce qui a trait à la transmission de musique en continu sur Internet. La transmission en continu d'une œuvre musicale dans Internet n'est pas une opération privée qui échappe au droit de communiquer au public. Il importe peu, pour déterminer si la protection du droit d'auteur s'applique, que les destinataires reçoivent la communication au même endroit ou en des lieux différents, au même moment ou à des moments différents, à leur initiative ou à celle de l'expéditeur.

A transmission of a single copy of a work to a single individual is not a communication to the public within the meaning of s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*. However, where there is a series of repeated transmissions of the same work to different recipients, each transmission cannot be analyzed in isolation, even if each transmission is initiated at the request of an individual member of the public. Focusing on transmissions individually loses sight of the true character of the activity in question. Copyright protection is not dependant on the technicalities of methods of transmission. Under a principled approach to copyright protection, it is necessary to consider the broader context to determine whether a given point-to-point transmission engages the exclusive right to communicate to the public. In the case of online music services, it is hardly possible to maintain that there is no intention that the same work ever be transmitted again.

A rule that each transmission must be analyzed in isolation because each is initiated at the request of an individual member of the public would have the effect of excluding all interactive communications from the scope of the right to communicate to the public. Nothing in the wording of s. 3(1)(f) of the Act excludes pull technologies from its scope or restricts communications to the public to a purely non-interactive context. Section 3(1)(f) is technology-neutral. Although the right to communicate to the public used to be historically linked to traditional media that operated on a broadcasting or push model, amending the *Copyright Act* to grant a technologically neutral right to communicate to the public by telecommunication ensured the continued relevance of the right in an evolving technological environment. The historic relationship does not support reading into the Act restrictions that are not apparent from or consistent with the language of the Act.

The appropriate standard for reviewing the Copyright Board's decision in this case is correctness. Normally, the legislature is presumed to have recognized the superior expertise of an administrative body in respect of issues arising under its home statute or a closely related statute, and deference warrants applying a reasonableness standard of review. However, under the *Copyright Act*, Parliament has given both the Copyright Board and courts concurrent jurisdiction at first instance over questions of law such as the pure question of law that arises in this case. It would be inconsistent to apply a reasonableness standard on judicial review of a decision by the Board when the same legal question would be decided *de novo* if it arose in the court at first instance. It

Transmettre une seule copie de l'œuvre à une seule personne n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public pour l'application de l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Chacune des transmissions répétées d'une copie de la même œuvre à des destinataires différents ne peut cependant pas être examinée isolément même si elle intervient à la demande individuelle d'un utilisateur. S'attacher à chacune des transmissions individuelles fait perdre de vue la nature véritable de l'activité en cause. La protection du droit d'auteur ne dépend pas des détails techniques du mode de transmission. Afin d'assurer une protection rationnelle du droit d'auteur, il faut tenir compte du contexte général pour déterminer si une transmission point à point porte atteinte au droit exclusif de communiquer l'œuvre au public. Dans le cas d'un service de musique en ligne, on ne saurait soutenir que son intention n'est pas de transmettre de nouveau la même œuvre.

La règle voulant que chacune des transmissions soit examinée isolément parce qu'elle intervient à la demande individuelle d'un utilisateur aurait pour effet de soustraire toute communication interactive au respect du droit exclusif de communiquer l'œuvre au public. Le libellé de l'al. 3(1)f) de la Loi ne soustrait pas l'extraction personnalisée au respect de la disposition ni ne relègue la communication au public au contexte strictement non interactif. L'alinéa 3(1)f) est neutre sur le plan technologique. Même si le droit de communication au public est historiquement lié aux médias traditionnels, qui fonctionnent selon le mode de la radiodiffusion ou de la distribution sélective, la modification de la *Loi sur le droit d'auteur* pour accorder un droit neutre sur le plan technologique de communiquer au public par télécommunication a fait en sorte que le droit reconnu demeure en phase avec un contexte technologique en constante évolution. Le lien historique ne permet pas de considérer que la Loi établit implicitement des restrictions qui ne ressortent pas de son libellé ou qui sont incompatibles avec celui-ci.

La norme de contrôle qui vaut à l'égard de la décision de la Commission du droit d'auteur en l'espèce est celle de la décision correcte. Le législateur est généralement présumé reconnaître la grande expertise d'un organisme administratif vis-à-vis des questions qui touchent à sa loi constitutive ou à une loi étroitement liée à celle-ci, et la déférence justifie un contrôle judiciaire au regard de la norme de la raisonabilité. Or, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur reconnaît en première instance une compétence concurrente à la Commission du droit d'auteur et à la cour de justice sur une question de droit, comme la pure question de droit qui se pose en l'espèce. Il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit

would be equally inconsistent to apply a reasonableness standard to a determination of a legal question by the Board on an appeal from a judicial review but a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question. Because the unusual statutory scheme under the *Copyright Act* does not give the Copyright Board a discrete and special administrative regime, it must be inferred that the legislative intent was not to recognize a superior expertise of the Board relative to the courts with respect to legal questions arising under the *Copyright Act*.

*Per Abella J.*: The standard of review should be reasonableness. The Copyright Board, when interpreting its home statute in setting tariffs for the communication of new forms of digital media, should be accorded the same deference and be reviewed on the same standard as every other specialized tribunal in Canada. Since *Dunsmuir*, this Court has unwaveringly held that institutionally expert and specialized tribunals are entitled to a presumption of deference when interpreting their mandate. Applying a correctness standard of review on the sole basis that a court could potentially interpret the same statute effectively drains expert tribunals of the institutional deference they are owed. The majority's conclusion adds the new and unrelated exception of shared jurisdiction to the existing and narrow exceptions to the presumption of home statute deference.

Expertise is attributed to a tribunal on the basis that Parliament has delegated decision-making to it as an institutionally specialized body that has day to day familiarity with its enabling statute. The Copyright Board has specialized expertise in interpreting the provisions of the *Copyright Act*. The fact of shared jurisdiction does not undermine this expertise. The Copyright Board does not simply work out the details of royalty tariffs, it sets policies that collectively determine the rights of copyright owners and users and plays an important role in achieving the proper balance between those actors. It also has highly specialized knowledge about the media technologies used to create and disseminate copyrighted works, as well as related economic issues. This specialized knowledge is precisely the kind of institutional expertise that *Dunsmuir* concluded was entitled to deference. The fact that a court might

selon la norme de la décision raisonnable, mais d'examiner *de novo* celle d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit. Il serait tout aussi incohérent que, saisie d'un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d'appel applique la norme de la décision raisonnable à la décision de la Commission sur un point de droit, mais soumette à la norme de la décision correcte la décision d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit. Étant donné que le régime législatif inhabituel établi par la *Loi sur le droit d'auteur* ne dote pas la Commission du droit d'auteur d'un régime administratif distinct et particulier, il faut inférer que le législateur n'a pas voulu reconnaître à la Commission une expertise supérieure à celle d'une cour de justice en ce qui a trait aux questions de droit que soulève l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*.

*La juge Abella* : La norme de contrôle applicable devrait être celle de la décision raisonnable. Lorsqu'elle interprète sa loi constitutive aux fins de l'établissement de tarifs pour la communication effectuée grâce aux nouveaux médias numériques, la Commission du droit d'auteur a droit à la même déférence et est soumise à la même norme que tout autre tribunal administratif spécialisé au Canada. Depuis l'arrêt *Dunsmuir*, notre Cour reconnaît invariablement l'application présumée de la norme déférente au tribunal administratif doté d'une expertise institutionnelle spécialisée lorsqu'il interprète sa loi constitutive. Appliquer la norme de la décision correcte pour la seule raison qu'une cour de justice pourrait être appelée à interpréter la même loi nie en fait au tribunal expert la déférence à laquelle il a droit en tant qu'institution. La conclusion des juges majoritaires ajoute l'exception nouvelle et non apparentée de la compétence concurrente à celles, plus restrictives, qui écartent déjà la présomption de déférence envers l'interprétation de la loi constitutive.

L'expertise reconnue au tribunal administratif tient au pouvoir décisionnel que lui délègue le législateur à titre d'institution spécialisée dotée d'une connaissance approfondie de sa loi constitutive. La Commission du droit d'auteur possède une expertise spécialisée dans l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'existence d'une compétence concurrente n'enlève rien à cette expertise. La Commission du droit d'auteur ne se livre pas simplement à la mise au point de tarifs de redevances; elle adopte des politiques qui définissent collectivement les droits des titulaires du droit d'auteur et ceux des utilisateurs et elle joue un rôle important dans l'établissement d'un juste équilibre entre ces acteurs. Elle possède également des connaissances très pointues sur les technologies de communication employées pour créer et diffuser des œuvres protégées par le droit d'auteur, ainsi que sur les enjeux économiques

in another case be asked to interpret the same provisions of the *Copyright Act* does not detract from the Copyright Board's particular familiarity and expertise with the provisions of the *Act*.

The Board's mandate was to decide whether a particular activity triggers a tariff. The view that we can extricate a legal question from this context of complex, interlocking facts and policies considered by the Board in setting a tariff, is unrealistic. The tribunal's decision should be reviewed as a whole. Unlike trial courts, which have no expertise relative to appellate courts when interpreting a statute, tribunals have particular mandates which give them specialized expertise in interpreting and applying their home statute to a given set of facts. Extricating legal questions in the context of judicial review — referred to as “segmentation” — should be an exceptional practice.

This Court has repeatedly held that the application of multiple standards of review to different aspects of a tribunal's decision — one for questions of law and one for questions of fact — should be avoided. As a result, even if an aspect of the tribunal's decision would otherwise attract a correctness standard, the decision as a whole should be reviewed on a deferential standard. Segmenting the definition of each word or phrase in a statutory provision into discrete questions of law is a re-introduction by another name — correctness — of the unduly interventionist approach championed by the jurisdictional and preliminary question jurisprudence, jurisprudence which this Court definitively banished in *Dunsmuir* and *ATA*.

### Cases Cited

By Rothstein J.

**Distinguished:** *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, rev'g 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, rev'g [2000] 2 F.C. 451; **not followed:** *Cartoon Network v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008); **referred to:** *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *SOCAN Statement*

connexes. Ces connaissances spécialisées correspondent précisément au type d'expertise institutionnelle qui commande la déférence suivant *Dunsmuir*. La possibilité qu'une cour de justice soit appelée à interpréter les mêmes dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* dans une autre affaire n'enlève pas à la Commission du droit d'auteur sa connaissance approfondie de la *Loi* ni son expertise dans l'application des dispositions de celle-ci.

La Commission du droit d'auteur avait pour mandat de déterminer si une activité particulière emportait l'exigibilité d'une redevance. Il est irréaliste de prétendre dégager une question de droit du contexte constitué des faits et des politiques à la fois complexes et interdépendants dont la Commission tient compte pour fixer un tarif. La décision d'un tribunal administratif doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire dans sa globalité. Contrairement à la cour de justice qui n'est ni plus ni moins experte que la cour d'appel pour interpréter une loi, le tribunal administratif se voit confier un mandat particulier, ce qui lui confère une expertise spécialisée pour interpréter sa loi constitutive et l'appliquer aux faits d'une espèce. Dans le contexte d'un contrôle judiciaire, l'opération qui consiste à dissocier une question de droit (parfois appelée « fractionnement ») devrait être exceptionnelle.

Notre Cour a maintes fois estimé qu'il valait mieux éviter d'appliquer des normes différentes aux questions de droit et aux questions de fait que pose la décision d'un tribunal administratif. Dès lors, même lorsqu'un aspect de la décision administrative est par ailleurs assujéti à la norme de la décision correcte, les motifs dans leur ensemble devraient faire l'objet d'un contrôle suivant la norme déférente. Voir dans la définition de chaque mot ou expression figurant dans une disposition législative une question de droit distincte équivaut à ramener sous une autre appellation — celle de la décision correcte — l'interventionnisme indu qui caractérisait la doctrine de la condition préalable liée à la compétence, une doctrine avec laquelle la Cour a rompu définitivement dans les arrêts *Dunsmuir* et *ATA*.

### Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

**Distinction d'avec l'arrêt :** *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, inf. 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, inf. [2000] 2 C.F. 451; **arrêt non suivi :** *Cartoon Network c. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008); **arrêts mentionnés :** *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S.

of *Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, leave to appeal refused [2008] 2 S.C.R. vi; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676; *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382; *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173, aff'd [1988] 1 F.C. 673, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357.

By Abella J.

**Referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Chamberlain Group Inc. v. Lynx Industries Inc.*, 2010 FC 1287, 379 F.T.R. 270; *Alticor Inc. v. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 FCA 269, 339 N.R. 56; *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Law Society of*

231; *Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet)*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539, autorisation de pourvoi refusée, [2008] 2 R.C.S. vi; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676; *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382; *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173, conf. par [1988] 1 C.F. 673, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357.

Citée par la juge Abella

**Arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Chamberlain Group, Inc. c. Lynx Industries Inc.*, 2010 CF 1287 (CanLII); *Alticor Inc. c. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 CAF 269 (CanLII); *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des*

*New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364.

### Statutes and Regulations Cited

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45.  
*Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61, 62.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 53(2)(c), (d).  
*Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “telecommunication”, 3(1)(f).  
*Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, c. 93.  
*Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 6.

### Treaties and Other International Instruments

*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 828 U.N.T.S. 221, September 9, 1886; rev. in Berlin November 13, 1908; rev. in Rome June 2, 1928, Arts. 11bis, 20.  
*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1994 No. 2, Art. 1721(2).  
*WIPO Copyright Treaty*, 2186 U.N.T.S. 121, Arts. 1(1), 8.

### Authors Cited

Canada. Treasury Board. Copyright Board Canada. Performance Report for the period ending March 31, 2003 (online: [www.collectionscanada.gc.ca/web\\_archives/20060120100901/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d\\_e.asp](http://www.collectionscanada.gc.ca/web_archives/20060120100901/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d_e.asp)).

Ginsburg, Jane C. “The (new?) right of making available to the public”, in David Vaver and Lionel Bently, eds., *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

*relations du travail*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364.

### Lois et règlements cités

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 53(2)(c), (d).  
*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61, 62.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « télécommunication », 3(1)(f).  
*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6.  
*Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, ch. 93.

### Traités et autres instruments internationaux

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, R.T. Can. 1994 n° 2, art. 1721(2).  
*Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 828 R.T.N.U. 221, 9 septembre 1886; rev. à Berlin le 13 novembre 1908; rev. à Rome le 2 juin 1928, art. 11bis, 20.  
*Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 2186 R.T.N.U. 121, art. 1(1), 8.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Secrétariat du Conseil du Trésor. Commission du droit d'auteur Canada. Rapport sur le rendement pour la période se terminant le 31 mars 2003 (en ligne : [www.collectionscanada.gc.ca/web\\_archives/20060118021938/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d\\_f.asp](http://www.collectionscanada.gc.ca/web_archives/20060118021938/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d_f.asp)).

Ginsburg, Jane C. « The (new?) right of making available to the public », in David Vaver and Lionel Bently, eds., *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish*. Cambridge : Cambridge University Press, 2004.

Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/ Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2011, release 6).

Mullan, David J. “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.

Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Wilkinson, Margaret Ann. “Copyright, Collectives, and Contracts: New Math for Educational Institutions and Libraries”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 503.

World Intellectual Property Organization. *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, chapter 5, “International Treaties and Conventions on Intellectual Property”, No. 489, 2nd ed. Geneva: WIPO, 2004.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Nadon and Pelletier J.J.A.), 2010 FCA 220, 409 N.R. 102, 323 D.L.R. (4th) 42, 14 Admin. L.R. (5th) 159, 86 C.P.R. (4th) 239, [2010] F.C.J. No. 1087 (QL), 2010 CarswellNat 3112, affirming a decision of the Copyright Board, [www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf](http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf), (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] C.B.D. No. 7 (QL), 2007 CarswellNat 3466. Appeal allowed in part.

*Gerald L. Kerr-Wilson, Ariel A. Thomas and Julia Kennedy*, for the appellants.

*Gilles Daigle, D. Lynne Watt, Paul Spurgeon and Henry Brown, Q.C.*, for the respondent.

Written submissions only by *Casey M. Chisick, Timothy Pinos and Jason Beitchman*, for the intervenor CMRRA-SODRAC Inc.

Written submissions only by *Tim Gilbert, Sana Halwani and Sundeep Chauhan*, for the intervenor Cineplex Entertainment LP.

Written submissions only by *Jeremy de Beer and David Fewer*, for the intervenor the

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/ Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2011, release 6).

Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, chapter 5, « International Treaties and Conventions on Intellectual Property », No. 489, 2nd ed. Geneva: WIPO, 2004.

Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Wilkinson, Margaret Ann. « Copyright, Collectives, and Contracts: New Math for Educational Institutions and Libraries », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright »: Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 503.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Létourneau, Nadon et Pelletier), 2010 CAF 220, 409 N.R. 102, 323 D.L.R. (4th) 42, 14 Admin. L.R. (5th) 159, 86 C.P.R. (4th) 239, [2010] A.C.F. n° 1087 (QL), 2010 CarswellNat 5932, qui a confirmé une décision de la Commission du droit d’auteur, [www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf](http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf), (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] D.C.D.A. n° 7 (QL), 2007 CarswellNat 3467. Pourvoi accueilli en partie.

*Gerald L. Kerr-Wilson, Ariel A. Thomas et Julia Kennedy*, pour les appelantes.

*Gilles Daigle, D. Lynne Watt, Paul Spurgeon et Henry Brown, c.r.*, pour l’intimée.

Argumentation écrite seulement par *Casey M. Chisick, Timothy Pinos et Jason Beitchman*, pour l’intervenante CMRRA-SODRAC Inc.

Argumentation écrite seulement par *Tim Gilbert, Sana Halwani et Sundeep Chauhan*, pour l’intervenante Cineplex Divertissement LP.

Argumentation écrite seulement par *Jeremy de Beer et David Fewer*, pour l’intervenante la



Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Written submissions only by *Michael Koch*, for the interveners Apple Canada Inc. and Apple Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

### I. Introduction

[1] Online music services offer permanent downloads, limited downloads and on-demand streams of files containing musical works. A download is the transmission over the Internet of a file containing data, such as a sound recording of a musical work, that gives the user a permanent copy of the file to keep as his or her own. A limited download allows the copy to be used as long as the user's subscription is paid up. A stream is a transmission of data that allows the user to listen to or view the content transmitted at the time of the transmission, resulting only in a temporary copy of the file on the user's hard drive. The Copyright Board was of the opinion that downloads and streams, among other uses of music that it examined as part of the certification process of a proposed tariff for the communication of musical works over the Internet, come within the scope of the exclusive right of copyright holders to communicate to the public by telecommunication provided by the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 (the "Act"). Accordingly, it found that a claim for communication royalties by the holders of copyright in the communicated works was well founded, in addition to any reproduction royalties received when a work is copied through the Internet ((2007), 61 C.P.R. (4th) 353 ("Tariff 22.A decision")). On appeal, the Federal Court of Appeal agreed (2010 FCA 220, 409 N.R. 102).

Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Argumentation écrite seulement par *Michael Koch*, pour les intervenantes Apple Canada Inc. et Apple Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

### I. Introduction

[1] Les services de musique en ligne offrent des téléchargements permanents, des téléchargements limités et des transmissions en continu sur demande qui renferment des œuvres musicales. On entend par téléchargement la transmission sur Internet d'un fichier de données, tel l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale, dont l'utilisateur conserve une copie permanente. Le téléchargement limité permet à l'abonné d'utiliser la copie tant qu'il acquitte le coût de son abonnement. La transmission en continu est une transmission de données permettant d'entendre ou de voir le contenu au moment de la transmission; elle ne permet que le stockage d'une copie temporaire sur le disque dur de l'utilisateur. La Commission du droit d'auteur a estimé que le droit exclusif du titulaire du droit d'auteur de communiquer l'œuvre au public, par télécommunication, prévu dans la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (la « Loi »), s'applique au téléchargement et à la transmission en continu, entre autres utilisations de musique examinées dans le cadre du processus d'homologation d'un projet tarifaire pour la communication d'œuvres musicales sur Internet. Elle est donc arrivée à la conclusion que les redevances réclamées par les titulaires du droit d'auteur sur les œuvres communiquées le sont à juste titre (en ligne (« décision concernant le tarif 22.A »)) et qu'elles s'ajoutent à celles touchées pour la reproduction lorsque les œuvres sont reproduites au moyen d'Internet. Saisie de l'appel de cette décision, la Cour d'appel fédérale a abondé dans le même sens (2010 CAF 220 (CanLII)).

[2] The sole issue in this appeal is the meaning of the phrase “to the public” in s. 3(1)(f) of the Act. The online music services brought this appeal on the basis that their uses of music do not engage the right to communicate to the public by telecommunication in s. 3(1)(f) because they do not come within the scope of the phrase “to the public”. The issue of whether *downloads* can be “communication[s]” within the meaning of s. 3(1)(f) was left to be determined in the companion case *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 (“*ESA*”). In *ESA*, a majority of this Court determined that musical works are not “communicated” by telecommunication when they are *downloaded*. This conclusion affects this appeal. The question of whether the online music services engage the exclusive right to “communicate . . . to the public by telecommunication” by offering *downloads* to members of the public has now become moot. However, the *ESA* did not contest the Board’s conclusion that a *stream* constitutes a “communication” within the meaning of s. 3(1)(f) of the Act. As a result, the remaining issue here is whether, based on *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (“*CCH*”), such communication of protected works nevertheless does not engage the exclusive right to communicate to the public because a point-to-point transmission from the website of an online music service to any individual customer is a *private* communication.

## II. Facts and Procedural History

[3] The appellants, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada and Telus Communications Company, offer online music services. Online music services provide catalogues of digital audio files that consumers can browse at their convenience. A consumer may select a song or an album and download or stream the digital audio file containing the musical work to his or her computer or mobile phone, or both.

[2] Seul le sens des mots « au public » employés à l’al. 3(1)f) de la Loi fait l’objet du litige. Les services de musique en ligne, qui sont à l’origine du présent pourvoi, prétendent que leurs utilisations d’œuvres musicales n’emportent pas l’application du droit de communiquer au public par télécommunication que confère l’al. 3(1)f), car il ne s’agit pas de communications « au public ». Dans l’affaire connexe *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« *ESA* »), la Cour devait décider si un *téléchargement* peut constituer une « communication » pour l’application de cet alinéa. Les juges majoritaires de notre Cour statuent que l’œuvre musicale qui est *téléchargée* n’est pas « communiquée » par télécommunication, une conclusion qui a une incidence dans la présente affaire. La question de savoir si les services de musique en ligne portent atteinte au droit exclusif de « communiquer au public, par télécommunication » lorsqu’ils offrent des *téléchargements* au public ne se pose donc plus. Toutefois, *ESA* n’a pas contesté la conclusion de la Commission selon laquelle une *transmission en continu* constitue une « communication » pour l’application de l’al. 3(1)f) de la Loi. La question qu’il reste donc à trancher en l’espèce est celle de savoir si, compte tenu de l’arrêt *CCH Canadian Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (« *CCH* »), pareille communication d’une œuvre protégée ne porte néanmoins pas atteinte au droit exclusif de communication au public puisque la transmission point à point du site Web du service de musique en ligne au consommateur individuel constitue une communication *privée*.

## II. Rappel des faits et genèse de l’instance

[3] Les appelantes Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada et Société Telus Communications offrent des services de musique en ligne. Ces fournisseurs mettent à la disposition des consommateurs des catalogues de fichiers audio numériques consultables à tout moment. Le consommateur peut choisir une chanson ou un album, puis télécharger ou se faire transmettre en continu sur son ordinateur ou son téléphone portable, ou les deux, le fichier audio numérique contenant l’œuvre musicale.

[4] The respondent, Society of Composers, Authors, and Music Publishers of Canada (“SOCAN”), is a collective society of composers, authors and publishers of music. It administers the right to perform in public and the right to communicate to the public by telecommunication the works covered by its members’ copyrights. It files proposed tariffs with the Board and collects licence royalties, as set in tariffs certified by the Board, on behalf of its members.

[5] The issue in the present appeal is now whether streaming of files from the Internet triggered by individual users constitutes communication “to the public” of the musical works contained therein by online music services who make the files available to the users for streaming.

[6] These proceedings involve proposed tariffs first filed by SOCAN in 1995 for various uses of musical works constituting, in SOCAN’s view, communication of musical works to the public over the Internet. There were objections to the filed proposals. In 1996, the Board decided to deal with legal issues separately from the determination of the actual tariffs. The first step was to “determine which activities on the Internet, if any, constitute a protected use [of SOCAN’s repertoire of music] targeted in the tariff” (*SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Music Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (“Tariff 22 decision”), at p. 424). Issued on October 27, 1999, the Board termed this its Phase I decision, dealing with legal and jurisdictional issues. Some of its determinations are directly relevant to this appeal. The Tariff 22 decision was ultimately appealed to this Court, albeit on different issues. However, in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (“*SOCAN v. CAIP*”), at para. 30, Binnie J. noted the Board’s interpretation of the phrase “to the public”, which was that a communication may be to the public when it is made to individual members of the public, regardless of whether they receive it at the same or at different times (Tariff

[4] L’intimée, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN »), un regroupement d’auteurs, de compositeurs et d’éditeurs de musique, gère les droits d’exécution en public et les droits de communication au public, par télécommunication, des œuvres protégées par le droit d’auteur de ses membres. Elle dépose des projets de tarif auprès de la Commission et perçoit au nom de ses membres les redevances fixées dans les tarifs homologués par cette dernière.

[5] La question en litige dans le présent pourvoi est désormais celle de savoir si la transmission en continu de fichiers sur Internet à la demande d’un utilisateur individuel constitue une communication « au public », par le service de musique en ligne qui offre une telle transmission aux utilisateurs, des œuvres musicales contenues dans les fichiers.

[6] La présente instance s’origine de projets tarifaires déposés initialement par la SOCAN en 1995 pour diverses utilisations d’œuvres musicales qui constituent, selon la SOCAN, une communication au public d’œuvres musicales sur Internet. Ces projets ont fait l’objet d’oppositions. En 1996, la Commission a décidé de séparer examen des points de droit et établissement des tarifs. Dans un premier temps, elle devait déterminer « quelles activités sur l’Internet, le cas échéant, constitu[ai]ent une utilisation protégée [du répertoire d’œuvres musicales de la SOCAN] visée par le tarif » (*Tarif des redevances, Exécution publique d’œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet)* (1999) (en ligne) (la « décision concernant le tarif 22 »), p. 2). Le 27 octobre 1999, elle a rendu ce qu’elle a appelé sa décision de la première phase dans laquelle elle aborde points de droit et questions de compétence. Certaines des conclusions qu’elle y tire intéressent directement le présent pourvoi. La décision concernant le tarif 22 a finalement été portée en appel devant notre Cour, mais pour des motifs différents. Toutefois, dans l’arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (« *SOCAN c. ACFI* »), par. 30, le juge Binnie relève l’interprétation que fait la Commission des mots « au public », à savoir qu’il peut y avoir communication au public lorsque

22 decision, at p. 435). He found that this particular issue was “no longer contested.”

[7] After this Court’s decision in *SOCAN v. CAIP*, the Board proceeded to Phase II of the process to establish a tariff for the communication of musical works over the Internet for the years 1996 to 2006. In these proceedings, the appellants argued both before the Board and subsequently on judicial review, that a point-to-point transmission of a musical work is not a communication “to the public”. This argument is in large part based on *CCH* and on the finding in that case that fax transmissions of copyrighted works by the Great Library at Osgoode Hall to its patrons were private communications.

[8] The Board rejected this argument in its decision issued on October 18, 2007. The Tariff 22.A decision reiterates the Board’s earlier-stated view that communications to individual members of the public through downloads or streams requested by them at different times are communications “to the public”. Accordingly, finding *SOCAN*’s claim to be valid in law, the Board proceeded to establish the tariffs it considered appropriate.

[9] The appellants’ application for judicial review was unanimously dismissed by the Federal Court of Appeal. Pelletier J.A., writing for the court, considered that the application should be reviewed on the standard of reasonableness and found the Board’s determination of what constitutes a “communication to the public” under the Act to be reasonable.

### III. Analysis

#### A. *Standard of Review*

[10] The appropriate standard for reviewing the Board’s determinations on points of law was considered by Binnie J. in *SOCAN v. CAIP*. In concluding that the correctness standard must apply, he wrote, at para. 49:

celle-ci vise des particuliers au même moment ou à des moments différents (décision concernant le tarif 22, p. 17). Le juge Binnie conclut que ce point n’est « plus contesté ».

[7] Par suite de notre arrêt *SOCAN c. ACFI*, la Commission a entrepris la seconde phase du processus, soit l’établissement d’un tarif de communication d’œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006. Les appelantes ont soutenu, tant devant la Commission que lors du contrôle judiciaire subséquent, que la transmission point à point d’une œuvre musicale ne constituait pas une communication « au public ». Elles s’appuyaient en grande partie sur l’arrêt *CCH* et sur la conclusion qui y est tirée, à savoir que la transmission par télécopieur, de la Grande bibliothèque d’Osgoode Hall à ses usagers, d’œuvres protégées par le droit d’auteur, constituait une communication privée.

[8] La Commission a rejeté cette thèse dans sa décision du 18 octobre 2007, où elle répète ce qu’elle a déjà affirmé, en l’occurrence que communiquer une œuvre à des particuliers par téléchargement ou transmission en continu, à des moments différents et sur demande, équivaut à la communiquer « au public ». Tenant pour fondée en droit la prétention de la *SOCAN*, elle a donc établi le tarif qui lui paraissait indiqué.

[9] La demande de contrôle judiciaire des appelantes a été rejetée par les juges unanimes de la Cour d’appel fédérale. Sous la plume du juge Pelletier, ces derniers opinent que la demande est assujettie à la norme de la décision raisonnable. Ils jugent raisonnable la décision de la Commission quant à savoir ce qui constitue une « communication au public » au sens de la Loi.

### III. Analyse

#### A. *Norme de contrôle*

[10] Dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, le juge Binnie se penche sur la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission sur un point de droit et retient la norme de la décision correcte (par. 49) :

There is neither a preclusive clause nor a statutory right of appeal from decisions of the Copyright Board. While the Chair of the Board must be a current or retired judge, the Board may hold a hearing without any legally trained member present. The Copyright Act is an act of general application which usually is dealt with before courts rather than tribunals. The questions at issue in this appeal are legal questions. [Emphasis added.]

[11] Since that decision, this Court has substantially revised the appropriate approach to judicial review. *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, made clear that an administrative body interpreting and applying its home statute should normally be accorded deference on judicial review. See also *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (“*Canada (CHRC)*”), at para. 16, and *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 26. In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (“*ATA*”), at para. 39, the Court held that “[w]hen considering a decision of an administrative tribunal interpreting or applying its home statute, it should be presumed that the appropriate standard of review is reasonableness.” By setting up a specialized tribunal to determine certain issues the legislature is presumed to have recognized superior expertise in that body in respect of issues arising under its home statute or a closely related statute, warranting judicial review for reasonableness.

[12] As stated by Binnie J. in *SOCAN v. CAIP*, the core of the Board’s mandate is “the working out of the details of an appropriate royalty tariff” (para. 49). Nevertheless, in order to carry out this mandate, the Board is routinely called upon to ascertain rights underlying any proposed tariff. In this, it is construing the Act, its home statute.

[13] However, as Binnie J. noted in *SOCAN v. CAIP*, the Act is a statute that will also be brought

Il n’existe dans la loi ni clause privative ni droit d’appel des décisions de la Commission du droit d’auteur. Même si son président doit être juge ou juge à la retraite, la Commission peut tenir une audience en l’absence de tout membre ayant une formation juridique. La Loi sur le droit d’auteur est une loi de portée générale dont l’application relève habituellement des cours de justice, et non des tribunaux administratifs. Les questions en litige dans le présent pourvoi sont des questions de droit. [Je souligne.]

[11] Depuis cette décision, notre Cour a revu en profondeur les modalités du contrôle judiciaire. Dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, elle dit sans équivoque que la déférence est habituellement de mise lors du contrôle judiciaire de la décision d’un organisme administratif qui interprète et applique sa loi constitutive. Voir également *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Canada (CCDP)* »), par. 16, et *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26. Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (« *ATA* »), par. 39, la Cour statue qu’« [i]l convient de présumer que la norme de contrôle à laquelle est assujettie la décision d’un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive ou qui l’applique est celle de la décision raisonnable ». Lorsqu’il crée un tribunal administratif spécialisé pour trancher certaines questions, le législateur est présumé lui reconnaître une expertise particulière à l’égard des questions qui touchent à l’application de sa loi constitutive ou d’une loi étroitement liée à celle-ci, de sorte que le contrôle judiciaire des décisions de cet organisme doit se faire au regard de la norme de la raisonabilité.

[12] Comme l’explique le juge Binnie dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, « la mise au point d’un tarif de redevances approprié » est au cœur du mandat de la Commission (par. 49). Or, pour s’acquitter de ce mandat, la Commission est couramment appelée à se prononcer sur les droits qui sous-tendent le projet de tarif, ce qui l’amène à interpréter la Loi, sa loi constitutive.

[13] Le juge Binnie fait cependant observer dans cet arrêt que la Loi est un texte législatif qui peut

before the courts for interpretation at first instance in proceedings for copyright infringement. The court will examine the same legal issues the Board may be required to address in carrying out its mandate. On appeal, questions of law decided by the courts in these proceedings would be reviewed for correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8.

[14] It 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.

[15] Because of the unusual statutory scheme under which the Board and the court may each have to consider the same legal question at first instance, it must be inferred that the legislative intent was not to recognize superior expertise of the Board relative to the court with respect to such legal questions. This concurrent jurisdiction of the Board and the court at first instance in interpreting the *Copyright Act* rebuts the presumption of reasonableness review of the Board's decisions on questions of law under its home statute. This is consistent with *Dunsmuir*, which directed that “[a] *discrete and special administrative regime* in which the decision maker has special expertise” was a “facto[r] that will lead to the conclusion that the decision maker should be given deference and a reasonableness test applied” (para. 55 (emphasis added)). Because of the jurisdiction at first instance that it shares with the courts, the Board cannot be said to operate in such a “discrete . . . administrative regime”. Therefore, I cannot agree with Abella J. that the fact that courts routinely carry out the same interpretive tasks as the board at first instance “does not detract from the Board’s

également être soumis à l’interprétation d’une cour de justice de première instance par suite d’une allé-gation de violation du droit d’auteur. Cette cour de justice examine alors les mêmes questions de droit que la Commission dans l’exécution de son mandat. En appel, la question de droit tranchée en première instance par la cour de justice fait l’objet d’un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8.

[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.

[15] Étant donné le caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur un même point de droit, il faut inférer que le législateur n’a pas voulu reconnaître à la Commission une expertise supérieure à celle de la cour de justice en la matière. Cette compétence concurrente conférée à la Commission et à la cour de justice pour interpréter en première instance la *Loi sur le droit d’auteur* a pour effet d’écarter la présomption selon laquelle la décision de la Commission sur un point de droit rendue sous le régime de sa loi constitutive est assujettie à la norme de la raisonabilité. Cette conclusion est conforme à l’arrêt *Dunsmuir* dans lequel notre Cour dit que l’existence d’« [u]n régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale » constitue un « élément [qui permet] de conclure qu’il y a lieu de déférer à la décision et d’appliquer la norme de la raisonabilité » (par. 55 (je souligne)). Étant donné la compétence qu’elle partage avec la cour de justice en première instance, on ne peut dire de la Commission qu’elle exerce ses fonctions dans le

particular familiarity and expertise with the provisions of the *Copyright Act*” (para. 68). In these circumstances, courts must be assumed to have the same familiarity and expertise with the statute as the board. Accordingly, I am of the opinion that in *SOCAN v. CAIP*, Binnie J. determined in a satisfactory manner that the standard of correctness should be the appropriate standard of review on questions of law arising on judicial review from the Copyright Board (*Dunsmuir*, at para. 62).

[16] I must also respectfully disagree with Abella J.’s characterization, at para. 62, of the holding in *ATA* as meaning that the “exceptions to the presumption of home statute deference are ... constitutional questions and questions of law of central importance to the legal system and outside the adjudicator’s specialized expertise”. *Dunsmuir* had recognized that questions which fall within the categories of constitutional questions and questions of general law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise were to be reviewed on a correctness standard (paras. 58 and 60). *ATA* simply reinforced the direction in *Dunsmuir* that issues that fall under the category of interpretation of the home statute or closely related statutes normally attract a deferential standard of review (*ATA*, at para. 39; *Dunsmuir*, at para. 54). My colleague’s approach would in effect mean that the reasonableness standard applies to *all* interpretations of home statutes. Yet, *ATA* and *Dunsmuir* allow for the exceptional *other* case to rebut the presumption of reasonableness review for questions involving the interpretation of the home statute.

cadre d’un tel « régime administratif distinct ». Je ne peux donc pas convenir avec la juge Abella que le fait que la cour de justice exerce couramment les mêmes activités d’interprétation que l’organisme administratif en première instance « n’enlève pas à la Commission sa connaissance approfondie de la *Loi sur le droit d’auteur* ni son expertise dans l’application de celle-ci » (par. 68). Dès lors, il faut supposer que la cour de justice et l’organisme administratif ont, à l’égard du texte législatif, une même connaissance approfondie et une même expertise. Je suis donc d’avis que, dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, le juge Binnie statue de manière satisfaisante que la norme de la décision correcte est celle qui convient au contrôle judiciaire de la décision de la Commission sur un point de droit (*Dunsmuir*, par. 62).

[16] Soit dit en tout respect, je ne souscris pas non plus à l’interprétation que fait la juge Abella de l’arrêt *ATA* au par. 62. Selon elle, la Cour statue dans cet arrêt que les questions qui font « exception à la présomption de déférence que commande l’interprétation de la loi constitutive sont les questions constitutionnelles, ainsi que les questions de droit d’une importance capitale pour le système juridique et étrangères au domaine d’expertise du décideur ». Dans l’arrêt *Dunsmuir*, antérieur à *ATA*, notre Cour reconnaît que la question qui ressortit à la Constitution et celle qui touche au droit en général, qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d’expertise du décideur sont assujetties à la norme de la décision correcte (par. 58 et 60). Dans *ATA*, notre Cour confirme seulement ce qu’elle dit dans *Dunsmuir* : la question qui touche à l’interprétation de la loi constitutive ou d’une loi qui y est étroitement liée commande généralement l’application d’une norme de contrôle déférente (*ATA*, par. 39; *Dunsmuir*, par. 54). Suivant le point de vue de ma collègue, la norme de la raisonabilité s’applique à *toute* interprétation de la loi constitutive. Pourtant, les arrêts *ATA* et *Dunsmuir* admettent qu’une situation exceptionnelle *nouvelle* pourrait écarter la présomption d’assujettissement à la norme de la raisonabilité de la décision qui résulte d’une interprétation de la loi constitutive.

[17] My colleague refers to pre-*Dunsmuir* decisions for the proposition that shared jurisdiction at first instance does not prevent reasonableness review of a tribunal's decision under its home statute. However, such precedents will only be helpful where they "determin[e] in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question" (*Dunsmuir*, at para. 62).

[18] The recent examples raised by Justice Abella where reasonableness review was applied all involved bodies with exclusive primary jurisdiction under their home statute, constituting "discrete . . . administrative regime[s]". *Canada (CHRC)* concerned the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, which does not create shared primary jurisdiction between the administrative tribunal and the courts. In these circumstances, the Court simply found that the standard applicable on the facts of that case was the reasonableness standard and confirmed the presumptive rule that "if the issue relates to the interpretation and application of its own statute, . . . the standard of reasonableness will generally apply" (para. 24 (emphasis added)). *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, involved the judicial review of a decision of a disciplinary body under a professional *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, applicable to lawyers. There was no question of the constitutionality of the provision in the *Code of ethics*. The question, rather, was whether the adjudicator, making his fact-specific determination in the circumstances of that case, had "act[ed] consistently with the values underlying the grant of discretion, including *Charter* values" (*Doré*, at para. 24). In any case, the adjudicator was operating as part of a discrete administrative regime with exclusive jurisdiction over disciplinary matters under the *Code of ethics*.

[19] I wish to be clear that the statutory scheme under which both a tribunal and a court may decide the same legal question at first instance is quite unlike the scheme under which the vast majority

[17] Ma collègue invoque des décisions antérieures à l'arrêt *Dunsmuir* pour affirmer que le partage de la compétence en première instance ne fait pas obstacle à l'assujettissement à la norme de la raisonnable de la décision que rend le tribunal administratif en application de sa loi constitutive. Cette jurisprudence ne vaut toutefois que si elle « établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier » (*Dunsmuir*, par. 62).

[18] Les décisions récentes invoquées par la juge Abella appliquent toutes la norme de la décision raisonnable à un organisme qui exerce une compétence exclusive initiale que lui confère sa loi constitutive, d'où l'existence d'un « régime administratif distinct ». L'arrêt *Canada (CCDP)* porte sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, qui ne confère pas une compétence concurrente au tribunal administratif et à la cour de justice en première instance. Dès lors, la Cour conclut seulement que la norme applicable au vu des faits de l'espèce est celle de la décision raisonnable et elle confirme la présomption selon laquelle, « lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer sa propre loi [. . .] la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement » (par. 24 (je souligne)). Dans l'affaire *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, le contrôle judiciaire visait la décision d'un organisme disciplinaire fondée sur le *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1. La disposition applicable de ce code ne soulevait aucune question de constitutionnalité. Il s'agissait plutôt de savoir si le décideur, lorsqu'il avait tiré sa conclusion d'ordre factuel à partir des circonstances de l'espèce, avait « ag[i] de manière compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire, y compris les valeurs consacrées par la *Charte* » (*Doré*, par. 24). De toute manière, le décideur agissait dans le cadre d'un régime administratif distinct et avait compétence exclusive en matière disciplinaire suivant le *Code de déontologie des avocats*.

[19] Je tiens à bien préciser que le régime législatif suivant lequel un tribunal administratif et une cour de justice peuvent trancher une même question de droit en première instance diffère sensiblement



of judicial reviews arises. Concurrent jurisdiction at first instance seems to appear only under intellectual property statutes where Parliament has preserved dual jurisdiction between the tribunals and the courts. However, I leave the determination of the appropriate standard of review of a tribunal decision under other intellectual property statutes for a case in which it arises. Nothing in these reasons should be taken as departing from *Dunsmuir* and its progeny as to the presumptively deferential approach to the review of questions of law decided by tribunals involving their home statute or statutes closely connected to their function.

[20] It should be equally clear that the Board's application of the correct legal principles to the facts of a particular matter should be treated with deference, as are the decisions of this nature by trial judges on appellate review. However, I cannot agree with Abella J. that the question arising in this appeal is a question of mixed fact and law (para. 74). The issue in this case has been argued by the parties as a pure question of law. The Court is asked to determine whether a point-to-point transmission can ever constitute a communication "to the public" within the meaning of s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* (A.F., at para. 2). This is not a "questio[n] of mixed fact and law [that] involve[s] applying a legal standard to a set of facts" (*Housen v. Nikolaisen*, at para. 26); it is an extricable question of law.

B. *Can a Point-to-Point Transmission Effected at the Request of the Recipient Be a Communication "to the Public"?*

(1) Arguments of the Parties and Relevant Legislative Provisions

[21] Before this Court, the appellants maintain that a point-to-point communication by telecommunication of a discrete copy of a musical work

des régimes dont l'application donne lieu à la plupart des contrôles judiciaires. Il semble n'y avoir de compétence concurrente 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. Je ne me prononce cependant pas sur la norme de contrôle à laquelle il convient d'assujettir la décision d'un tribunal administratif rendue en application d'autres lois sur la propriété intellectuelle, car ce n'est pas l'objet du présent pourvoi. Les présents motifs ne sauraient être interprétés comme une rupture d'avec l'arrêt *Dunsmuir* ou ceux rendus dans sa foulée en ce qui concerne la déférence qui s'impose de prime abord lors du contrôle judiciaire d'une décision sur une question de droit que rend un tribunal administratif en interprétant sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat.

[20] Il convient de préciser également que lorsqu'elle applique les bons principes juridiques aux faits d'une affaire, la Commission a droit à la déférence, à l'instar du juge de première instance dont la même démarche est portée en appel. Or, je ne saurais convenir avec la juge Abella que la question qui se pose dans le présent dossier est une question mixte de fait et de droit (par. 74). Dans leurs plaidoiries, les parties l'ont présentée comme une pure question de droit. Notre Cour est appelée à décider s'il est même possible qu'une transmission point à point constitue une communication « au public » au sens de l'al. 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d'auteur* (m.a., par. 2). Il ne s'agit pas d'une « questio[n] mixt[e] de fait et de droit [qui] suppos[e] l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits » (*Housen c. Nikolaisen*, par. 26), mais bien d'une question de droit manifeste.

B. *La transmission point à point à la demande du destinataire peut-elle être considérée comme une communication « au public »?*

(1) Thèses des parties et dispositions législatives pertinentes

[21] Devant notre Cour, les appelantes soutiennent que la transmission point à point, par télécommunication, de la copie individuelle d'une œuvre musicale

is not a communication *to the public*, regardless of whether another copy of the same work is transmitted to a different customer at a different time. They argue that “the [Federal Court of Appeal’s] decision is directly contrary to . . . *CCH*”, where “all three Courts concluded that the Great Library’s facsimile service did not infringe the right to communicate to the public by telecommunication — based on analyzing whether *each* transmission was a communication to the public” (A.F., at paras. 8 and 45 (emphasis in original)). The appellants further support their position by reference to the legislative history of s. 3(1)(f) of the Act and U.S. authorities. SOCAN views the decisions of the Board and of the F.C.A. as correct and consistent with relevant international copyright conventions.

[22] The legal question in this appeal involves the interpretation of s. 3 of the Act. The right to communicate to the public by telecommunication is set out in s. 3(1)(f) of the Act:

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right . . .

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

and to authorize any such acts.

[23] Section 2 broadly defines “telecommunication” as “any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system”. There is no dispute in this appeal that the communications in issue are “telecommunications” within the meaning of the *Copyright Act*.

ne constitue pas une communication *au public*, et ce, peu importe qu’une autre copie de la même œuvre soit transmise ou non à un autre client à un moment différent. Elles ajoutent que [TRADUCTION] « la décision [de la Cour d’appel fédérale] va directement à l’encontre [. . .] de l’arrêt *CCH* », car « les juridictions successivement appelées à se prononcer dans cette affaire ont toutes trois conclu que le service de télécopie offert par la Grande bibliothèque ne portait pas atteinte au droit de communication au public, par télécommunication, après s’être demandé si *chacune* des transmissions était une communication au public » (m.a., par. 8 et 45 (en italique dans l’original)). Pour étayer leur thèse plus avant, les appelantes renvoient à l’historique législatif de l’al. 3(1)(f) de la Loi ainsi qu’à des décisions américaines. La SOCAN estime que les décisions de la Commission et de la Cour d’appel fédérale sont fondées et vont dans le sens des conventions internationales sur le droit d’auteur applicables.

[22] La question de droit soulevée dans le présent pourvoi a trait à l’interprétation de l’art. 3 de la Loi. Le droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication est énoncé à l’al. 3(1)(f) de la Loi :

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif . . .

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes.

[23] Une définition large du terme « télécommunication » figure à l’art. 2 : « toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique ». Nulle partie au pourvoi ne conteste que les communications en litige constituent des « télécommunications » au sens de la *Loi sur le droit d’auteur*.

(2) The Precedent in *CCH*: Interpreting “to the Public”

[24] The words “to the public” within the meaning of s. 3(1)(f) of the Act were considered in *CCH*. The Great Library offered the service of faxing reported judgments and excerpts of other legal materials to individual lawyers at the lawyer’s request. The publishers holding copyrights in the transmitted works argued that the fax transmissions of copies of their works to individual lawyers were communications to the public by telecommunication by the Great Library. Contrasting this situation with telecommunications in the context of subscription or pay-per-view television, at trial, Gibson J. found no communication to the public since “the telecommunications, by facsimile, emanated from a single point and were each intended to be received at a single point” ([2000] 2 F.C. 451 (T.D.), at para. 167).

[25] The conclusion was affirmed on appeal by the Federal Court of Appeal (2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213) and this Court. This Court, as did the F.C.A., held that “transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public”: *CCH* (SCC), at para. 78; *CCH* (FCA), at paras. 101 and 253. Both sets of reasons in the Federal Court rely on the ordinary meaning of the phrase “to the public”, as well as the definition of “public” in Art. 1721(2) of the *North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2 (“NAFTA”), to conclude that “to be ‘to the public’ a communication must be targeted at an aggregation of individuals, which is more than a single person but not necessarily the whole public at large” (Linden J.A., at para. 100 (emphasis added)). This Court agreed with the F.C.A.’s conclusion (para. 78).

[26] However, this Court expressly limited its ruling to the facts in *CCH*. McLachlin C.J. wrote:

The fax transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public. This said, a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright.

(2) L’arrêt *CCH* : Interprétation du terme « au public »

[24] Le terme « au public » employé à l’al. 3(1)f) de la Loi a été analysé dans l’affaire *CCH*. La Grande bibliothèque offrait aux avocats un service individuel de télécopie sur demande de jugements publiés et d’extraits d’autres documents juridiques. Titulaires du droit d’auteur sur les œuvres ainsi transmises, les éditeurs faisaient valoir que la télécopie de leurs œuvres à des avocats par la Grande bibliothèque constituait une communication au public par télécommunication. Établissant une comparaison avec la télécommunication dans le cadre de la télévision payante, le juge Gibson a conclu en première instance que les transmissions par télécopieur ne constituaient pas des communications au public, car elles « provenaient d’un seul point et étaient destinées à n’atteindre qu’un seul point » ([2000] 2 C.F. 451 (1<sup>re</sup> inst.), par. 167).

[25] La Cour d’appel fédérale (2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213) et notre Cour ont confirmé cette conclusion. À l’instar de la première, la seconde a jugé que « [t]ransmettre une seule copie à une seule personne [. . .] n’équivaut pas à communiquer l’œuvre au public » (*CCH* (C.S.C.), par. 78; *CCH* (C.A.F.), par. 101 et 253). Les deux opinions exprimées par les juges de la Cour fédérale prennent appui sur le sens ordinaire du terme « au public », ainsi que sur la définition du mot « public » au par. 1721(2) de l’*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 n<sup>o</sup> 2 (« ALÉNA »), et leurs auteurs concluent que « pour être faite “au public”, une communication doit être destinée à un groupe de personnes, ce qui est plus qu’une personne mais pas nécessairement tout le public en général » (le juge Linden, par. 100 (je souligne)). Notre Cour fait sienne la conclusion de la Cour d’appel fédérale (par. 78).

[26] Notre Cour précise toutefois que sa conclusion ne s’applique qu’aux faits de l’espèce. La juge en chef McLachlin dit en effet :

Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n’équivaut pas à communiquer l’œuvre au public. Cela dit, la transmission répétée d’une copie d’une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le

However, there was no evidence of this type of transmission having occurred in this case.

On the evidence in this case, the fax transmissions were not communications to the public. [Emphasis added; paras. 78-79.]

### (3) A Disagreement Based on Perspective

[27] Both parties in this appeal rely on *CCH* in support of their respective positions. They disagree, however, on the meaning of the caveat in *CCH* that “a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright”. The appellants argue that all three courts in *CCH* ruled that each transmission must be analyzed on its own, as a separate transaction, regardless of whether another communication of the same work to a different customer may occur at a later point in time. They submit that a “series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright” only where the series of transmissions to multiple users originate from a *single act* by the sender. They provide the example of multiple fax transmissions occurring successively as a result of a decision by the sender to fax to multiple recipients (“a broadcast fax” (A.F., at para. 70)). This is distinguishable in their view from discrete point-to-point transmissions which result from multiple unrelated acts by the sender. In SOCAN’s view, there is no requirement in *CCH* that the series of transmissions originate from a single act of the sender.

[28] The disagreement is based on perspective. Where the appellants argue that we must consider the *recipient* of each transmission, SOCAN and the decisions below focused on the *sender’s activities* in communicating a given work over time.

### (4) Transmissions Must Be Looked at in Context

[29] In my respectful view, the appellants’ proposition is untenable. Such a rule would produce

droit d’auteur. Toutefois, aucune preuve n’a établi que ce genre de transmission aurait eu lieu en l’espèce.

Compte tenu de la preuve, les transmissions par télécopieur ne constituaient pas des communications au public. [Je souligne; par. 78-79.]

### (3) Désaccord découlant d’optiques différentes

[27] Les deux parties au pourvoi invoquent l’arrêt *CCH* à l’appui de leur thèse respective, mais elles ne s’entendent pas sur l’application de la réserve qui y est exprimée, à savoir que « la transmission répétée d’une copie d’une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d’auteur ». Les appelantes soutiennent que les juridictions successivement saisies ont toutes trois statué que chacune des transmissions devait être analysée séparément et considérée comme une opération distincte, que la même œuvre soit ou non communiquée à un autre client ultérieurement. Elles estiment que « la transmission répétée d’une copie d’une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d’auteur » uniquement lorsque la transmission répétée à de multiples usagers résulte d’un *seul acte* de l’expéditeur. Elles donnent l’exemple de l’expéditeur qui décide de télécopier successivement le même message à de multiples destinataires (m.a., par. 70), ce qui diffère à leur avis de la transmission individuelle point à point qui résulte d’une série d’actes indépendants les uns des autres. Pour la SOCAN, l’arrêt *CCH* n’exige pas que la transmission répétée soit le résultat d’un seul acte de l’expéditeur.

[28] Ce désaccord s’explique par des optiques différentes. Alors que les appelantes soutiennent qu’il faut tenir compte du *destinataire* de chacune des transmissions, la SOCAN et les tribunaux inférieurs s’attachent aux *actes accomplis par l’expéditeur* pour communiquer l’œuvre pendant une période donnée.

### (4) Obligation de tenir compte du contexte dans l’analyse des transmissions

[29] À mon humble avis, la prétention des appelantes est indéfendable, car y faire droit mènerait

arbitrary results. For example, where a copyright-protected work is sent to 100 randomly selected members of the general public by way of a single e-mail with multiple recipients, on the appellants' approach, this would constitute a communication "to the public". However, under the same approach, the sender could avoid infringing copyright simply by executing the same task through sending separate e-mails to each of the 100 recipients. If the nature of the activity in both cases is the same, albeit accomplished through different technical means, there is no justification for distinguishing between the two for copyright purposes.

[30] Focusing on each individual transmission loses sight of the true character of the communication activity in question and makes copyright protection dependant on technicalities of the alleged infringer's chosen method of operation. Such an approach does not allow for principled copyright protection. Instead, it is necessary to consider the broader context to determine whether a given point-to-point transmission engages the exclusive right to communicate to the public. This is the only way to ensure that form does not prevail over substance.

[31] Sharlow J.A. addressed this issue in *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, leave to appeal refused, [2008] 2 S.C.R. vi ("CWTA"), holding that a person offering members of the public the opportunity to download ringtones for their mobile phones thereby communicates the musical works contained in the ringtones to the public. She wrote that this approach

is consistent with the language of [s. 3(1)(f) of the Act] and its context. It also accords with common sense. If a wireless carrier were to transmit a particular ringtone simultaneously to all customers who have requested it, that transmission would be a communication to the public. It would be illogical to reach a different result simply because the transmissions are done one by one, and thus at different times. [para. 43]

à des résultats arbitraires. Ainsi, suivant l'approche qu'elles préconisent, la transmission d'une œuvre protégée par l'envoi d'un seul courriel à 100 citoyens ordinaires choisis au hasard constituerait une communication « au public ». Pourtant, suivant la même logique, l'expéditeur qui ferait la même chose, mais en envoyant un courriel distinct à chacun de ces mêmes 100 destinataires ne violerait pas le droit d'auteur. Lorsque l'acte est foncièrement identique — bien qu'il soit accompli par des moyens techniques différents —, rien ne justifie d'établir une distinction entre les deux envois pour les besoins de l'application du droit d'auteur.

[30] S'attacher à chacune des transmissions individuelles fait perdre de vue la nature véritable de la communication en cause et subordonne la protection du droit d'auteur aux détails techniques du mode opératoire retenu par la personne qui violerait le droit d'auteur, ce qui n'est pas de nature à assurer une protection rationnelle du droit d'auteur. Il faut donc tenir compte du contexte général pour déterminer si une transmission point à point porte atteinte au droit exclusif de communiquer l'œuvre au public. C'est la seule façon de s'assurer que la forme ne l'emporte pas sur le fond.

[31] La juge Sharlow aborde la question dans l'arrêt *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539, autorisation de pourvoi refusée, [2008] 2 R.C.S. vi (« ACTSF »). Elle conclut que la personne qui offre aux particuliers la possibilité de télécharger des sonneries pour leurs téléphones portables communique au public l'œuvre musicale contenue dans ces sonneries. À son avis, cette interprétation

est compatible avec le libellé de [l'al. 3(1)(f) de la Loi] et avec son contexte. Elle s'accorde aussi avec le bon sens. Si une entreprise de télécommunications sans fil devait transmettre une sonnerie déterminée simultanément à tous les abonnés qui l'ont demandée, cette transmission constituerait une communication au public. Il serait illogique d'en arriver à un résultat différent pour la simple raison que les transmissions sont effectuées une par une et qu'elles ont donc lieu à des moments différents. [par. 43]

(5) The Appellants' Interpretation Would Exclude All On-Demand Transmissions

[32] In oral argument, counsel for the appellants seemed to go somewhat beyond the mere technicality of the transmissions by looking at the *intention* of the sender in accomplishing a given transmission. In the case of a “blas[t]” communication, he pointed out that the sender has “take[n] it upon [himself] to send [the work] out” (Transcript, at p. 24). By contrast, in the case of a one-to-one transmission, at least that from an online music service to a customer at the customer’s request, or from the Great Library in *CCH* to a patron, he argued that there is no intention that the same work ever be transmitted again “because it is entirely at the request of the consuming public” (p. 26). In the appellants’ view, this would justify differential treatment of the point-to-point transmission and the “blas[t]” communication.

[33] With respect, this proposition too must be rejected, for the same reason that focusing the analysis on the recipient of a transmission rather than on the overall context of the communication produces results inconsistent with the true character of the communication. The facts of this case underscore the point. The Board found that “[d]ownloads are ‘targeted at an aggregation of individuals’” and are “offered to anyone with the appropriate device who is willing to comply with the terms” (para. 97). It is hardly possible to maintain that “there is no intention that the same work ever be transmitted again”.

[34] In addition, the appellants’ proposed rule that each transmission be analyzed in isolation because each is initiated at the request of individual members of the public would have the effect of excluding all interactive communications from the scope of the copyright holder’s exclusive rights to communicate to the public and to authorize such communications. A stream is often effectuated at the request of the recipient. On-demand television allows viewers to request and view the desired

(5) Exclusion de toute transmission sur demande suivant l’interprétation préconisée par les appelantes

[32] Dans sa plaidoirie, l’avocat des appelantes a paru aller au-delà des seuls détails techniques de la transmission et s’intéresser à l’*intention* de l’expéditeur qui effectue une transmission donnée. Il a fait observer que dans le cas d’une communication [TRADUCTION] « à grande échelle », l’expéditeur « prend lui-même l’initiative de la transmission » (transcription, p. 24). En revanche, dans le cas d’une transmission individuelle, du moins celle effectuée par un service de musique en ligne à la demande d’un client ou par la Grande bibliothèque à un usager comme dans l’affaire *CCH*, l’avocat a fait valoir que l’intention n’est pas de transmettre de nouveau la même œuvre, « car la transmission a lieu uniquement à la demande d’un consommateur » (p. 26). Les appelantes en concluent qu’il est justifié de considérer la transmission point à point différemment de la communication « à grande échelle ».

[33] À mon humble avis, cette thèse doit également être écartée, car tout comme l’analyse qui s’attache au destinataire de la transmission plutôt qu’au contexte général de la communication, y faire droit mènerait à des résultats incompatibles avec la nature véritable de la communication, ce que confirment les faits de la présente affaire. La Commission conclut que « [l]es téléchargements sont “destiné[s] à un groupe de personnes” » et sont « offerts à quiconque possède l’appareil approprié et est disposé à remplir les conditions [établies] » (par. 97). Il n’est guère possible de soutenir que « l’expéditeur n’a pas l’intention de transmettre de nouveau la même œuvre ».

[34] Qui plus est, la règle dont les appelantes préconisent l’application de telle sorte que chacune des transmissions soit examinée isolément parce qu’elle intervient à la demande individuelle d’un utilisateur aurait pour effet de soustraire toute communication interactive au respect du droit exclusif du titulaire du droit d’auteur de communiquer son œuvre au public et d’autoriser pareille communication. Une transmission en continu est souvent effectuée à la demande du destinataire. La télévision sur

program at the time of their choosing. By definition, on-demand communications — relating to the so-called “pull” technologies — are initiated at the request of the user, independently of any other user, and each individual transmission happens in a point-to-point manner. None of these telecommunications would be considered as being made “to the public” simply because the *actual* transmission occurs at the initiative and discretion of the consumer to accept the invitation to the public to access the content.

[35] Nothing in the wording of s. 3(1)(f) of the Act implies such a limitation. A communication is not restricted to a purely non-interactive context.

(6) Section 3(1)(f) Is Not Limited to Traditional “Push” Technologies; It Is Technology-Neutral

[36] The right to communicate to the public is historically linked to traditional media that operated on a broadcasting, or “push”, model. As pointed out by the appellants, the predecessor to s. 3(1)(f) guaranteed copyright holders an exclusive right to communicate literary, dramatic, musical or artistic works by *radio-communication*. The predecessor section was introduced in 1931, implementing Article 11bis of the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 828 U.N.T.S. 221 (Rome Revision of 1928); J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, (4th ed. (loose-leaf), at p. 21-86); *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676, at p. 681. Radio-communications were understood to include transmissions by microwave over the airwaves: *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382. As such, the radio-communication right extended to radio and traditional over-the-air television broadcasting, notably leaving transmissions by cable outside of copyright protection.

demande permet au téléspectateur de commander puis de regarder l’émission de son choix au moment qui lui convient. Par définition, la communication sur demande — qui entre dans la catégorie de ce qu’on appelle l’« extraction personnalisée » — a lieu à l’initiative de l’utilisateur, indépendamment de tout autre utilisateur, et chacune des transmissions individuelles a lieu d’un point à un autre. Aucune de ces télécommunications ne pourrait être considérée comme une télécommunication « au public » pour le seul motif que la transmission *concrète* intervient à l’initiative et à la discrétion de l’utilisateur, qui répond à l’invitation lancée au public d’accéder au contenu en cause.

[35] Le libellé de l’al. 3(1)f) de la Loi ne justifie aucunement une interprétation aussi stricte. Il n’y a pas communication qu’en l’absence de toute interaction.

(6) Neutre sur le plan technologique, l’al. 3(1)f) ne vise pas que la « distribution sélective » traditionnelle

[36] Le droit de communication au public est historiquement lié aux médias traditionnels, qui fonctionnent selon le mode de la « radiodiffusion » ou de la « distribution sélective ». Comme le soulignent les appelantes, la disposition qui a précédé l’al. 3(1)f) actuel garantissait au titulaire du droit d’auteur le droit exclusif de transmettre son œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique au moyen de la *radiophonie*. Adoptée en 1931, l’ancienne disposition mettait en œuvre l’article 11bis de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 828 R.T.N.U. 221 (révisée à Rome en 1928) (J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 21-86); *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676, p. 681. Il était entendu que la communication par radiophonie incluait la transmission par micro-ondes (*Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l’É. 382). Le droit de communication par radiophonie visait les traditionnelles radiodiffusion et télédiffusion par ondes hertziennes, ce qui permettait tout particulièrement à la câblodistribution d’échapper à l’application du droit d’auteur.

[37] This technology-specific communication right was amended to the technologically *neutral* right to “communicate . . . to the public by telecommunication” to reflect the obligations entered into by Canada under NAFTA (*Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 and 62). The change from radio-communication to telecommunication meant that Canadian *cable* companies which previously escaped any payment of royalties under the “radio-communication” right, were now caught by the Act: S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), at p. 320.

[38] The historic relationship between the right to communicate to the public and broadcasting-type, “push” technologies, and the 1988 amendment in particular, is evidence that the Act has evolved to ensure its continued relevance in an evolving technological environment. The historic relationship does not support reading into the Act restrictions which are not apparent from and are even inconsistent with the neutral language of the Act itself.

[39] In addition, this Court has long recognized in the context of the reproduction right that, where possible, the Act should be interpreted to extend to technologies that were not or could not have been contemplated at the time of its drafting: *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.), aff’d [1988] 1 F.C. 673 (C.A.), aff’d [1990] 2 S.C.R. 209. That the Act was to apply to new technologies was recently reaffirmed in *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363, at para. 49, *per* LeBel and Fish JJ.:

Media neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Copyright Act* which describes a right to produce or reproduce a work “in any material form whatever”. Media neutrality means that the *Copyright Act* should continue to apply in different media, including more technologically advanced ones. . . . [I]t exists to protect the rights of authors and others as technology evolves.

[37] Ce droit de communication lié à un mode précis a été remplacé par un droit *neutre* sur le plan technologique, celui de « communiquer au public, par télécommunication », pour tenir compte des obligations contractées par le Canada dans l’ALÉNA (*Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61-62). Le passage de la « radiophonie » à la « télécommunication » a fait en sorte que les entreprises canadiennes de *câblodistribution* qui échappaient jusqu’alors au paiement de redevances pour la transmission par voie de « radiophonie » tombent désormais sous le coup de la Loi: S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), p. 320.

[38] Le lien historique entre le droit de communiquer au public et la « distribution sélective » ou « radiodiffusion », en particulier la modification apportée en 1988, montre bien que la Loi s’est adaptée pour demeurer en phase avec un contexte technologique en constante évolution. Ce lien ne permet pas de considérer que la Loi établit implicitement des restrictions qui ne ressortent pas de son libellé neutre ou qui sont même incompatibles avec celui-ci.

[39] De plus, dans le contexte du droit de reproduction, notre Cour reconnaît depuis longtemps que, dans la mesure du possible, la Loi doit être interprétée de manière à s’appliquer aux technologies qui n’existaient pas ou dont on ne pouvait prévoir l’existence lors de sa rédaction: *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), conf. par [1990] 2 R.C.S. 209. Le principe voulant que la Loi s’applique aux technologies nouvelles a récemment été confirmé par les juges LeBel et Fish dans l’arrêt *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 49 :

Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* reflète le principe de la neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d’auteur* continue de s’appliquer malgré l’usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d’une technologie plus avancée. [. . .] Le principe de la neutralité du support [. . .] a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue.



Although the words “in any material form whatever” qualify the right to “produce or reproduce the work” in s. 3(1), the same principle should guide the application of the neutral wording of the right to “communicate . . . to the public by telecommunication”. The broad definition of “telecommunication” was adopted precisely to provide for a communication right “not dependent on the form of technology” (*SOCAN v. CAIP*, at para. 90).

[40] Ultimately, in determining the extent of copyright, regard must be had for the fact that “[t]he *Copyright Act* is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator” (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 30). This balance is not appropriately struck where the existence of copyright protection depends merely on the business model that the alleged infringer chooses to adopt rather than the underlying communication activity. Whether a business chooses to convey copyright protected content in a traditional, “broadcasting” type fashion, or opts for newer approaches based on consumer choice and convenience, the end result is the same. The copyrighted work has been made available to an aggregation of individuals of the general public.

(7) Developments at the International Level Are Consistent in Encompassing On-Demand Communications to the Public in Copyright Protection

[41] Developments at the international level are consistent with this conclusion. Article 11*bis* of the *Berne Convention*, of which Canada is a party, sets out certain communication rights in literary and artistic works:

[*Broadcasting and Related Rights*]

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:

Bien que les mots « sous une forme matérielle quelconque » se rattachent au droit de « produire ou de reproduire [une] œuvre » prévu au par. 3(1), le même principe devrait présider à l’interprétation de la formulation neutre du droit de « communiquer au public, par télécommunication ». La définition large du mot « télécommunication » a précisément été adoptée afin que ce terme ne soit plus défini en fonction du « type de technologie en cause » (*SOCAN c. ACFI*, par. 90).

[40] En dernière analyse, pour déterminer le champ d’application du droit d’auteur, il faut se rappeler que la *Loi sur le droit d’auteur* « est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » (*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30). Cet équilibre n’est pas correctement établi lorsque, au lieu de dépendre de l’activité de communication sous-jacente, la protection de l’œuvre est entièrement tributaire du modèle d’entreprise retenu par celui qui contreviendrait au droit d’auteur. Qu’une entreprise choisisse de transmettre un contenu protégé selon le mode traditionnel de la « radiodiffusion » ou qu’elle opte pour une nouvelle technologie axée sur ce qui plaît ou convient à l’utilisateur, le résultat est en fin de compte le même : l’œuvre protégée est mise à la disposition d’un groupe de personnes faisant partie du grand public.

(7) La protection de l’œuvre communiquée sur demande au public s’inscrit dans l’évolution observée à l’échelle internationale

[41] Les changements survenus dans le monde confirment cette conclusion. L’article 11*bis* de la *Convention de Berne*, à laquelle le Canada est partie, énonce certains droits de communication d’œuvres littéraires et artistiques :

[*Droits de radiodiffusion et droits connexes*]

(1) Les auteurs d’œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d’autoriser :

- (i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images;
- (ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one;
- (iii) the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work.

[42] As stated earlier, s. 3(1)(f) is based on Article 11bis of the *Berne Convention*.

[43] The advent of on-demand technologies, and the Internet in particular, led to questions as to whether such new telecommunication technologies were encompassed in the communication right existing under the Berne regime. While it was possible to interpret the relevant articles as extending to on-demand transmissions over the Internet, there was ambiguity: S. Ricketson and J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (2nd ed. 2006), vol. I, at para. 12.48. For example, the word “broadcasting” used in Article 11bis(1) “may well imply widely sending a communication simultaneously to many recipients” (para. 12.49).

[44] In 1996, the *WIPO Copyright Treaty*, 2186 U.N.T.S. 121 (“WCT”), was entered into. The WCT is a special agreement within the meaning of Art. 20 of the *Berne Convention*, which stipulates that “[t]he Governments of the countries of the [Berne] Union reserve the right to enter into special agreements among themselves, in so far as such agreements grant to authors more extensive rights than those granted by the Convention, or contain other provisions not contrary to this Convention” (see Art. 1(1) of the WCT).

[45] Article 8 of the WCT reads:

- 1<sup>o</sup> la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images;
- 2<sup>o</sup> toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l’œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d’origine;
- 3<sup>o</sup> la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d’images, de l’œuvre radiodiffusée.

[42] Rappelons que l’al. 3(1)(f) s’inspire de l’article 11bis de la *Convention de Berne*.

[43] Les nouvelles technologies de télécommunication sur demande — Internet en particulier — ont suscité des interrogations quant à savoir si elles étaient visées par le droit de communication prévu dans la *Convention de Berne*. On pouvait certes considérer que les articles en cause s’appliquaient à la transmission « sur demande » par Internet, mais il y avait ambiguïté : S. Ricketson et J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond* (2<sup>e</sup> éd. 2006), vol. I, par. 12.48. Par exemple, le mot « radiodiffusion » employé à l’article 11bis(1) [TRADUCTION] « peut fort bien suggérer la communication simultanée à un grand nombre de destinataires » (par. 12.49).

[44] Le *Traité de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d’auteur*, 2186 R.T.N.U. 121, (« le Traité de l’OMPI »), a vu le jour en 1996. Il constitue un arrangement spécial au sens de l’article 20 de la *Convention de Berne*, qui dispose que « [l]es Gouvernements des pays de l’Union [constituée en vertu de la *Convention de Berne*] se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conférerait aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu’ils renfermeraient d’autres stipulations non contraires à la présente Convention » (voir l’article 1(1) du Traité de l’OMPI).

[45] L’article 8 du Traité de l’OMPI est libellé comme suit :

*[Right of Communication to the Public]* Without 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.

[46] Ricketson and Ginsburg comment on the meaning and legislative history of Art. 8 in these terms:

The WCT's principal innovation is its specification that the right of communication to the public includes a right of "making available to the public of [literary and artistic] works in such a way that members of the public may access those works from a place and at a time individually chosen by them". 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. [Emphasis added; para. 12.57.]

[47] The *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, chapter 5, "International Treaties and Conventions on Intellectual Property", No. 489 (2nd ed. 2004), comments that the "WCT . . . clarifies that that right also covers transmissions in interactive systems" (para. 5.226 (emphasis added)).

[48] In the end, "[t]he core concept of 'making available' . . . can fairly be called 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 D. Vaver and L. Bently, eds., *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish* (2004), 234, at p. 246).

[49] Canada has signed, but not yet ratified or legislatively adopted the WCT. Therefore, the WCT is not binding in this country. The WCT is only

*[Droit de communication au public]* Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2<sup>o</sup>), 11<sup>bis</sup>.1)1<sup>o</sup>) et 2<sup>o</sup>), 11<sup>ter</sup>.1)2<sup>o</sup>), 14.1)2<sup>o</sup>) et 14<sup>bis</sup>.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.

[46] Voici les observations de Ricketson et Ginsburg sur la portée et l'historique législatif de l'article 8 :

[TRADUCTION] La principale innovation du Traité de l'OMPI est qu'il précise que le droit de communiquer [une œuvre littéraire ou artistique] au public comprend le droit de la mettre « 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 ». Le Traité vise ainsi la transmission « sur demande » (par fil ou sans fil), car il précise bien que les destinataires peuvent être séparés tant dans l'espace que dans le temps. [Je souligne; par. 12.57.]

[47] Le guide de l'OMPI sur la propriété intellectuelle (*WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*) renferme les observations suivantes au chapitre 5 intitulé [TRADUCTION] « Conventions et traités internationaux sur la propriété intellectuelle », n<sup>o</sup> 489 (2<sup>e</sup> éd. 2004) : [TRADUCTION] « le Traité de l'OMPI [. . .] précise que ce droit s'applique aussi à la transmission par dispositif interactif . . . » (par. 5.226 (je souligne)).

[48] En somme, [TRADUCTION] « on ne saurait voir dans la notion fondamentale de "mise à disposition" [. . .] ni la réaffirmation d'un principe ni une nouveauté, car elle ne fait que lever une ambiguïté quant à savoir si l'ancien droit de communication au public s'appliquait ou non à l'"extraction personnalisée" » (J. C. Ginsburg, « The (new?) right of making available to the public », dans D. Vaver et L. Bently, dir., *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish* (2004), 234, p. 246).

[49] Le Traité de l'OMPI compte le Canada au nombre de ses signataires, mais il n'a pas encore été ratifié ou adopté par voie législative, de sorte qu'il

cited to demonstrate that the broad interpretation of s. 3(1)(f) of the Act, recognizing that a communication “to the public” subject to copyright protection may occur through point-to-point transmissions at the user’s request, is not out of step with Art. 8 of the WCT and international thinking on the issue.

#### (8) American Jurisprudence

[50] The appellants’ remaining argument is based on American jurisprudence. This argument must also be dismissed. They mainly rely on the decision of the Court of Appeals for the Second Circuit in *Cartoon Network v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008), in which it was held that the potential audience of *each point-to-point transmission* must be considered to determine whether a given transmission is “to the public”. The Second Circuit Court of Appeals found in that case that the transmissions were not “to the public”.

[51] This case is of no assistance to the appellants. The Court of Appeals for the Second Circuit relied on the specific language of the U.S. “transmit clause”. It held that the language of the clause itself directs considering who is “capable of receiving” a particular “transmission” or “performance”, and not of the potential audience of a particular “work” (p. 134). Quite to the contrary, our *Copyright Act* speaks more broadly of “communicat[ing a] work to the public”. This Court has recognized in the past important differences both in wording and in policy between Canadian and American copyright legislation. It has warned that “United States court decisions, even where the factual situations are similar, must be scrutinized very carefully” (see *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 367). The difference in statutory wording between the relevant provisions of the American legislation and of the Canadian *Copyright Act* is sufficient to render the U.S. decisions of no assistance in the interpretive exercise engaged here.

n’a pas force obligatoire au pays. Je le cite uniquement pour démontrer que l’interprétation large de l’al. 3(1)f) de la Loi, suivant laquelle la communication « au public » protégée peut s’entendre de la transmission point à point à la demande de l’utilisateur, n’est en décalage ni avec l’article 8 du Traité de l’OMPI ni avec les vues internationales sur le sujet.

#### (8) La jurisprudence américaine

[50] Les appelantes invoquent en dernier lieu la jurisprudence américaine, mais leur prétention fondée sur celle-ci doit également être rejetée. Elles tablent surtout sur l’arrêt *Cartoon Network c. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008), dans lequel la Cour d’appel des États-Unis pour le deuxième circuit statue qu’il faut tenir compte de l’auditoire potentiel *de chacune des transmissions point à point* pour déterminer s’il y a communication « au public ». Elle conclut finalement que les transmissions en cause ne constituent pas des communications « au public ».

[51] Cet arrêt n’étaye pas la thèse des appelantes. La Cour d’appel des États-Unis pour le deuxième circuit se fonde sur le libellé explicite de la [TRADUCTION] « disposition relative à la transmission ». Elle estime que le texte même de la disposition américaine oblige à tenir compte des personnes qui « peuvent » recevoir soit l’« émission », soit la « représentation » ou l’« exécution » en cause, et non de l’auditoire potentiel d’une « œuvre » donnée (p. 134). Dans notre *Loi sur le droit d’auteur*, le législateur s’exprime bien au contraire de façon plus générale : « communiquer au public [. . .] une œuvre . . . ». Notre Cour a reconnu dans le passé les différences importantes qui existent entre les lois canadienne et américaine sur le droit d’auteur tant sur le plan de la formulation que sur celui des principes. Elle a fait la mise en garde suivante : « La jurisprudence américaine doit [. . .] être analysée avec prudence même si elle porte sur des faits semblables . . . » (voir *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 367). La différence de formulation entre les dispositions américaines et notre *Loi sur le droit d’auteur* est suffisante pour que la jurisprudence américaine ne soit d’aucune utilité dans la présente entreprise d’interprétation.

(9) Summary

[52] These considerations are sufficient to dispose of the appellants' argument that a point-to-point transmission is necessarily a private transaction outside of the scope of the exclusive right to communicate to the public. To quote Sharlow J.A., at para. 35 of *CWTA*,

in determining whether paragraph 3(1)(f) applies to the transmission of a musical work in the form of a digital audio file, it is not enough to ask whether there is a one-to-one communication, or a one-to-one communication requested by the recipient. The answer to either of those questions would not necessarily be determinative because a series of transmissions of the same musical work to numerous different recipients may be a communication to the public if the recipients comprise the public, or a significant segment of the public.

*CCH* (SCC) determined that a "series of repeated . . . transmissions of the same work to numerous different recipients" may constitute a communication "to the public" within the meaning of s. 3(1)(f) of the Act (para. 78). Where such a series of point-to-point communications of the same work to an aggregation of individuals is found to exist, it matters little for the purposes of copyright protection whether the members of the public receive the communication in the same or in different places, at the same or at different times or at their own or the sender's initiative.

IV. Application to the Facts — Whether Online Music Services "Communicate to the Public"

[53] Although they occur between the online music provider and the individual consumer in a point-to-point fashion, the transmissions of musical works in this case, where they constitute "communications", can be nothing other than communications "to the public".

[54] Online music services provide catalogues of musical works. It is open to any customer willing

(9) Résumé

[52] Ces éléments permettent de statuer sur la thèse des appelantes suivant laquelle la transmission point à point est forcément une opération privée qui échappe au droit exclusif de communiquer au public. Je cite la juge Sharlow au par. 35 de l'arrêt *ACTSF* :

[P]our déterminer si l'alinéa 3(1)f) s'applique à la transmission d'une œuvre musicale sous forme de fichier audionumérique, il ne suffit pas de se demander si l'on a affaire à une communication entre un expéditeur unique et un destinataire unique ou à une communication unique demandée par le destinataire. La réponse à l'une et l'autre de ces questions ne serait pas nécessairement déterminante parce qu'une série de transmissions de la même œuvre musicale à un grand nombre de destinataires différents peut constituer une communication au public si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public.

Dans l'arrêt *CCH* (CSC), la Cour opine que la « transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public » au sens de l'al. 3(1)f) de la Loi (par. 78). Lorsqu'on conclut à l'existence d'une série de communications point à point de la même œuvre à un groupe de personnes, il importe peu, pour déterminer si la protection du droit d'auteur s'applique, que les destinataires reçoivent la communication au même endroit ou en des lieux différents, au même moment ou à des moments différents, à leur initiative ou à celle de l'expéditeur.

IV. Application aux faits — La transmission de fichiers de musique par un service en ligne constitue-t-elle une « communication au public »?

[53] Même si elle intervient point à point entre le service de musique en ligne et un consommateur individuel, la transmission d'œuvres musicales considérée en l'espèce, lorsqu'elle constitue une « communication », ne peut être autre chose qu'une communication « au public ».

[54] Le service de musique en ligne propose des œuvres musicales au moyen d'un catalogue. Tout

to pay the purchase price to download or stream the works on offer. The works in the catalogues could as a result be transmitted to large segments of the public — if not the public at large. Through the commercial activities of the online music services, the works in question have the potential of being put in the possession of an aggregation of customers. Indeed, the appellants’ business model is premised on the expectation of multiple sales of any given musical work. Achieving the highest possible number of online sales is the very *raison d’être* of online music services. The number of actual transmissions depends only on the commercial success of a given work. The necessary implication of this business model is that there will be a “series of repeated . . . transmissions of the same work to numerous different recipients” (*CCH (SCC)*, at para. 78). The conclusion that a communication “to the public” occurs is consistent with reality. As Professor Vaver explains,

[i]f the content is intentionally made available to anyone who wants to access it, it is treated as communicated “to the public” even if users access the work at different times and places.

(D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 173)

[55] These facts are distinguishable from those in *CCH* and the holding in that case does not assist the appellants. The publishers alleging infringement in *CCH* had presented no evidence that the Great Library was communicating the same works in a serial fashion or that the Great Library had made the works generally available at any lawyer’s request. The Great Library’s employees examined and accordingly accepted or refused every request on its own merits, thus retaining control over access to the works.

[56] Following the online music services’ business model, musical works are indiscriminately

consommateur disposé à payer le prix exigé peut télécharger ou écouter grâce à la transmission en continu les œuvres ainsi mises à sa disposition. Les œuvres inscrites au catalogue pourraient donc être transmises à de grands pans de la population, voire au grand public. En raison de l’activité commerciale du service de musique en ligne, les œuvres en cause sont susceptibles de se retrouver entre les mains d’un ensemble de consommateurs. D’ailleurs, le modèle d’entreprise des appelantes suppose qu’une même œuvre musicale fera l’objet de ventes multiples. Réaliser le plus grand nombre possible de ventes en ligne est la *raison d’être* même d’un service de musique en ligne. Le nombre de transmissions effectuées dans les faits tient uniquement au succès commercial de l’œuvre en question. Ce modèle d’entreprise suppose donc la « transmission répétée [. . .] d’une même œuvre à de nombreux destinataires » (*CCH (CSC)*, par. 78). La conclusion qu’il y a communication « au public » correspond à la réalité. Le professeur Vaver explique :

[TRADUCTION] On considère que le contenu volontairement mis à la disposition de toute personne qui souhaite y accéder est communiqué « au public », et ce, même si les utilisateurs y accèdent à des moments et à des endroits différents ».

(D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2<sup>e</sup> éd. 2011), p. 173)

[55] Les faits de la présente espèce diffèrent de ceux de l’affaire *CCH*, et la décision rendue dans cet autre dossier n’appuie pas la prétention des appelantes. Dans *CCH*, les éditeurs qui alléguaient la violation du droit d’auteur n’ont pas présenté d’éléments de preuve tendant à démontrer que la Grande bibliothèque communiquait simultanément les mêmes œuvres en série ou qu’elle les mettait à la disposition du public en général à la demande d’un avocat. Les employés de la Grande bibliothèque examinaient, puis donnaient suite ou non, à chacune des demandes de manière discrétionnaire, de sorte qu’ils demeuraient maîtres de l’accès aux œuvres.

[56] Dans le cas d’un service de musique en ligne, les œuvres musicales sont indistinctement mises à la

made available to anyone with Internet access to the online music service's website. This means that the customers requesting the streams are not members of a narrow group, such as a family or a circle of friends. Simply, they are "the public". In these circumstances, the transmission of any file containing a musical work, starting with the first, from the online service's website to the customer's computer, at the customer's request, constitutes "communicat[ing] the work to the public by telecommunication".

#### V. Conclusion

[57] The appeal is allowed in respect of downloads for the reasons set out by the majority in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* and dismissed in respect of music streamed from the Internet in accordance with these reasons. In view of the divided result, each party should bear its own costs.

The following are the reasons delivered by

[58] ABELLA J. — I agree with Justice Rothstein that in the case of streams only, not downloads, we ought not to disturb the Copyright Board's conclusion that a point-to-point communication from an online service provider, effected at the request of a customer, can be a communication "to the public". The focus of these concurring reasons, however, is on the standard of review.

[59] In my respectful view, the majority's conclusion about how to approach the standard of review overcomplicates what should be a straightforward application of the reasonableness standard. The Board, when interpreting its home statute in setting tariffs for the communication of new forms of digital media, should be accorded the same deference and be reviewed on the same standard as every other specialized tribunal in Canada.

disposition de quiconque a accès à son site Internet. Dès lors, le consommateur qui demande la transmission en continu ne fait pas partie d'un groupe restreint, comme la famille ou le cercle d'amis. Il fait seulement partie du « public ». Dans ces conditions, transmettre un fichier contenant une œuvre musicale, du site Internet du fournisseur à l'ordinateur du consommateur, à la demande de ce dernier, équivaut dès la première fois à « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre ».

#### V. Dispositif

[57] Le pourvoi est accueilli en ce qui concerne le téléchargement pour les motifs invoqués par les juges majoritaires dans *Entertainment Software Association c. Société canadienne des compositeurs, auteurs et éditeurs de musique* et rejeté en ce qui a trait à la transmission de musique en continu sur Internet pour les motifs qui précèdent. Chacune des parties ayant partiellement gain de cause, elle supportera ses propres frais de justice.

Version française des motifs rendus par

[58] LA JUGE ABELLA — Je conviens avec le juge Rothstein que, dans le cas de la transmission en continu, mais pas dans celui du téléchargement, il n'y a pas lieu de modifier la conclusion de la Commission du droit d'auteur selon laquelle la communication point à point effectuée par le fournisseur de services en ligne à la demande du client peut constituer une communication « au public ». Toutefois, les présents motifs concordants portent sur la norme de contrôle applicable.

[59] Soit dit en tout respect, j'estime que, dans leur analyse de la norme de contrôle applicable, les juges majoritaires compliquent à outrance ce qui devrait être en fait un cas simple d'application de la norme de la raisonabilité. Lorsqu'elle interprète sa loi constitutive aux fins de l'établissement de tarifs pour la communication effectuée grâce aux nouveaux médias numériques, la Commission devrait avoir droit à la même déférence et être soumise à la même norme que tout autre tribunal administratif spécialisé au Canada.

[60] Since *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court has unwaveringly held that institutionally expert and specialized tribunals are entitled to a presumption of deference when interpreting their home statute. Applying a correctness standard of review on the sole basis that a court might interpret the same statute, in my view, takes us back to the pre-*Dunsmuir* focus on relative expertise between courts and tribunals and the view that courts prevail whenever it comes to questions of law. This effectively drains expert tribunals of the deference and respect they are owed, as is reflected in the language of *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN v. CAIP*), which the majority's reasons rely on to conclude that the Board's legal determinations should be reviewed on a correctness standard:

The *Copyright Act* is an act of general application which usually is dealt with before courts rather than tribunals. The questions at issue in this appeal are legal questions. . . . [T]he Board's ruling . . . addresses a point of general legal significance far beyond the working out of the details of an appropriate royalty tariff, which lies within the core of the Board's mandate. [Emphasis added; para. 49.]

[61] This Court recently held in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 S.C.R. 654 (*ATA*), that deference on judicial review is presumed any time a tribunal interprets its home statute:

[U]nless the situation is exceptional, and we have not seen such a situation since *Dunsmuir*, the interpretation by the tribunal of "its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review. [Emphasis added; para. 34.]

[62] The existing exceptions to the presumption of home statute deference are, as noted in *ATA*, constitutional questions and questions of law of

[60] Depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, notre Cour reconnaît invariablement l'application présumée de la norme déférente au tribunal administratif doté d'une expertise spécialisée lorsqu'il interprète sa loi constitutive. Appliquer la norme de la décision correcte pour la seule raison qu'une cour de justice pourrait être appelée à interpréter la même loi nous ramène selon moi à la situation d'avant *Dunsmuir* où l'on s'attachait à l'expertise relative du décideur administratif et de la cour, et où l'on considérait que toute question de droit ressortissait aux cours de justice. En fait, une telle démarche nie au tribunal expert la déférence et le respect auxquels il a droit, comme l'illustre le passage suivant tiré de l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN c. ACFI*), qu'invoquent les juges majoritaires pour assujettir à la norme de la décision correcte les conclusions de droit de la Commission :

La *Loi sur le droit d'auteur* est une loi de portée générale dont l'application relève habituellement des cours de justice, et non des tribunaux administratifs. Les questions en litige dans le présent pourvoi sont des questions de droit. [ . . . ] [La décision de la Commission] a tranché une question de droit d'une importance générale allant bien au-delà de la mise au point d'un tarif de redevances approprié, laquelle est au cœur du mandat de la Commission. [Italiques ajoutés; par. 49.]

[61] Récemment, dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654 (*ATA*), la Cour dit que, lors du contrôle judiciaire, la déférence se présume dès lors que le tribunal administratif interprète sa loi constitutive :

[S]auf situation exceptionnelle — et aucune ne s'est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de « sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire. [Italiques ajoutés; par. 34.]

[62] Dans *ATA*, la Cour signale que les questions qui font alors exception à la présomption de déférence que commande l'interprétation de la



central importance to the legal system and outside the adjudicator's specialized expertise (*ATA*, at para. 30; *Dunsmuir*, at paras. 58 and 60). The Court in *ATA* also questioned the continued existence of another exception: the problematic category of true questions of jurisdiction or *vires* (paras. 33-34).

[63] In concluding that the Copyright Board's concurrent jurisdiction with all federal and provincial courts in Canada warrants a correctness standard of review, the majority's reasons have added a new exception — shared jurisdiction with courts. This is not even hinted at in *Dunsmuir*. Nor is anything about this new category obviously analogous to the other exceptions to the presumption of home statute deference, which are essentially legal questions beyond the quotidian work of a tribunal. Nor is it obvious to me why shared jurisdiction should be seen to displace Parliament's attributed intention that a tribunal's specialized expertise entitles it to be reviewed with restraint. It appears to spring full panoplied from a different brow.

[64] We attribute expertise to a tribunal on the basis that Parliament has delegated decision making to it as an *institutionally specialized body*. *Dunsmuir* recognized the reality that "in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime": at para. 49, citing David J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93. This idea was reinforced by this Court in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, [2009] 1 S.C.R. 339, where the majority held that express or implied statutory direction was not required before granting deference to a tribunal — deference flowed instead

loi constitutive sont les questions constitutionnelles, ainsi que les questions de droit d'une importance capitale pour le système juridique et étrangères au domaine d'expertise du décideur (*ATA*, par. 30; *Dunsmuir*, par. 58 et 60). Elle s'interroge également quant à savoir si une autre exception existe toujours, celle correspondant à la catégorie problématique des véritables questions de compétence ou *vires* (par. 33-34).

[63] En concluant que la compétence que se partagent la Commission et l'ensemble des cours de justice provinciales et fédérales du Canada justifie l'application de la norme de la décision correcte, les juges majoritaires créent une nouvelle exception, celle de la compétence concurrente. Outre l'absence de toute allusion à cette nouvelle catégorie dans *Dunsmuir*, elle n'est manifestement semblable en rien aux autres exceptions à l'assujettissement présumé à la norme déférente du tribunal qui interprète sa loi constitutive, à savoir les questions de droit qui échappent au travail quotidien d'un tribunal administratif. Je ne vois pas non plus pourquoi l'existence d'une compétence concurrente écarterait l'intention prêtée au législateur, à savoir qu'en raison de son expertise spécialisée, le tribunal administratif a droit à la retenue judiciaire lors du contrôle de ses décisions. Cette nouvelle exception, entièrement blindée, paraît surgir d'une source déférente.

[64] L'expertise reconnue au tribunal administratif tient au pouvoir décisionnel que lui délègue le législateur à titre d'*institution spécialisée*. Dans *Dunsmuir*, la Cour constate que « dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » : par. 49, citant David J. Mullan, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93. Dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339, les juges majoritaires de notre Cour renchérissent, estimant que la déférence à laquelle a droit le décideur administratif n'est pas subordonnée à l'existence d'une directive législative expresse ou implicite,

from the tribunal’s “day to day” statutory familiarity (para. 25).

[65] The Board has specialized expertise in interpreting the provisions of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42. The fact of shared jurisdiction does not undermine this expertise, the basis for institutional deference. The Board does not simply “wor[k] out . . . the details of an appropriate royalty tariff”, despite what is suggested in *SOCAN v. CAIP*, at para. 49. It sets policies that collectively determine the rights of copyright owners and users, and plays an important role in achieving the proper balance between those actors: Margaret Ann Wilkinson, “Copyright, Collectives, and Contracts: New Math for Educational Institutions and Libraries”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”* (2010), 503, at p. 514.

[66] The Board has highly specialized knowledge about the media technologies used to create and disseminate copyrighted works, such as the Internet, digital radio, satellite communications, as well as related economic issues: Copyright Board Canada, Performance Report for the period ending 31 March 2003 (online), at Section II: Departmental Context — Organization, Mandate and Strategic Outcomes. This specialized knowledge is precisely the kind of institutional expertise that *Dunsmuir* concluded was entitled to deference.

[67] In the case before us, the Board is tasked with determining whether downloading a musical work constitutes a “communicat[ion] . . . to the public” within s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*. This question involves examining many facets, including how music is accessed (e.g., through a stream versus a download), recent changes and trends in the way that users and consumers access music, and how all of this impacts on the ability of copyright owners to obtain compensation for their work.

mais découle plutôt de la connaissance approfondie des dispositions qu’il applique acquise « quotidiennement » (par. 25).

[65] La Commission du droit d’auteur possède une expertise spécialisée dans l’interprétation de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42. L’existence d’une compétence concurrente n’enlève rien à cette expertise, qui appelle la déférence envers l’institution. La Commission ne se livre pas simplement à la « mise au point d’un tarif de redevances approprié », malgré ce que laisse entendre la Cour dans *SOCAN c. ACFI*, par. 49. Elle adopte un ensemble de politiques qui définit les droits du titulaire du droit d’auteur et ceux de l’utilisateur et elle joue un rôle important dans l’établissement d’un juste équilibre entre ces acteurs : Margaret Ann Wilkinson, « Copyright, Collectives, and Contracts : New Math for Educational Institutions and Libraries », dans Michael Geist, dir., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”* (2010), 503, p. 514.

[66] Elle possède des connaissances très spécialisées sur les technologies de communication employées pour créer et diffuser des œuvres protégées par le droit d’auteur, comme Internet, la radio numérique et la communication par satellite, ainsi que sur les enjeux économiques connexes : Commission du droit d’auteur du Canada, Rapport sur le rendement pour l[a] période se terminant le 31 mars 2003 (en ligne), Partie II : Contexte ministériel — Organisation, mandat et résultats stratégiques. Ces connaissances spécialisées correspondent précisément au type d’expertise institutionnelle qui commande la déférence suivant *Dunsmuir*.

[67] En l’espèce, la Commission est appelée à déterminer si télécharger une œuvre musicale équivaut à la « communiquer au public » pour l’application de l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Pour trancher, il lui faut examiner de nombreuses facettes, notamment la manière dont l’utilisateur et le consommateur obtiennent l’accès à l’œuvre musicale (p. ex., transmission en continu ou téléchargement), les tendances et mutations récentes à cet égard, ainsi que l’incidence de ces réalités sur la rémunération du titulaire du droit d’auteur pour son travail.

[68] In exercising its mandate, the Board must interpret the meaning of several provisions in the *Copyright Act*, including the exclusive rights of copyright owners listed in s. 3(1). The fact that a court might in another case be asked to interpret the same provisions of the *Copyright Act* does not detract from the Board's particular familiarity and expertise with the provisions of the *Copyright Act*. Nor does it make this legislation any less of a home statute to the Board. The *Act* may sometimes be home to other judicial actors as part of their varied adjudicative functions, but their occasional occupancy should not deprive the Board of the deference it is entitled to as the permanent resident whose only task is to interpret and apply the *Act*.

[69] The majority bases its conclusion that shared jurisdiction attracts a correctness standard on the possibility of inconsistent results stemming from a more deferential standard of review for the Board's interpretation of the *Act*. But this Court in *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 S.C.R. 160, considered — and rejected — concerns over the possibility of multiple interpretations flowing from deference. Justice Fish noted that even prior to *Dunsmuir*, the standard of reasonableness was based on the idea that multiple valid interpretations of a statutory provision were inevitable, and ought not to be disturbed unless the tribunal's decision was not rationally supported (paras. 38-39).

[70] The majority's reasons also suggest that concurrent jurisdiction between tribunals and courts is rare, and therefore no threat to the integrity of the "home statute" presumption. Yet tribunals often share jurisdiction with courts in interpreting and applying the same statutory provisions. Both the Trade-marks Opposition Board and the Federal Court, for example, interpret and apply s. 6 of the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13, to determine whether a trade-mark is "confusing". The Board applies s. 6 in the context of opposition proceedings seeking to block registration of a trade-mark,

[68] Dans l'exécution de son mandat, la Commission interprète plusieurs dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont le par. 3(1), qui énumère les droits exclusifs reconnus au titulaire du droit d'auteur. La possibilité qu'une cour de justice soit appelée à interpréter les mêmes dispositions dans une autre affaire n'enlève pas à la Commission sa connaissance approfondie de la *Loi sur le droit d'auteur* ni son expertise dans l'application de celle-ci. La *Loi sur le droit d'auteur* n'en demeure pas moins sa loi constitutive. Même si, dans certains cas, la *Loi* accueille en sa demeure des acteurs judiciaires aux fonctions juridictionnelles variées, ce séjour occasionnel ne saurait éclipser la déférence à laquelle a droit l'occupant permanent, la Commission, dont l'unique tâche est d'interpréter et d'appliquer la *Loi*.

[69] Les juges majoritaires fondent leur conclusion qu'une compétence concurrente commande l'application de la norme de la décision correcte sur le risque que des décisions incompatibles découlent de l'application d'une norme déférente à l'interprétation de la *Loi* par la Commission. Or, dans *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 R.C.S. 160, notre Cour considère puis écarte les craintes exprimées quant à la possibilité que la déférence entraîne de multiples interprétations. Le juge Fish fait remarquer que, même avant *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable reposait sur l'idée que de multiples interprétations valables d'une même disposition législative sont inévitables et qu'il faut se garder d'intervenir, sauf lorsque la décision du tribunal administratif n'a pas de fondement rationnel (par. 38-39).

[70] Les juges majoritaires laissent également entendre que, dans la mesure où une même compétence échoit rarement à la fois à un décideur administratif et à une cour de justice, la présomption dont bénéficie l'interprétation de la loi constitutive n'est pas menacée. Or, le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les mêmes dispositions législatives est souvent partagé. Par exemple, la Commission des oppositions des marques de commerce et la Cour fédérale sont toutes deux habilitées à interpréter et à appliquer l'art. 6 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, pour déterminer si une

while the Federal Court applies s. 6 in the context of actions for infringement or claims seeking the expungement of a registered trade-mark on the basis that it is invalid: see *Chamberlain Group Inc. v. Lynx Industries Inc.*, 2010 FC 1287, 379 F.T.R. 270; *Alticor Inc. v. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 FCA 269, 339 N.R. 56.

[71] Notwithstanding this shared jurisdiction, the Trade-marks Opposition Board's decisions are nevertheless reviewed on a reasonableness standard, as Rothstein J.A. concluded for the majority in *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.):

*Having regard to the Registrar's expertise . . . I am of the opinion that decisions of the Registrar, whether of fact, law or discretion, within his area of expertise, are to be reviewed on a standard of reasonableness simpliciter . . . [unless] additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar's findings of fact . . . . [Emphasis added; para. 51.]*

[72] And in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 471, this Court applied a reasonableness standard to the Canadian Human Rights Tribunal's conclusion that the terms "compensate . . . for any expenses incurred by the victim" in s. 53(2)(c) and (d) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, gave it the authority to award costs. Justices LeBel and Cromwell, for the Court, noted that even though the issue of "costs" could arise before other adjudicative bodies, *including the courts*, this was not an automatic reason to apply a correctness standard. Instead, the Court found that the question was *within the Tribunal's expertise*, and therefore reviewable on a reasonableness standard of review:

marque crée de la « confusion ». La première peut connaître de la procédure d'opposition à l'enregistrement d'une marque de commerce, tandis que la seconde applique l'art. 6 dans le cadre d'une action pour violation ou d'une demande de radiation de l'enregistrement d'une marque de commerce pour cause d'invalidité : voir *Chamberlain Group Inc. c. Lynx Industries Inc.*, 2010 CF 1287 (CanLII); *Alticor Inc. c. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 CAF 269 (CanLII).

[71] Malgré cette compétence concurrente, les décisions de la Commission d'opposition des marques de commerce demeurent assujetties à la norme de la raisonabilité, ce qu'a déjà expliqué comme suit le juge Rothstein, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.) :

*Compte tenu de l'expertise du registraire, [ . . . ] je considère que les décisions du registraire qui relèvent de son champ d'expertise, qu'elles soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu'elles résultent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable simpliciter [ . . . ] [sauf si] une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir un effet sur les conclusions du registraire . . . [Italiques ajoutés; par. 51.]*

[72] En outre, dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471, notre Cour applique la norme de la décision raisonnable à la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne selon laquelle les mots « indemniser la victime [ . . . ] des dépenses entraînées par l'acte » employés aux al. 53(2)c) et d) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, l'habilite à adjuger des dépens. Au nom de la Cour, les juges LeBel et Cromwell y font remarquer que, même si d'autres organismes juridictionnels, *dont les cours de justice*, peuvent être saisis de la question des « dépens », la norme de la décision correcte ne s'applique pas pour autant d'office. La Cour estime plutôt que cette question *relève de l'expertise du Tribunal* et que la décision s'y rapportant doit donc être contrôlée suivant la norme de la décision raisonnable :

There is no doubt that the human rights tribunals are often called upon to address issues of very broad import. But, the same questions may arise before other adjudicative bodies, particularly the courts. . . .

if the issue relates to the *interpretation and application of its own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply and the Tribunal will be entitled to deference.* [Emphasis added; paras. 23-24.]

[73] There are other examples of the application of a reasonableness standard notwithstanding shared jurisdiction between tribunals and courts. Most recently, in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, this Court applied a reasonableness standard in determining whether a disciplinary board properly applied the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*' guarantee of freedom of expression in disciplining a lawyer under Quebec's *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1. The fact that "freedom of expression" is concurrently interpreted by the courts did not in any way detract from the deference given to the discipline board in applying the *Charter*. If concurrent jurisdiction with the courts in interpreting and applying something as legally transcendent as the *Charter* does not affect the deference to which tribunals are entitled in interpreting their own mandate, surely it is hard to justify carving out copyright law for unique judicial "protection".

[74] Even if shared jurisdiction is accepted as a justification for reviewing the Board's legal determinations on a standard of correctness, the Board's mandate was to decide whether a particular activity — downloading a musical work — is the type of activity captured by the phrase "communicate . . . to the public" in s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*, thereby triggering a tariff. This is a question of mixed fact and law which, according to *Dunsmuir*, attracts deference. The view that we can extricate a legal definition of "communicate . . . to the public" under s. 3(1)(f), from the context of the complex and interlocking facts and policies

Nul doute qu'un tribunal des droits de la personne est souvent appelé à se prononcer sur des questions de très large portée. Or, les mêmes questions peuvent être soulevées devant d'autres organismes juridictionnels, en particulier des cours de justice. . . .

lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer sa propre loi, dans son domaine d'expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement, et le Tribunal a droit à la déférence. [Italiques ajoutés; par. 23-24.]

[73] La norme du caractère raisonnable a été retenue dans d'autres cas malgré la compétence concurrente conférée à un tribunal administratif et à une cour de justice. En effet, dans l'affaire récente *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, c'est en fonction de cette norme que la Cour a déterminé si, lorsqu'il avait réprimandé un avocat en application du *Code de déontologie des avocats* du Québec, R.R.Q. 1981, ch. B-1, le Comité de discipline avait bien interprété la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le pouvoir concurrent des cours de justice de se prononcer sur la « liberté d'expression » n'écarte pas la déférence à laquelle a droit le Comité de discipline lorsqu'il applique la *Charte*. Si une compétence concurrente à l'égard de l'interprétation et de l'application d'un texte juridique aussi transcendant que la *Charte* n'écarte pas la déférence qui s'impose envers le tribunal administratif lorsqu'il interprète son propre mandat, il est assurément difficile de justifier que les dispositions sur le droit d'auteur bénéficient d'une « protection » judiciaire particulière.

[74] À supposer même que l'existence d'une compétence concurrente justifiait que le contrôle de ses conclusions de droit s'effectue au regard de la norme de la décision correcte, la Commission avait pour mandat de déterminer si une activité — télécharger une œuvre musicale — équivalait à « communiquer au public » pour l'application de l'al. 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d'auteur* et emportait l'exigibilité d'une redevance. Il s'agit d'une question mixte de fait et de droit qui, selon *Dunsmuir*, commande la déférence. Il me paraît irréaliste de dégager la portée juridique des mots « communiquer au public » du contexte constitué des faits

considered by the Board in setting a tariff, strikes me as unrealistic. The majority, however, sees two extricable legal questions: the definition of “communicate” and the definition of “to the public”: see also the companion appeal, *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 231.

[75] “Extricating” legal issues from a question of mixed fact and law is an appellate review concept that was developed in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235. In the context of judicial review, however, extricating legal issues — sometimes referred to as “segmentation” — presents several problems. Unlike trial courts, which have no expertise relative to appellate courts when interpreting a statute, most tribunals are granted particular mandates, giving them specialized expertise in interpreting and applying their home statute to a particular set of facts.

[76] In *Dunsmuir*, while Bastarache and LeBel JJ. for the majority did not define “mixed fact and law” questions, they did discuss the issue of “separat[ing]” legal and factual issues at paras. 51-53:

Where the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically. We believe that *the same standard must apply to the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated.* [Emphasis added; citations omitted; para. 53.]

[77] This statement was recently affirmed by this Court in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 65. In that decision, the Chief Justice held that the B.C. Utilities Commission’s conclusion that consultation with First Nations was not required for the approval of an Energy Purchase Agreement was a question of mixed fact and law (at para. 78). She declined to classify the Commission’s decision within the scheme of the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, as a “constitutional question”

et des politiques à la fois complexes et interdépendants dont la Commission tient compte pour fixer un tarif. Or, les juges majoritaires dégagent deux questions de droit : la définition de « communiquer » et celle d’« au public » (voir également le pourvoi connexe *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231).

[75] L’opération qui consiste à « dégager » une question de droit d’une question mixte de fait et de droit, propre à l’appel, a vu le jour dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235. Cependant, dans le contexte d’un contrôle judiciaire, cette opération (parfois appelée « fractionnement ») soulève plusieurs problèmes. Contrairement à la cour de justice qui n’est ni plus ni moins experte que la cour d’appel pour interpréter une loi, le tribunal administratif se voit confier dans la plupart des cas un mandat particulier, ce qui lui confère une expertise spécialisée pour interpréter sa loi constitutive et l’appliquer aux faits d’une espèce.

[76] Sans définir la question « mixte de fait et de droit », dans *Dunsmuir*, les juges Bastarache et LeBel, aux par. 51-53 de leurs motifs majoritaires, se penchent sur l’éventualité que les éléments qui la composent puissent être « dissociés » :

En présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s’impose habituellement d’emblée. Nous sommes d’avis que *la même norme de contrôle doit s’appliquer lorsque le droit et les faits s’entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés.* [Italiques ajoutés; références omises; par. 53.]

[77] La Cour a récemment confirmé cet avis dans l’arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 65. La Juge en chef voit une question mixte de fait et de droit dans la conclusion de la B.C. Utilities Commission selon laquelle l’approbation d’un contrat d’achat d’électricité n’était pas subordonnée à la consultation des Premières nations (par. 78). Elle se refuse à qualifier la décision de la Commission, suivant l’*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, soit de « question constitutionnelle » ou de droit, soit

or question of law on the one hand, or a finding of fact on the other. Instead, citing *Dunsmuir*, she held that the mixed question “falls between the legislated standards and thus attracts the common law standard of ‘reasonableness’” (para. 78).

[78] Moreover, this Court has repeatedly held that the application of multiple standards of review to different aspects of a tribunal’s decision — one for questions of law and one for questions of fact — should be avoided, urging instead that the tribunal’s decision be reviewed as a whole. As Iacobucci J. explained for the majority in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157 (*CBC v. Canada*):

While the [Canada Labour Relations Board] may have to be correct in an isolated interpretation of external legislation, the standard of review of the decision as a whole, if that decision is otherwise within its jurisdiction, will be one of patent unreasonableness. Of course, the correctness of the interpretation of the external statute may affect the overall reasonableness of the decision. Whether this is the case will depend on the impact of the statutory provision on the outcome of the decision as a whole. [Emphasis added; para. 49.]

[79] And in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at para. 56, Iacobucci J. confirmed that what should be reviewed are the “reasons, taken as a whole” (see also *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 14).

[80] In other words, even if an aspect of the tribunal’s decision would otherwise attract a correctness standard, the decision “as a whole” should be reviewed on a deferential standard. As suggested by Iacobucci J. in *CBC v. Canada* (at para. 49 (emphasis added)), even when the tribunal incorrectly interprets an external statute, that would merely “affect the overall reasonableness of the decision”, as opposed to being a completely extricable error of law.

de conclusion de fait. Citant *Dunsmuir*, elle conclut plutôt au caractère mixte de la question, ce qui « appelle une norme se situant entre celles établies par la loi, à savoir la norme de la raisonabilité, issue de la common law » (par. 78).

[78] En outre, la Cour a maintes fois estimé qu’il valait mieux éviter d’appliquer des normes différentes aux questions de droit et aux questions de fait, préconisant plutôt le contrôle de la décision administrative dans son ensemble. Au nom des juges majoritaires dans *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157 (*SRC c. Canada*), le juge Iacobucci donne l’explication suivante :

Bien que le Conseil [canadien des relations du travail] puisse être soumis à la norme [de la décision correcte] dans l’interprétation isolée d’une loi autre que sa loi constitutive, la norme de contrôle applicable à l’ensemble de la décision, à supposer que celle-ci soit par ailleurs conforme à la compétence du Conseil, sera celle du caractère manifestement déraisonnable. Évidemment, la justesse de l’interprétation de la loi non constitutive pourra influencer sur le caractère raisonnable global de la décision, mais cela tiendra à l’effet de la disposition législative en question sur la décision dans son ensemble. [Italiques ajoutés; par. 49.]

[79] De plus, dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, le juge Iacobucci confirme au par. 56 que le contrôle doit porter sur « les motifs, considérés dans leur ensemble » (voir également *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14).

[80] Autrement dit, même lorsqu’un aspect de la décision administrative est par ailleurs assujéti à la norme de la décision correcte, les motifs « dans leur ensemble » font l’objet d’un contrôle suivant la norme de la décision raisonnable. Comme le laisse entendre le juge Iacobucci dans l’arrêt *SRC c. Canada* (par. 49 (italiques ajoutés)), même l’interprétation erronée d’une autre loi que la loi constitutive a simplement pour effet d’« influencer sur le caractère raisonnable global de la décision » administrative, mais ne saurait constituer une erreur de droit entièrement dissociable.

[81] There are several other directives from this Court to the effect that the application of more than one standard of review to a tribunal's decision is an exceptional practice. In *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, LeBel J. warned:

This Court has recognized on a number of occasions that it may, in certain circumstances, be appropriate to apply different standards of deference to different decisions taken by an administrative adjudicator in a single case. This case provides an example of one type of situation where this may be the proper approach. It involves a fundamental legal question falling outside the arbitrator's area of expertise. This legal question, though foundational to the decision as a whole, is easily differentiated from a second question on which the arbitrator was entitled to deference: the determination of whether there was just cause . . . .

However, as I have noted above, the fact that the question adjudicated by the arbitrator in this case can be separated into two distinct issues, one of which is reviewable on a correctness standard, should not be taken to mean that this will often be the case. *Such cases are rare; the various strands that go into a decision are more likely to be inextricably intertwined, particularly in a complex field such as labour relations, such that the reviewing court should view the adjudicator's decision as an integrated whole.* [Emphasis added; citations omitted; paras. 75-76.]

[82] This view was endorsed in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, where the majority said:

The Agency is responsible for interpreting its own legislation, including what that statutory responsibility includes. The Agency made a decision with *many component parts*, each of which fell squarely and inextricably within its expertise and mandate. It was therefore entitled to a *single, deferential standard of review.* [Emphasis added; para. 100.]

[83] And in *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772, the Trade-marks Opposition Board concluded that use of the name "Barbie's" for a small Montreal restaurant chain would not create confusion in the marketplace with the Mattel doll of the same name. On judicial review and at this

[81] Notre Cour a plusieurs fois indiqué que l'application de plus d'une norme de contrôle à une décision administrative demeurerait l'exception. Le juge LeBel fait la mise en garde suivante dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77 :

Notre Cour a reconnu à un certain nombre d'occasions que les différentes décisions d'un tribunal administratif dans une affaire donnée peuvent commander différents degrés de déférence, selon les circonstances. Ce pourrait être le cas dans la présente affaire où l'arbitre a statué sur une question de droit fondamentale échappant à son domaine d'expertise. Cette question de droit, malgré son caractère fondamental pour l'appréciation de la décision dans son ensemble, se distingue aisément d'une deuxième question pour laquelle la décision de l'arbitre appelait la déférence : *Oliver a-t-il été congédié pour un motif valable?*

Toutefois, je le répète, même si la question tranchée par l'arbitre en l'espèce peut se scinder en deux questions distinctes dont l'une peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire fondé sur la norme de la décision correcte, *cela n'arrive que rarement. Les divers éléments qui sous-tendent une décision ont plus de chance d'être inextricablement liés les uns aux autres, en particulier dans un domaine complexe comme celui des relations de travail, de sorte que la cour de justice chargée du contrôle doit considérer que la décision du tribunal forme un tout.* [Italiques ajoutés; références omises; par. 75-76.]

[82] Dans *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, les juges majoritaires reprennent ce point de vue et s'expriment en ces termes :

L'Office est chargé d'interpréter ses propres dispositions législatives, y compris ce en quoi consiste cette responsabilité que lui confie la Loi. La décision qu'il a rendue comportait *plusieurs parties*, chacune d'elles relevant clairement et inextricablement de son domaine d'expertise et de son mandat. Elle commandait donc l'application d'une *seule norme de contrôle faisant appel à la déférence.* [Italiques ajoutés; par. 100.]

[83] Enfin, dans l'affaire *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, la Commission des oppositions des marques de commerce avait estimé que la dénomination d'une petite chaîne de restauration montréalaise — « Barbie's » — ne créait pas de confusion sur le marché avec la poupée



Court, Mattel argued that the Board wrongly interpreted a provision of the *Trade-marks Act* defining “confusion”. Binnie J. for the majority refused to extricate a definitional legal question from the mixed question of whether the word “Barbie” created “confusion” in the marketplace. Concluding that the factual and legal issues were intertwined, he applied a deferential standard:

The determination of the likelihood of confusion requires an expertise that is possessed by the Board (which performs such assessments day in and day out) in greater measure than is typical of judges. This calls for some judicial deference to the Board’s determination . . . .

While the appellant frames its argument as a challenge to the correctness of the interpretation given to s. 6 . . . I think that in reality . . . its challenge is directed to the relative weight to be given to the s. 6(5) enumerated and unenumerated factors. *The legal issue is not neatly extricable from its factual context, but calls for an interpretation within the expertise of the Board.* [Emphasis added; paras. 36 and 39.]

[84] Binnie J., rightly in my view, was reluctant to extricate a pure question of statutory interpretation from the Board’s overall conclusion that the name “Barbie” did not create “confusion”. The case before us raises the identical issue of reviewing statutory interpretation.

[85] Prof. David Mullan, persuasively in my view, has also warned against segmentation. In his view, “[o]ver-willingness” to see a question as a “court” question rather than a “tribunal” question (i.e., jurisdictional questions, questions of law or statutory interpretation), “can lead to excessive and wrong-headed intervention” (p. 74):

In my view, it is quite inappropriate to place much, if any store in the context of a judicial review application

Barbie de Mattel. Lors du contrôle judiciaire et en appel devant notre Cour, Mattel a fait valoir que la Commission avait mal interprété la disposition de la *Loi sur les marques de commerce* qui définit la « confusion ». Au nom des juges majoritaires, le juge Binnie refuse de dissocier une question de droit de la question mixte de savoir si le mot « Barbie » est susceptible de créer de la « confusion » sur le marché. Concluant que faits et droit s’entrelacent, il applique une norme empreinte de déférence :

La détermination de la probabilité de confusion requiert une expertise que la Commission (qui procède quotidiennement à des évaluations de ce genre) possède dans une plus grande mesure que les juges en général. Il faut donc faire preuve d’une certaine retenue judiciaire à l’égard de la décision de la Commission . . . .

Même si l’appelante formule son argument comme si elle contestait le bien-fondé de l’interprétation attribuée à l’art. 6 [. . .], j’estime qu’en réalité [. . .] sa contestation porte sur l’importance relative qu’il faut accorder aux facteurs énumérés au par. 6(5) et à ceux qui n’y figurent pas. *La question de droit ne peut être clairement isolée de son contexte factuel, mais commande une interprétation qui relève de l’expertise de la Commission.* [Italiques ajoutés; par. 36 et 39.]

[84] Le juge Binnie hésite — à juste titre selon moi — à dissocier une pure question d’interprétation législative de la conclusion globale de la Commission, à savoir que le mot « Barbie » ne crée pas de « confusion ». L’affaire dont nous sommes saisis appelle également le contrôle de l’interprétation d’une disposition.

[85] Le professeur David Mullan, qui met aussi en garde contre le fractionnement, et de façon persuasive selon moi, opine que [TRADUCTION] « [t]rop incliner » à considérer qu’une question ressortit à une cour de justice plutôt qu’à un tribunal administratif (c.-à-d. question de compétence, de droit ou d’interprétation législative) « risque de mener à des interventions excessives et aberrantes » (p. 74) :

[TRADUCTION] À mon avis, lors du contrôle judiciaire, il ne convient pas du tout d’accorder quelque

on the fact that the tribunal might be resolving a “pure question of law” which will have “precedential value”. To see that as an indicator of a need for correctness review would be *to undercut seriously the philosophy of deference that prevails in judicial review . . . .*

To the extent that segmentation frequently involves the extraction of overarching legal principles, *it will have a tendency to promote correctness review or greater intervention.* [Emphasis added; pp. 77 and 79.]

[86] The Board was not tasked with definitively or even separately defining the terms “communicat[ion]” and “to the public” in its decision about whether s. 3(1)(f) applied to downloading music. It is not clear to me that Parliament intended this phrase to be defined categorically at all, as opposed to contextually depending on the facts of each case.

[87] Segmenting the definition of each word or phrase in a statutory provision into discrete questions of law is a re-introduction by another name — correctness — of the unduly interventionist approach championed by the jurisdictional and preliminary question jurisprudence, jurisprudence which this Court definitively banished in *ATA*. When that jurisprudence was in full flight, in *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756 (*Bell (1971)*), this Court held that the Ontario Human Rights Commission exceeded its jurisdiction when it defined the term “self-contained dwelling unit” within the *Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, c. 93, to include a boarding house. In *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, [2012] 1 S.C.R. 364, this Court overturned *Bell (1971)* on the basis that it represented an unduly interventionist approach on the part of the reviewing courts:

Early judicial intervention . . . allows for judicial imposition of a “correctness” standard with respect to legal

importance à la possibilité que le tribunal administratif tranche une « question de droit pure » et rende ainsi une décision qui aura « valeur de précédent ». Invoquer cette éventualité pour justifier l’application de la norme de la décision correcte *mine gravement l’esprit de déférence qui anime le contrôle judiciaire. . .*

Dans la mesure où le fractionnement consiste souvent à dégager les principes juridiques fondamentaux, *il favorise généralement le contrôle selon la norme de la décision correcte, et donc une intervention accrue.* [Italiques ajoutés; p. 77 et 79.]

[86] La Commission n’avait pas à se prononcer définitivement ni même séparément sur le sens des termes « communi[cation] » et « au public » pour décider si l’al. 3(1)f) s’applique au téléchargement de musique. Il n’appert pas, selon moi, que le législateur a voulu que cette expression soit définie dans l’absolu, plutôt que de manière contextuelle, au regard des faits de chaque espèce.

[87] Voir dans la définition de chaque mot ou expression figurant dans une disposition législative une question de droit distincte équivaut à ramener sous une autre appellation — celle de la décision correcte — l’interventionnisme indu qui caractérisait la doctrine de la condition préalable liée à la compétence, une doctrine avec laquelle la Cour a rompu définitivement dans *ATA*. Dans l’arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756 (*Bell (1971)*), qui date de l’époque où ce courant jurisprudentiel avait le vent dans les voiles, notre Cour a conclu que la Commission ontarienne des Droits de l’Homme avait outrepassé sa compétence en estimant que la partie d’un immeuble louée par son propriétaire pouvait constituer un [TRADUCTION] « logement indépendant » au sens de l’*Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, ch. 93. Or, dans l’arrêt *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, [2012] 1 R.C.S. 364, notre Cour écarte *Bell (1971)* au motif qu’il est l’expression d’un interventionnisme indu de la part des cours de justice :

Une intervention judiciaire hâtive [. . .] ouvre la porte à l’assujettissement à la norme de la « décision correcte »

questions that, had they been decided by the tribunal, might be entitled to deference . . . [para. 36]

[88] The Copyright Board’s conclusion that a music download is a “communicat[ion] . . . to the public” was a decision entirely within its mandate and specialized expertise, involving a complex tapestry of technology, fact, and broadcast law and policy. Pulling a single legal thread from this textured piece and declaring it to be the determinative strand for deciding how the whole piece is to be assessed strikes me, with great respect, as an anomalous jurisprudential relapse.

*Appeal allowed in part.*

*Solicitors for the appellants: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Cineplex Entertainment LP: Gilbert’s, Toronto.*

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

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

de questions de droit qui, si elles avaient été tranchées par le tribunal administratif, auraient pu commander la déférence judiciaire . . . [par. 36]

[88] La conclusion de la Commission du droit d’auteur selon laquelle télécharger une œuvre musicale équivaut à la « communiquer au public » ressortit tout à fait à son mandat et à son expertise spécialisée. Elle a pour toile de fond un enchevêtrement complexe de technologies, de faits, ainsi que de dispositions législatives et de politiques en matière de radiodiffusion. Prélever un seul fil de cette riche étoffe et en faire l’élément déterminant pour l’appréciation de la pièce dans son ensemble représente, à mon humble avis, un recul jurisprudentiel anormal.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Procureurs des appelantes : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.*

*Procureurs de l’intimée : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l’intervenante CMRRA-SODRAC Inc. : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.*

*Procureurs de l’intervenante Cineplex Divertissement LP : Gilbert’s, Toronto.*

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

*Procureurs des intervenantes Apple Canada Inc. et Apple Inc. : Goodmans, Toronto.*