

A-764-99
2002 FCA 166

A-764-99
2002 CAF 166

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (*Applicant*)

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (*demanderesse*)

v.

c.

Canadian Association of Internet Providers, Canadian Cable Television Association, AT&T Canada Long Distance Services Company, MCI Communications Corporation, Bell/Expressvu, Canadian Association of Broadcasters, Telus Communications Inc., Bell Canada, Canadian Broadcasting Corporation, Canadian Motion Picture Distributors Association, Canadian Recording Industry Association, Time Warner Inc., Aliant Inc., MTS Communications Inc. and Saskatchewan Telecommunications (*Respondents*)

Association canadienne des fournisseurs Internet, Association canadienne de télévision par câble, AT&T Canada Long Distance Services Company, MCI Communications Corporation, Bell/Expressvu, Association canadienne des radiodiffuseurs, Telus Communications Inc., Bell Canada, Société Radio-Canada, Association canadienne des distributeurs de films, Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement, Time Warner Inc., Aliant Inc., MTS Communications Inc. et Saskatchewan Telecommunications (*défendeurs*)

and

et

The Canadian Recording Industry Association and Neighboring Rights Collective of Canada (*Intervenors*)

Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement et Société canadienne de gestion des droits voisins (*intervenantes*)

INDEXED AS: SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA v. CANADIAN ASSN. OF INTERNET PROVIDERS (C.A.)

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE c. ASSOC. CANADIENNE DES FOURNISSEURS INTERNET (C.A.)

Court of Appeal, Linden, Evans and Sharlow J.J.A.—
Ottawa, September 25, 26, 2001 and May 1, 2002.

Cour d'appel, juges Linden, Evans et Sharlow, J.C.A.—
Ottawa, 25 et 26 septembre 2001 et 1^{er} mai 2002.

Copyright — Infringement — Copyright Board excluding most Internet intermediaries from liability to pay royalties for copyright music transmitted on Internet under Copyright Act, s. 2.4(1)(b) — Whether Internet intermediaries “communicated” to public music transmitted to end users — S. 2.4(1)(b) setting requirements for intermediary’s activity to avoid liability for infringing copyright by communicating work to public by telecommunication — Board correctly interpreting words “means of telecommunication”, “necessary” in Act, s. 2.4(1)(b), but erred in law in holding Internet intermediary who caches material provides means necessary for another to communicate it — Normal activities of host server operators, Internet access providers falling within Act, s. 2.4(1)(b).

Droit d’auteur — Violation — La Commission du droit d’auteur a, en vertu de l’art. 2.4(1)b de la Loi sur le droit d’auteur, soustrait la plupart des intermédiaires Internet à l’obligation de verser des redevances pour les œuvres musicales protégées par le droit d’auteur diffusées sur Internet — Il s’agissait de savoir si les intermédiaires Internet «communiquent» au public la musique transmise à l’utilisateur final — L’art. 2.4(1)b énonce les conditions qui doivent être réunies pour que l’activité d’un intermédiaire ne rende pas ce dernier responsable de la violation du droit d’auteur pour avoir communiqué une œuvre au public par télécommunication — La Commission a correctement interprété les mots «moyens de communication» et «nécessaires» contenus à l’art. 2.4(1)b de la Loi, mais a commis une erreur de droit en jugeant qu’un intermédiaire Internet qui met des données en antémémoire fournit ainsi les moyens nécessaires pour permettre à un tiers de les communiquer — Les activités habituelles des exploitants de serveurs hôtes et de fournisseurs

Telecommunications — Copyright Board ruling normal activities of Internet intermediaries not communication by telecommunication for purpose of Copyright Act, not infringing exclusive communication rights of copyright owners — Operators of host servers, Internet access providers not controlling content transmitted, having passive role as activities usually consisting only of provision of means of telecommunication for purpose of Act, s. 2.4(1)(b) — Not open to Board to conclude operating cache necessary to enable others to communicate by telecommunication — By performing core functions, Internet access providers not authorizing content providers to communicate material from Web site at request of customers — Location of end user important factor in determining whether Internet communication has real, substantial connection with Canada.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Copyright Board's determination of parties' potential liability to pay royalty reviewable "decision" under Federal Court Act, s. 18.1(3)(b) — Case law on standard of review of Board's decisions reviewed — Court must embark on pragmatic, functional analysis to determine standard of review relevant to issues decided by Board — Interpretation of statutory provision, application to facts of given case distinguished — Copyright Board's decisions neither protected by preclusive clause, nor subject to right of appeal — Reviewable on all grounds listed in s. 18.1(4) — Correctness standard of review applicable to Board's interpretation of provisions of Copyright Act not within Board's exclusive domain — Unreasonableness standard of review of Board's decision involving application of statute.

This was an application to set aside the decision of the Copyright Board excluding most Internet intermediaries from liability to pay royalties for copying music transmitted on the Internet. The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), the applicant herein, collectively administers in Canada the performing and communication rights of its members and of foreign composers, authors and publishers. In 1995, it proposed the

d'accès à Internet tombent sous le coup de l'art. 2.4(1)(b) de la Loi.

Télécommunications — La Commission du droit d'auteur a jugé que les activités habituelles des intermédiaires Internet ne constituent pas une communication par télécommunication au sens de la Loi sur le droit d'auteur et qu'elles ne violent donc les droits de communication exclusifs des titulaires du droit d'auteur — Les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet ne contrôlent pas le contenu de ce qu'ils transmettent et jouent un rôle passif, étant donné que leurs activités habituelles consistent uniquement à assurer les moyens de télécommunication au sens de l'art. 2.4(1)(b) de la Loi — Il n'était pas loisible à la Commission de conclure qu'il est nécessaire de recourir à une antémémoire pour permettre à autrui de communiquer par télécommunication — Lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions essentielles, les fournisseurs d'accès Internet n'autorisent pas les fournisseurs de contenu à communiquer des données provenant du site Web à la demande de leurs clients — Le lieu où se trouve l'utilisateur final revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de décider si une communication Internet a des liens réels et importants avec le Canada.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La décision que la Commission du droit d'auteur a rendue au sujet de l'obligation éventuelle des parties de verser des redevances est une «décision» au sens de l'art. 18.1(3)(b) de la Loi sur la Cour fédérale — Examen de la jurisprudence sur la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions de la Commission — La Cour doit se livrer à une analyse pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable aux questions tranchées par la Commission — Distinction entre l'interprétation d'une disposition législative et son application aux faits d'une affaire déterminée — Les décisions de la Commission du droit d'auteur ne sont protégées par aucune clause limitative et elles ne sont assujetties à aucun droit d'appel — Elles peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 18.1(4) — La norme de la décision correcte s'applique à l'interprétation par la Commission des dispositions de la Loi sur le droit d'auteur qui ne relèvent pas de son domaine de compétence exclusif — La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en l'espèce à la décision de la Commission est celle de la décision déraisonnable parce que cette décision portait sur l'application de la loi.

Il s'agit d'une demande visant à faire annuler la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur a soustrait la plupart des intermédiaires Internet à l'obligation de verser des redevances pour les œuvres musicales protégées par le droit d'auteur diffusées sur Internet. La demanderesse, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), est chargée de gérer collectivement au Canada les droits d'exécution et de communication de ses membres et

first tariff of royalties payable in respect of music transmitted on the Internet. This tariff, known as *Tariff 22*, covered the years 1996 to 1998 inclusive. At the end of the first phase of a proceeding to determine the amount and allocation of the royalty payable to copyright owners for the communication of music on the Internet, the Copyright Board held that a royalty can be imposed on those who post music on a server located in Canada to which Internet users have access, but cannot be imposed on those whose only role in Internet transmissions is to operate a server on which music is stored, or to provide a recipient with Internet access. The Board also found that the normal activities of Internet intermediaries do not constitute communication by telecommunication for the purposes of the *Copyright Act*, and thus do not infringe the exclusive communication rights of copyright owners. SOCAN challenged each of these conclusions. Five issues were raised on appeal: (1) the standard of review of the Board's decision; (2) whether the Board erred in law in interpreting paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*; (3) whether the Board erred in concluding that the services and equipment supplied by operators of host servers and Internet access providers constituted only the means of telecommunication necessary for enabling another to communicate; (4) whether the Board erred in not concluding that, in providing their core services and equipment, Internet intermediaries "authorize" the communication of material requested by end users from host servers, and (5) whether the Board erred in finding that the *Copyright Act* does not apply to communications by telecommunication, including the Internet, that originate from outside Canada.

Held (Sharlow J.A. dissenting in part), the application should be dismissed in part.

Per Evans J.A.: (1) The Copyright Board's determination in *Tariff 22* of the parties' potential liability to pay a royalty was a reviewable "decision" under paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Court Act* and could be set aside for error of law under paragraph 18.1(4)(c) of the Act. The pragmatic or functional analysis is now the accepted methodology for setting the standard by which a court will review a specialist administrative agency's determinations of questions of law. The concept of jurisdiction has lost its former significance as a determinant of the standard of review in administrative law. The Court must embark on a pragmatic or functional analysis

ceux de compositeurs, auteurs et éditeurs étrangers. En 1995, elle a soumis le premier projet de tarif de redevances à percevoir pour la musique diffusée sur Internet. Ce tarif, connu sous le nom de tarif 22, visait les années 1996 à 1998 inclusivement. À l'issue de la première phase de l'instance visant à déterminer le montant et la répartition des redevances payables aux titulaires de droit d'auteur pour la communication d'œuvres musicales sur l'Internet, la Commission du droit d'auteur a conclu que des redevances peuvent être exigées de ceux qui rendent de la musique disponible sur un serveur situé au Canada auquel les internautes ont accès, mais que des redevances ne pouvaient être imposées à ceux dont le rôle dans la chaîne de transmission d'Internet se borne à exploiter le serveur sur lequel de la musique est stockée ou à assurer l'accès Internet aux destinataires. La Commission a également conclu que les activités habituelles des intermédiaires Internet ne constituent pas une communication au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, et qu'elles ne violent donc les droits de communication exclusifs des titulaires du droit d'auteur. SOCAN a contesté chacune de ces conclusions et soulevé cinq questions litigieuses en appel: 1) quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission? 2) la Commission a-t-elle commis une erreur de droit dans son interprétation de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*? 3) la Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que les services et l'équipement habituellement fournis par les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet ne constituaient que les moyens de télécommunication nécessaires pour permettre à un tiers de communiquer? 4) la Commission a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas qu'en fournissant leurs services et leur équipement essentiels, les intermédiaires Internet «autorisent» la communication des données demandées par les utilisateurs finaux à partir de leurs serveurs hôtes? 5) la Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que la *Loi sur le droit d'auteur* ne s'applique pas aux communications par télécommunication, notamment par Internet, qui proviennent de l'extérieur du Canada?

Arrêt (le juge Sharlow, J.C.A. dissidente en partie): la demande est rejetée en partie.

Le juge Evans, J.C.A.: 1) La décision que la Commission du droit d'auteur a rendue au sujet du *Tarif 22* en ce qui a trait à l'obligation éventuelle des parties de verser des redevances était une «décision» susceptible d'un contrôle judiciaire en vertu de l'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* et qui pouvait être annulée pour cause d'erreur de droit en vertu de l'alinéa 18.1(4)c) de cette Loi. L'analyse pragmatique ou fonctionnelle constitue désormais la méthode généralement acceptée pour fixer la norme en fonction de laquelle une cour de justice procède au contrôle judiciaire des décisions rendues par un organisme administratif spécialisé sur des questions de

in order to determine the standard of review relevant to the issues decided by the Board. The Board exercises a very broad discretion when determining who should pay a royalty and on what basis the royalty should be calculated. The same standard of review will not necessarily apply to an administrative agency's determinations with respect to every provision in its constitutive legislation. Reviewing courts must distinguish between the interpretation of a statutory provision and its application to the facts of a given case. The impact of the Board's decision on the parties' legal rights is limited. While the resolution of the legal questions raised in *Tariff 22* was of significant commercial interest to the parties, and to Internet end users, the interests at stake were primarily monetary in nature. The Copyright Board's decision could not be said to impinge on constitutional or quasi-constitutional rights. The limited life span of tariffs approved by the Board also serves to reduce the impact of the Board's decisions on the rights of the parties. Thus, neither the nature of the rights affected by the Board's decision, nor the seriousness of its impact on them, indicates that the Court should review the Board's legal determinations on a standard of correctness. The Copyright Board's decisions are neither protected by a preclusive clause, nor subject to a right of appeal. The scale is tipped in favour of correctness review because the Copyright Board's interpretation of provisions of the *Copyright Act* in dispute is not within its exclusive domain, but may arise in court proceedings other than judicial review proceedings. Simple unreasonableness was the appropriate standard of review of the Board's decision, in so far as it involved the application, rather than the interpretation, of the statute.

(2) Three conditions must be established for an intermediary's activity to fall within paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*, and not to attract liability for infringing copyright by communicating a work to the public by telecommunication. First, the intermediary's activities must amount to the provision of "the means of telecommunication"; second, these means must be "necessary" for enabling another person to communicate a work to the public; and third, the activities in question must constitute the intermediary's "only act" with respect to the communication.

droit. Ce n'est plus le concept de compétence qui est déterminant en matière de norme de contrôle en droit administratif. La Cour doit se livrer à une analyse pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable aux questions tranchées par la Commission. La Commission exerce un pouvoir discrétionnaire très large lorsqu'elle détermine qui devrait verser des redevances et de quelle façon celles-ci devraient être calculées. La même norme de contrôle ne s'appliquera pas nécessairement aux conclusions tirées par un tribunal administratif au sujet de chacune des dispositions de sa loi habilitante. Les tribunaux saisis d'une demande de contrôle judiciaire doivent établir une distinction entre l'interprétation d'une disposition législative et son application aux faits d'une affaire déterminée. Les incidences des décisions de la Commission sur les droits que la loi reconnaît aux parties sont limitées. Bien que le règlement des questions juridiques soulevées dans l'affaire du *Tarif 22* présentât un intérêt commercial non négligeable pour les parties et pour les utilisateurs finaux de l'Internet, la nature des intérêts en jeu était surtout monétaire. On ne saurait prétendre que la décision de la Commission du droit d'auteur empiète sur des droits constitutionnels ou quasi-constitutionnels. La durée de vie limitée des tarifs homologués par la Commission contribue par ailleurs à limiter la portée des décisions de la Commission sur les droits des parties. Ainsi, ni la nature des droits visés par la décision de la Commission, ni la gravité de ses incidences sur les droits en question ne permettent de penser que la Cour devrait procéder au contrôle judiciaire des décisions de la Commission sur des points de droit en fonction de la norme de la décision correcte. Les décisions de la Commission du droit d'auteur ne sont protégées par aucune clause limitative de recours et elles ne sont assujetties à aucun droit d'appel. Le fait que l'interprétation par la Commission du droit d'auteur des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* en litige ne relève pas de son domaine de compétence exclusif mais qu'elle puisse se faire dans une instance judiciaire autre qu'une instance en contrôle judiciaire fait pencher la balance en faveur de la norme de la décision correcte. La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en l'espèce à la décision de la Commission est celle de la décision simplement déraisonnable dans la mesure où cette décision porte sur l'application de la loi plutôt que sur son interprétation.

2) Trois conditions doivent être réunies pour que l'activité d'un intermédiaire tombe sous le coup de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* et ne donne pas lieu à la violation du droit d'auteur résultant de la communication d'une œuvre au public par télécommunication. En premier lieu, les activités de l'intermédiaire doivent équivaloir à la fourniture des «moyens de télécommunication»; deuxièmement, ces moyens doivent être «nécessaires» pour permettre à un tiers de communiquer une œuvre au public et troisièmement, les activités en question doivent constituer la seule chose que

The *Copyright Act* is not concerned exclusively with advancing the interests of writers, composers, artists and other creative people. Thus, its provisions should be interpreted with an eye to striking an appropriate 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. The Board was correct in concluding that the word “means” is capable of describing a wider range of services and equipment than those provided by traditional common carriers. Therefore, that word should not be given the narrow interpretation urged by the applicant. Another issue was whether the Board misinterpreted the word “necessary” when it held that it extended to an activity that merely improves the quality of Internet communication. The context of paragraph 2.4(1)(b) does not justify interpreting “necessary” in a sense that is at odds with its most familiar meaning. Hence, a person provides only the means of telecommunication necessary for another person to communicate when, without that person’s activity, communication in that medium of telecommunication would not be practicable or, in all probability, would not have occurred. Whether something is “necessary” for the purpose of paragraph 2.4(1)(b) should be determined when the transmission of material from the server occurs, not when the content provider chooses the means to communicate. The Board did not err in law on that issue. However, it erred in law when it held that an Internet intermediary who caches material is thereby providing the means necessary for another to communicate it. The fact that the cache enhances the speed of transmission and reduces the cost to the Internet access provider does not render it a practical necessity for communication by others. The operator of a cache communicates by telecommunication to end users the material transmitted to them from the cache and thereby infringes the exclusive right of the author or composer to communicate a musical work to the public. Thus, he is not merely a passive transmitter of data. Finally, the Board was right in holding that an Internet intermediary’s activities are still only the means of telecommunication when they are ancillary to its provision of the necessary means of telecommunication by others, provided that these additional activities do not themselves amount to communication. Thus, operators of host servers do not lose the protection of paragraph 2.4(1)(b) by providing their normal facilities and services.

l’intermédiaire fait relativement à la communication. La *Loi sur le droit d’auteur* ne vise pas exclusivement à défendre les intérêts des auteurs, compositeurs, artistes et autres créateurs. Ses dispositions devraient donc être examinées dans le but d’essayer de trouver un juste 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 rétribution pour les créateurs. C’est à bon droit que la Commission a conclu que le terme «moyens» est susceptible de désigner une gamme de services et d’équipements plus vaste que ceux que fournissent les entreprises de télécommunications traditionnelles. En conséquence, on ne doit pas donner à ce terme l’interprétation étroite que préconise la demanderesse. La question suivante est celle de savoir si la Commission a mal interprété le mot «nécessaires» lorsqu’elle a statué qu’il englobait les activités qui ne visent qu’à améliorer la qualité de la communication sur l’Internet. Compte tenu du contexte dans lequel se situe l’alinéa 2.4(1)(b), il n’y a pas lieu d’accorder au terme «nécessaires» un sens qui contredirait son acception la plus courante. En conséquence, une personne ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour lui permettre de communiquer lorsque, sans son intervention, la communication par ce moyen de télécommunication ne serait pas réalisable ou, selon toute vraisemblance, n’aurait pas eu lieu. La question de savoir si des moyens de télécommunication sont «nécessaires» au sens de l’alinéa 2.4(1)(b) doit être tranchée au moment où se produit la transmission des données provenant du serveur, et non lorsque le fournisseur de contenu choisit le moyen de communication. La Commission n’a pas commis d’erreur de droit sur cette question. Elle a cependant commis une erreur de droit en jugeant qu’un intermédiaire Internet qui met des données en antémémoire fournit ainsi les moyens nécessaires pour permettre à un tiers de les communiquer. Le fait que l’antémémoire accélère la vitesse de transmission et qu’elle permet de réduire les coûts du fournisseur d’accès Internet ne rend pas obligatoire le recours à une antémémoire pour qu’il y ait communication. Celui qui exploite une antémémoire communique par télécommunication à des utilisateurs finaux les données qui leur sont transmises à partir de l’antémémoire, violant ainsi le droit exclusif de l’auteur ou du compositeur de communiquer une œuvre musicale au public. Il ne se contente donc pas de transmettre passivement des données. Finalement, c’est à bon droit que la Commission a jugé qu’un intermédiaire Internet ne fait que fournir des moyens de télécommunication lorsque ces moyens sont accessoires à la fourniture par cet intermédiaire des moyens de télécommunication nécessaires à la transmission de données d’autrui, à condition que ces activités supplémentaires ne constituent pas elles-mêmes une communication. Ainsi, les exploitants de serveurs hôtes ne sont pas privés de la protection de l’alinéa 2.4(1)(b) lorsqu’ils fournissent leurs installations et services habituels.

(3) There was ample evidence before the Board to justify its conclusion that operators of host servers and Internet access providers do not effectively control the content of what is transmitted, that their role is passive and that their activities usually consist only of the provision of the means of telecommunication for the purpose of paragraph 2.4(1)(b). On the other hand, the Board's conclusion, that operating a cache is necessary for another person to communicate by telecommunication, was based on an erroneous interpretation of paragraph 2.4(1)(b).

(4) The applicant argued that Internet intermediaries authorize content providers to communicate copyright material from the host servers. Authorizing a communication by telecommunication is a discrete infringement under subsection 3(1) of the *Copyright Act*. It was open to the Board to conclude that, by performing their core functions, Internet access providers did not authorize content providers to communicate material from the Web site at the request of their customers, the end users. Courts have generally rejected the argument that the authorization of communication can be inferred merely from the supply of equipment that enables another to communicate or to perform a work. Since operators of host servers only provide the passive means for others to communicate, they are not in any real sense approving, consenting or claiming the right to permit content providers to communicate the material stored on their servers. It was not unreasonable for the Board to conclude that the normal activities of host server operators do not implicitly authorize content providers to communicate the material posted on the server.

(5) The applicant is only entitled to a royalty in respect of copyright infringements that occur in Canada. Since the principal infringement relied on in this case was that of communicating copyright works to the public by telecommunication, the Board could only approve a royalty payable for the communications that occurred in Canada. In ruling that a communication by telecommunication occurs at the place from which the transmission originates, the Board was determining a general question of law that was not confined to the facts of the case before it and, hence, its ruling was reviewable on a standard of correctness. The location of the communication should not be determined solely by that of the host server, especially since the Internet communications under consideration were only effected at the request of the end user. The principal infringing activity herein was communication by the content provider, copyright material

3) Les éléments de preuve soumis à la Commission justifiaient amplement sa conclusion que les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet ne contrôlent pas effectivement le contenu de ce qu'ils transmettent, que leur rôle est passif et que, par conséquent, leurs activités habituelles consistent uniquement à assurer les moyens de télécommunication au sens de l'alinéa 2.4(1)b). En revanche, la conclusion de la Commission suivant laquelle il est nécessaire de recourir à une antémémoire pour permettre à autrui de communiquer reposait sur une interprétation erronée de l'alinéa 2.4(1)b).

4) La demanderesse faisait valoir que les intermédiaires Internet autorisent les fournisseurs de contenu à communiquer des œuvres protégées par le droit d'auteur à partir de serveurs hôtes. Autoriser une communication par télécommunication constitue une violation flagrante du droit d'auteur protégé par le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il était loisible à la Commission de conclure que, lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions essentielles, les fournisseurs d'accès Internet n'autorisent pas les fournisseurs de contenu à communiquer des données provenant du site Web à la demande de leurs clients, les utilisateurs finaux. Les tribunaux ont de façon générale rejeté l'argument que l'autorisation de communiquer peut s'inférer simplement de la fourniture de l'équipement permettant à un tiers de communiquer ou d'exécuter une œuvre. Comme les exploitants de serveurs hôtes ne fournissent à autrui qu'un moyen passif de communiquer, on ne peut logiquement considérer qu'ils approuvent la communication de données, qu'ils consentent à cette communication ou qu'ils revendiquent le droit de permettre aux fournisseurs de contenus de communiquer les données stockées sur leur serveur. La Commission était justifiée de conclure que, dans le cadre de leurs activités habituelles, les exploitants de serveurs hôtes n'autorisent pas implicitement les fournisseurs de contenu à communiquer les données qu'ils ont rendues disponibles sur le serveur.

5) La demanderesse n'a droit à des redevances que pour les violations de son droit d'auteur qui se produisent au Canada. Étant donné que la principale violation du droit d'auteur invoquée en l'espèce est celle de communiquer des œuvres protégées par le droit d'auteur au public par télécommunication, la Commission ne pouvait homologuer que les redevances payables pour des communications ayant lieu au Canada. En statuant qu'une communication par télécommunication se produit au lieu d'où provient la transmission, la Commission se prononçait sur une question de droit générale qui ne se limitait pas aux faits de l'affaire dont elle était saisie et, partant, sa décision était révisable en fonction de la norme de la décision correcte. Le lieu de la communication ne devrait pas être déterminé exclusivement en fonction de l'emplacement du serveur hôte, d'autant plus que les communications Internet en l'espèce ne se produisent

was not communicated until it was received on the end user's computer, and the location of the host server could not alone determine where the communication occurred. A royalty may be made payable in Canada in respect of communications by telecommunication that have a real and substantial connection with Canada. The Copyright Board erred in law when it ignored all connecting factors other than the location of the host server for the purpose of identifying communications that occurred in Canada and could therefore attract liability to pay a royalty to the applicant. Since the policy of the Act is to protect copyright in the Canadian market, the location of the end user is an important factor in determining if an Internet communication has a real and substantial connection with Canada.

Per Sharlow J.A. (dissenting in part): The Board was right in characterizing caching as an activity that is ancillary to Internet communication and in concluding that an Internet intermediary whose only activity is to provide caching is entitled to the protection of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*. The word "necessary" in legislation that is intended to describe the technology of communication must be interpreted with enough flexibility to recognize incremental technological improvements. In the context of paragraph 2.4(1)(b), something should be considered necessary for communication if it makes communication practicable or more practicable, which is the meaning that the Board has implicitly adopted.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 "telecommunication" (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 61), 2.4(1)(b) (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 2), 3(1)(f) (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1997, c. 24, s. 3), 66 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12), 66.4(3) (as enacted *idem*), 66.6(1) (as enacted *idem*), 66.7 (as enacted *idem*), 67 (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45), 67.1 (as am. *idem*), 67.2(1)(b) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1993, c. 23, s. 4;), 68 (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45), 79 (as am. *idem*, s. 50).

Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000, No. 110, 2000 (Aust.).

Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (1998).

qu'à la demande de l'utilisateur final. La principale activité qui constitue une violation du droit d'auteur en l'espèce était la communication d'information par le fournisseur de contenu; les données protégées par le droit d'auteur ne sont communiquées que lorsque l'utilisateur final les reçoit dans son ordinateur, et l'emplacement du serveur hôte ne suffit pas à lui seul à déterminer le lieu où la communication se produit. Le versement d'une redevance peut être exigé au Canada à l'égard de communications par télécommunication qui ont un rattachement réel et important avec le Canada. La Commission du droit d'auteur a commis une erreur de droit en ignorant tous les facteurs de rattachement autres que celui de l'emplacement du serveur hôte pour déterminer quelles communications ont lieu au Canada et sont par conséquent susceptibles d'engendrer l'obligation de verser des redevances à la demanderesse. Comme la Loi a pour objet de protéger le droit d'auteur sur le marché canadien, le lieu où se trouve l'utilisateur final revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de décider si une communication Internet a des liens réels et importants avec le Canada.

Le juge Sharlow, J.C.A. (dissidente en partie): C'est à bon droit que la Commission a qualifié la mise en antémémoire d'activité accessoire aux communications Internet et qu'elle a conclu qu'un intermédiaire Internet dont la seule activité consiste à assurer la mise en antémémoire a droit à la protection de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il faut interpréter le mot «nécessaires» que le législateur a inséré dans la Loi pour qualifier la technologie utilisée pour la communication avec suffisamment de souplesse pour reconnaître les progrès technologiques constants en la matière. Dans le contexte de l'alinéa 2.4(1)b), une chose devrait être considérée comme nécessaire à la communication si elle rend cette communication réalisable ou plus pratique, ce qui correspond à l'interprétation que la Commission a implicitement donnée à ce terme.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, les gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.
Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000, No. 110, 2000 (Aust.).

Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (1998).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3)b) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), (4) (édicte, *idem*), 28 (mod., *idem*, art. 8).

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch.C-42, art. 2 «télécommunication» (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 61), 2.4(1)b) (édicte par L.C. 1997, c. 24, art. 2), 3(1)f) (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1997, ch. 24, art. 3), 66 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12),

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), (4) (as enacted *idem*), 28 (as am. *idem*, s. 8).

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, ss. 279 (as am. by S.O. 1993, c. 10, ss. 1, 32; 1996 c. 31, s. 34), 280 (as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 1; 1996, c. 21, s. 35), 281 (as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 1; 1996, c. 21, s. 37), 282 (as am. by S.O. 1993, c. 10, ss. 1, 33; 1996, c. 21, s. 38), 283 (as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 34; 1996, c. 21, s. 39).

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, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

WIPO Copyright Treaty, Geneva, December 20, 1996.

WIPO Performances and Phonograms Treaty, Geneva, December 20, 1996.

66.4(3) (édicte, *idem*), 66.6(1) (édicte *idem*), 66.7 (édicte, *idem*), 67 (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 45), 67.1 (mod., *idem*), 67.2(1)b) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1993, ch. 23, art. 4), 68 (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 45), 79 (mod., *idem*, art. 50).

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 279 (mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1, 32; 1996, ch. 31, art. 34), 280 (mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1; 1996, ch. 21, art. 35), 281 (mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1; 1996, ch. 21, art. 37), 282 (mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1, 33; 1996, ch. 21, art. 38), 283 (mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 34; 1996, ch. 21, art. 39).

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. Genève, le 20 décembre 1996.

Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, Genève, le 20 décembre 1996.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City), [1997] 1 S.C.R. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; (1990), 72 D.L.R. (4th) 97; 31 C.P.R. (3d) 394; 111 N.R. 376; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, (2002), 210 D.L.R. (4th) 385; 23 B.L.R. (3d) 1; 17 C.P.R. (4th) 161; 285 N.R. 267 (S.C.C.); *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976; (1979), 108 D.L.R. (3d) 17; 51 C.C.C. (2d) 1; 13 C.R. (3d) 228; 16 C.R. (3d) 330; 30 N.R. 453.

NOT FOLLOWED:

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Broadcasters (1999), 1 C.P.R. (4th) 80; 239 N.R. 119 (F.C.A.).

CONSIDERED:

AVS Technologies Inc. v. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency (2000), 7 C.P.R. (4th) 68; 257 N.R. 283 (F.C.A.); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 18 Imm. L.R. (3d) 93 (S.C.C.); *Canadian Assn. of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190; 175 N.R. 341 (F.C.A.); *Kirkham v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1998] O.J. No. 6459 (Div. Ct.) (QL); leave to appeal refused [1998] O.J. No. 2872 (C.A.) (QL); *Braintech, Inc. v. Kostiuik* (1999), 171

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville), [1997] 1 R.C.S. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; (1990), 72 D.L.R. (4th) 97; 31 C.P.R. (3d) 394; 111 N.R. 376; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, (2002), 210 D.L.R. (4th) 385; 23 B.L.R. (3d) 1; 17 C.P.R. (4th) 161; 285 N.R. 267 (C.S.C.); *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976; (1979), 108 D.L.R. (3d) 17; 51 C.C.C. (2d) 1; 13 C.R. (3d) 228; 16 C.R. (3d) 330; 30 N.R. 453.

DÉCISION NON SUIVIE:

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des radiodiffuseurs, (1999), 1 C.P.R. (4th) 80; 239 N.R. 119 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

AVS Technologies Inc. c. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency, (2000), 7 C.P.R. (4th) 68; 257 N.R. 283 (C.A.F.); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 18 Imm. L.R. (3d) 93 (C.S.C.); *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190; 175 N.R. 341 (C.A.F.); *Kirkham v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1998] O.J. No. 6459 (C. div.) (QL); autorisation d'appel refusée [1998] O.J. No. 2872 (C.A.) (QL); *Braintech, Inc. v. Kostiuik* (1999),

D.L.R. (4th) 46; [1999] 9 W.W.R. 133; 63 B.C.L.R. (3d) 156; 120 B.C.A.C. 1 (C.A.); *Gutnik v. Dow Jones & Co. Inc.*, [2001] V.S.C. 305 (Sup. Ct. Vic.); *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 266 A.R. 142; [2001] 2 W.W.R. 431; 86 Alta. L.R. (3d) 184; 8 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241.

REFERRED TO:

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Halifax Longshoremen's Assn., Local 269 v. Offshore Logistics Inc.* (2000), 25 Admin. L.R. 224; 257 N.R. 338 (F.C.A.); *VIA Rail Canada Inc. v. Cairns*, [2001] 4 F.C. 139; (2001), 270 N.R. 237 (C.A.); *Réseaux Premier Choix Inc. v. Canadian Cable Television Assn.* (1997), 80 C.P.R. (3d) 203; 223 N.R. 43 (F.C.A.); *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; (1993), 105 D.L.R. (4th) 385; 15 Admin. L.R. (2d) 1; 49 C.C.E.L. 1; 154 N.R. 104; 55 Q.A.C. 241; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 F.C. 282; (2000), 20 Admin. L.R. (3d) 159; 252 N.R. 364 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Ivanhoe Inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, (2001), 201 D.L.R. (4th) 557; 272 N.R. 201; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; (1998), 156 D.L.R. (4th) 456; 3 Admin. L.R. (3d) 163; 22 N.R. 241; *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 286 N.R. 1 (S.C.C.); *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; *Federation Insurance Co. of Canada v. Vineski* (1997), 48 C.C.L.I. (2d) 102; 31 M.V.R. (3d) 134; 108 O.A.C. 200 (Ont. Div. Ct.); *H'ng v. Allstate Insurance Co. of Canada* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 252 (Ont. Div. Ct.); *Luu v. Zurich Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 807; 41 C.C.L.I. (2d) 274; [1997] I.L.R. 1-3434; 25 M.V.R. (3d) 195; 98 O.A.C. 344 (Div. Ct.); *Luu v. Zurich Insurance Co.* (1999), 43 O.R. (3d) 484; [1999] I.L.R. 1-3736; 45 M.V.R. (3d) 197 (C.A.); *Compo Company Ltd. v. Blue Crest Music Inc. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 357;

171 D.L.R. (4th) 46; [1999] 9 W.W.R. 133; 63 B.C.L.R. (3d) 156; 120 B.C.A.C. 1 (C.A.); *Gutnik v. Dow Jones & Co. Inc.*, [2001] V.S.C. 305 (Sup. Ct. Vic.); *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 266 A.R. 142; [2001] 2 W.W.R. 431; 86 Alta. L.R. (3d) 184; 8 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241.

DÉCISIONS CITÉES:

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Halifax Longshoremen's Assn., section locale 269 c. Offshore Logistics Inc.* (2000), 25 Admin. L.R. 224; 257 N.R. 338 (C.A.F.); *VIA Rail Canada Inc. c. Cairns*, [2001] 4 C.F. 139; (2001), 270 N.R. 237 (C.A.); *Réseaux Premier Choix Inc. c. Assoc. canadienne de télévision par câble* (1997), 80 C.P.R. (3d) 203; 223 N.R. 43 (C.A.F.); *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; (1993), 105 D.L.R. (4th) 385; 15 Admin. L.R. (2d) 1; 49 C.C.E.L. 1; 154 N.R. 104; 55 Q.A.C. 241; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 C.F. 282; (2000), 20 Admin. L.R. (3d) 159; 252 N.R. 364 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, (2001), 201 D.L.R. (4th) 557; 272 N.R. 201; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; (1998), 156 D.L.R. (4th) 456; 3 Admin. L.R. (3d) 163; 22 N.R. 241; *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 286 N.R. 1 (C.S.C.); *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; *Federation Insurance Co. of Canada v. Vineski* (1997), 48 C.C.L.I. (2d) 102; 31 M.V.R. (3d) 134; 108 O.A.C. 200 (C. div. Ont.); *H'ng v. Allstate Insurance Co. of Canada* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 252 (C. div. Ont.); *Luu v. Zurich Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 807; 41 C.C.L.I. (2d) 274; [1997] I.L.R. 1-3434; 25 M.V.R. (3d) 195; 98 O.A.C. 344 (C. div.); *Luu v. Zurich Insurance Co.* (1999), 43 O.R. (3d) 484; [1999] I.L.R. 1-3736; 45 M.V.R. (3d) 197 (C.A.); *Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. et autres*, [1980]

(1979), 105 D.L.R. (3d) 249; 45 C.P.R. (2d) 1; 29 N.R. 296; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.); *Muzak Corporation v. Composers, Authors, and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182; (1953), 19 C.P.R. 1; *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173; (1986), 28 D.L.R. (4th) 178; 8 C.I.P.R. 153; 10 C.P.R. (3d) 1; 3 F.T.R. 118 (T.D.); affd [1990] 2 S.C.R. 209; (1990), 71 D.L.R. (4th) 95; 30 C.P.R. (3d) 257; 110 N.R. 66; *C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.); *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; (1973), 43 D.L.R. (3d) 239; [1974] 2 W.W.R. 586; 1 N.R. 122; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; [1991] 2 W.W.R. 217; 52 B.C.L.R. (2d) 160; 46 C.P.C. (2d) 1; 122 N.R. 81; 15 R.P.R. (2d) 1; *R. v. Libman*, [1985] 2 S.C.R. 178; (1985), 21 D.L.R. (4th) 174; 21 C.C.C. (3d) 206; 62 N.R. 161; 12 O.A.C. 33.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "necessary".
Consultation Paper on Digital Copyright Issues. Intellectual Property Policy Directorate of Industry Canada and the Copyright Policy Branch of Canadian Heritage, June 22, 2001.
New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles. Oxford: Clarendon Press, 1993, "necessary".
Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaire Le Robert, 1996, "nécessaire".

APPLICATION to set aside a decision of the Copyright Board ((1999), 1 C.P.R. (4th) 417) excluding most Internet intermediaries from liability to pay royalties for copyright music transmitted on the Internet. Application dismissed in part.

APPEARANCES:

Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon and *S. Ashley Dent* for applicant.
Mark S. Hayes for respondents.
Glen A. Bloom for intervener Canadian Recording Industry Association.
David R. Collier and *Dominic Gourgues* for intervener Neighboring Rights Collective of Canada.

1 R.C.S. 357; (1979), 105 D.L.R. (3d) 249; 45 C.P.R. (2d) 1; 29 N.R. 296; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.); *Muzak Corporation v. Composers, Authors, and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182; (1953), 19 C.P.R. 1; *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173; (1986), 28 D.L.R. (4th) 178; 8 C.I.P.R. 153; 10 C.P.R. (3d) 1; 3 F.T.R. 118 (1^{re} inst.); conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; (1990), 71 D.L.R. (4th) 95; 30 C.P.R. (3d) 257; 110 N.R. 66; *C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.); *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; (1973), 43 D.L.R. (3d) 239; [1974] 2 W.W.R. 586; 1 N.R. 122; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; [1991] 2 W.W.R. 217; 52 B.C.L.R. (2d) 160; 46 C.P.C. (2d) 1; 122 N.R. 81; 15 R.P.R. (2d) 1; *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178; (1985), 21 D.L.R. (4th) 174; 21 C.C.C. (3d) 206; 62 N.R. 161; 12 O.A.C. 33.

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «necessary».
Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique. Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada et Direction de la politique du droit d'auteur, Patrimoine canadien, 22 juin 2001.
New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles. Oxford: Clarendon Press, 1993. «necessary».
Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaire Le Robert, 1996, «nécessaire».

DEMANDE d'annulation d'une décision par laquelle la Commission du droit d'auteur ((1999), 1 C.P.R. (4th) 417) a soustrait la plupart des intermédiaires Internet à l'obligation de verser des redevances pour les œuvres musicales protégées par le droit d'auteur diffusées sur Internet. Demande rejetée en partie.

ONT COMPARU:

Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon et *S. Ashley Dent* pour la demanderesse.
Mark S. Hayes pour les défendeurs.
Glen A. Bloom pour l'intervenante, l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement.
David R. Collier et *Dominic Gourgues* pour l'intervenante, la Société canadienne de gestion des droits voisins.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for applicant.

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Toronto, for respondents.

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, for intervener Canadian Recording Industry Association.

Ogilvy, Renault S.E.N.C., Montréal, for intervener Neighboring Rights Collective of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] In a remarkably short time, the Internet has become a global mass medium of communication that operates *sans frontières*. As technical difficulties have been overcome, the transmission of music, generally recorded, but sometimes live or broadcast, has recently become an increasingly popular use of the Internet. The issue underlying this case is who can be made liable to pay royalties to the owners of the copyright in music that is transmitted on the Internet.

[2] At the end of the first phase of a proceeding to determine the amount and allocation of the royalty payable to copyright owners for the communication of music on the Internet, the Copyright Board held that a royalty can be imposed on those who post music on a server located in Canada to which Internet users have access. The Board also held that a royalty cannot be imposed on those whose only role in Internet transmissions is to operate a server on which music is stored, or to provide a recipient with Internet access. The normal activities of Internet intermediaries, it found, do not constitute a communication for the purpose of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, and thus do not infringe the exclusive communication rights of copyright owners.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, pour la demanderesse.

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Toronto, pour les défendeurs.

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, pour l'intervenante, l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement.

Ogilvy, Renault S.E.N.C., Montréal, pour l'intervenante, la Société canadienne de gestion des droits voisins.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Dans un laps de temps remarquablement court, l'Internet est devenu un moyen de communication universel qui ne connaît pas de frontières. Au fur et à mesure que les difficultés techniques ont été surmontées, la transmission d'œuvres musicales—le plus souvent enregistrées, mais parfois en direct ou par la voix des ondes—est devenue une façon de plus en plus populaire d'utiliser l'Internet. En l'espèce, le débat tourne autour de la question de savoir qui peut être tenu de verser des redevances aux titulaires de droit d'auteur pour la musique diffusée sur Internet.

[2] À l'issue de la première phase de l'instance visant à déterminer le montant et la répartition des redevances payables aux titulaires de droit d'auteur pour la communication d'œuvres musicales sur l'Internet, la Commission du droit d'auteur a conclu que des redevances peuvent être exigées de ceux qui rendent de la musique disponible sur un serveur situé au Canada auquel les internautes ont accès. La Commission a également statué que des redevances ne pouvaient être imposées à ceux dont le rôle dans la chaîne de transmission d'Internet se borne à exploiter le serveur sur lequel de la musique est stockée ou à assurer l'accès Internet aux destinataires. Elle a conclu que les activités habituelles des intermédiaires Internet ne constituent pas une communication au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, et qu'elles ne violent

[3] The Board's decision was rendered on October 27, 1999. It is reported as *SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (*Tariff 22*). It is also available in both official languages on the Copyright Board's Web site: www.cb-cda.gc.ca/decisions/music-e.html. Because the paragraphs of the Board's reasons are not numbered, references in my reasons are to page numbers in the print version.

[4] This is an application for judicial review under section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to set aside the decision of the Board excluding most Internet intermediaries from liability to pay royalties for copyright music transmitted on the Internet. The applicant is the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), which collectively administers in Canada the performing and communication rights of its members, and of foreign composers, authors and publishers. The applicant is supported by interveners representing performers of recorded music and recording companies. The respondents include an association of Internet access providers, associations of television cable companies, motion picture distributors and broadcasters, as well as individual broadcasters and telephone companies.

[5] The application for judicial review raises three substantive questions. First, when material is transmitted on the Internet, do the operator of the server on which it is stored, and the entity supplying the ultimate recipient with access to the Internet, only provide "the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work" within the meaning of paragraph 2.4(1)(b) [as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 2]

donc pas les droits de communication exclusifs des titulaires du droit d'auteur.

[3] La décision de la Commission a été rendue le 27 octobre 1999. Elle est publiée sous l'intitulé *Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l'exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (la décision relative au *Tarif 22*). Le texte bilingue de cette décision est également publié sur le site Web de la Commission du droit d'auteur à l'adresse suivante: www.cb-cda.gc.ca/decisions/music-f.html. Comme les paragraphes de la décision de la Commission ne sont pas numérotés, je renvoie dans les présents motifs aux numéros de page de la version imprimée de la décision.

[4] La Cour est saisie en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire introduite en vertu de l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, en vue de faire annuler la décision par laquelle la Commission a soustrait la plupart des intermédiaires Internet à l'obligation de verser des redevances pour les œuvres musicales protégées par le droit d'auteur qui sont diffusées sur Internet. La demanderesse est la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN). La SOCAN est chargée de gérer collectivement au Canada les droits d'exécution et de communication de ses membres et ceux de compositeurs, auteurs et éditeurs étrangers. La demanderesse est soutenue en l'espèce par des intervenants qui représentent des interprètes d'œuvres musicales enregistrées et des maisons de disque. Les défendeurs comprennent une association de fournisseurs d'accès Internet, des associations de câblodistributeurs, des distributeurs de films et des radiodiffuseurs, de même que des radiodiffuseurs privés et des compagnies de téléphone.

[5] La présente demande de contrôle judiciaire soulève trois questions de fond. En premier lieu, lorsque du contenu est diffusé sur Internet, l'exploitant du serveur sur lequel ce contenu est stocké et l'entité qui fournit au destinataire final l'accès à Internet ne font-ils que «fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue [cette communication]» au sens de l'alinéa 2.4(1)b) [édicte par

of the *Copyright Act*? If they do, then operating a host server and providing Internet access do not constitute the communication by telecommunication of transmitted material and, hence, do not attract liability to pay a royalty.

[6] Second, when material requested by an Internet user in Canada is stored on a server outside Canada, does communication of that material occur only at the location of the server from which it is transmitted? If it does, then no breach of copyright will occur in Canada when material is transmitted to a recipient in Canada from a foreign server, and the Copyright Board cannot impose a royalty on the person who posted it.

[7] Third, can Internet intermediaries be required to pay a royalty because they “authorize” the communication of music transmitted on the Internet? In particular, does the operator of a host server authorize the communication of music that it is storing, or does an Internet access provider authorize the communication of the music requested by and transmitted to one of its subscribers?

[8] However, before the Court can decide whether the Board’s conclusions on these issues are erroneous in law, it must determine the applicable standard of review.

B. FACTUAL BACKGROUND

[9] On the basis of the very substantial evidence that it heard, the Board has provided in its reasons for decision a thorough and lucid account of the essential operational features of Internet communication. None of the Board’s factual findings has been challenged in this proceeding. Consequently, the factual background relevant to the issues raised in this application can be described quite briefly.

[10] The World Wide Web and e-mail are the most often used applications of the Internet. Indeed, most

L.C. 1997, ch. 24, art. 2] de la *Loi sur le droit d’auteur*? Dans l’affirmative, le fait d’exploiter un serveur hôte et de fournir l’accès à l’Internet ne constitue pas une communication de données par télécommunication et il n’engendre en conséquence pas l’obligation de verser des redevances.

[6] Deuxièmement, lorsque les données auxquelles un internaute cherche à accéder au Canada sont stockées sur un serveur situé à l’extérieur du Canada, la communication de ces données ne s’effectue-t-elle qu’à l’endroit où se trouve le serveur à partir duquel elles sont transmises? Dans l’affirmative, il n’y a pas de violation du droit d’auteur au Canada lorsque ces données sont transmises d’un serveur étranger à un destinataire situé au Canada, et la Commission du droit d’auteur ne peut réclamer de redevances de la personne qui les a rendues disponibles.

[7] Troisièmement, les intermédiaires Internet peuvent-ils être assujettis au paiement de redevances au motif qu’ils «autorisent» la communication d’œuvres musicales sur Internet? En particulier, celui qui exploite un serveur hôte autorise-t-il la communication de la musique qui est stockée sur son serveur ou le fournisseur d’accès Internet autorise-t-il la communication de la musique qui est demandée par ses abonnés et qui leur est transmise?

[8] Or, avant de pouvoir décider si les conclusions que la Commission a tirées sur ces questions sont erronées en droit, la Cour doit déterminer la norme de contrôle applicable.

B. RAPPEL DES FAITS

[9] Se fondant sur la preuve abondante qui lui a été soumise, la Commission a, dans les motifs de sa décision, donné un exposé solide et étoffé des caractéristiques essentielles du fonctionnement du réseau Internet. Aucune des conclusions de fait de la Commission n’a été contestée dans le cadre de la présente instance. En conséquence, les faits qui se rapportent aux questions en litige dans la présente demande peuvent être relatés assez brièvement.

[10] Le World Wide Web et le courrier électronique (ou courriel) sont les applications les plus courantes de

people regard the Internet and the World Wide Web as synonymous. In these reasons, I shall generally refer to the Internet. The Internet comprises a network of computers and a network of computer networks that enable those connected to them to gain access to data stored on computers around the world that are themselves connected to the Internet and have an Internet protocol (IP) address at which they can be located.

[11] The data available on the Internet may take a variety of forms, including text, pictures, videos and music, and is transmitted in “packets” of electrical impulses. The data is contained on Web pages which are assigned Universal Resource Locators (URLs), which may be translated into the IP address of the server on which the pages are stored. A Web site is a collection of pages available at the same general URL.

[12] The end nodes of the communication of data on the Internet are the computers of the content providers who post material on a host server, and of the end users who request and receive it.

[13] Material passes from the content provider to the end user through a number of other computers, including routers, which provide the Internet “backbone”. They “read” the address on the packets of information passed to them, ensure that all the packets have arrived and are in the right order, and determine the next router to which the packets must be sent in order to reach their ultimate destination. The final router, operated by the end user’s Internet access provider, directs the packets to the subscriber who requested the material. When the Internet access provider also operates a host server, as most Internet access providers in fact do, only the Internet access provider’s router is used in the transmission of material requested from that server by the end user. Software on the end user’s computer reassembles the packets of electrical impulses into a form that enables him or her to read, watch or hear the material that had been posted on

l’Internet. D’ailleurs, la plupart des gens considèrent l’Internet et le World Wide Web comme des synonymes. Dans les présents motifs, j’emploierai le terme «Internet». L’Internet est un réseau d’ordinateurs et un réseau de réseaux d’ordinateurs qui permet à ceux qui y sont branchés d’accéder à des données stockées sur des ordinateurs situés partout dans le monde qui sont eux-mêmes connectés à l’Internet et qui reçoivent une adresse de protocole Internet ou adresse IP où ils peuvent être retrouvés.

[11] Les données auxquelles on peut accéder sur Internet revêtent plusieurs formes—textes, images, vidéos et musique. Ces données sont transmises en «paquets» d’impulsions électriques. Elles sont stockées sur des pages Web auxquelles est attribuée une «adresse URL» (Universal Resource Locator) qui peut être convertie en l’adresse IP du serveur où les pages en question sont enregistrées. Un site Web est une série de pages auxquelles on peut accéder à la même adresse URL générale.

[12] Les nœuds terminaux servant à la communication de données sur l’Internet sont, d’une part, les ordinateurs des fournisseurs de contenu qui rendent des fichiers disponibles sur un serveur hôte et, d’autre part, les utilisateurs finaux qui demandent et reçoivent les fichiers en question.

[13] Les fichiers sont transmis par le fournisseur de contenu à l’utilisateur final en passant par plusieurs autres ordinateurs, et notamment par des routeurs, qui forment la «dorsale» ou l’«infrastructure de base» d’Internet. Les routeurs «interprètent» l’adresse figurant sur les paquets de données qui leur sont transmis et ils s’assurent que ces paquets leur ont été acheminés dans le bon ordre. Ils trouvent ensuite le routeur à qui les paquets doivent être envoyés avant d’atteindre leur destination finale. Le routeur final, qui est exploité par le fournisseur d’accès Internet de l’utilisateur final, achemine les paquets à l’abonné qui a demandé l’information. Lorsque le fournisseur d’accès Internet exploite aussi un serveur hôte, comme c’est le cas pour la plupart des fournisseurs d’accès Internet, seul le routeur du fournisseur d’accès Internet est utilisé pour la transmission de l’information que l’utilisateur final a demandée à ce serveur. Le logiciel de l’ordinateur de

the Internet by the content provider.

[14] Content providers may be commercial corporations, or individuals with a computer at home, the appropriate software and Internet access. Content may be uploaded onto a host server that is operated either by the content provider or, more typically, by another person with whom the content provider has a contractual arrangement to provide disk space on the server for storing material and to make it available on the Internet. In addition to providing disk space for Web sites, operators of host servers often supply other services, such as recording the number of “hits” that a site receives, and authenticating users.

[15] In their contract with content providers, operators of host servers may prohibit the posting of certain kinds of information, such as pornography or copyright material. If a content provider nonetheless uploads offending material, the operator of the server may remove it on discovering its presence, as a result of a complaint, for instance. Otherwise, the operator neither knows what material is being posted on the server, nor purports to exercise control over it, since the host server is programmed to send automatically, on an on-demand basis, material that is posted on it.

[16] In order to gain access to the wonders of the World Wide Web, a person needs the services of an Internet provider, who may be the local telephone company or some other entity, large or small, whose business includes the provision of Internet access. The “connectivity” services covered by the Internet access provider’s fee typically comprise: providing an Internet protocol address and domain name to enable material requested by subscribers to reach them and to enable others to send material to them; installing on subscribers’ computers the software necessary for them

l'utilisateur final rassemble les paquets d'impulsions électriques sous une forme qui lui permet de lire, de consulter ou d'écouter les données que le fournisseur de contenu a mis à la disposition des internautes sur l'Internet.

[14] Les fournisseurs de contenu peuvent être des entreprises commerciales ou des particuliers qui disposent d'un ordinateur à la maison, du logiciel approprié et d'un accès à l'Internet. Le contenu est téléchargé sur un serveur hôte qui est exploité soit par le fournisseur de contenu, soit, le plus souvent, par une autre personne avec laquelle le fournisseur de contenu a conclu un contrat pour offrir de l'espace disque sur le serveur pour stocker des données et les rendre accessibles sur l'Internet. En plus de fournir de l'espace disque pour des sites Web, les exploitants des serveurs hôtes fournissent souvent d'autres services, comme l'enregistrement du nombre de visiteurs que reçoit un site et l'authentification des utilisateurs.

[15] Dans leurs rapports avec les fournisseurs de contenu, les exploitants de serveurs hôtes peuvent interdire la diffusion de certains types d'information, comme la pornographie ou les documents ou objets protégés par le droit d'auteur. Si un fournisseur de contenu télécharge malgré cette interdiction du contenu illicite, l'exploitant du serveur peut supprimer ce contenu dès qu'il en découvre la présence, à la suite d'une plainte, par exemple. Sinon, l'exploitant n'est pas au courant du contenu qui est présenté sur le serveur et il ne prétend pas exercer de contrôle sur ce contenu, étant donné que le serveur hôte est programmé pour envoyer automatiquement sur demande l'information qu'il contient.

[16] Pour pouvoir accéder au monde merveilleux du Web, il faut recourir aux services d'un fournisseur d'accès Internet, en l'occurrence la compagnie de téléphone locale ou une entreprise, grande ou petite, qui offre l'accès Internet dans le cadre de ses activités. Parmi les services de «connectivité» habituellement offerts par les fournisseurs d'accès Internet signalons: l'attribution d'une adresse de protocole Internet et d'un nom de domaine pour permettre à l'abonné d'envoyer et de recevoir de l'information; l'installation dans l'ordinateur de l'abonné du logiciel nécessaire pour

to connect to the Internet; interconnecting subscribers' computers to the Internet by wire, wireless or satellite; and operating a router that takes in packets of data on their way to or from the end user and determines how to get them to the end user or to the next router *en route* to their ultimate destination.

[17] The speed at which routers can read and direct the data passing through them is critically important to users. High speed is possible only if the information that routers must process is kept to a minimum. Although technically possible, it is currently impracticable for an Internet access provider to ascertain the content of the data passing through its router. In addition, an Internet access provider who announced that it was monitoring the content of data received and sent by its subscribers would likely find its customers taking their business elsewhere. Hence, routers normally only "look at" the address of the ultimate recipient, and the number and order of the packets containing the data in its electronic form.

[18] Internet access providers, and others, may also operate "cache" servers that temporarily store material requested by end users from a host server. Material requested from a host server by a subscriber may be automatically cached on the Internet access provider's server, so that when it is requested again the material will be delivered from the cache, not from the original host server. It will not be apparent to an end user whether the requested material has come from the original host server or from a cache. However, the content provider can control or prohibit caching by inserting non-visible data in the Web pages. And, in order to ensure that they have the latest version, end users can set their browsers to ensure that material is always taken from the original host server and not from a cache.

[19] Caches may be used to locate close to subscribers material stored on a distant server (in

pouvoir se brancher sur l'Internet; l'interconnexion de l'ordinateur de l'abonné à l'Internet par fil, dispositif sans fil ou satellite; et l'exploitation d'un routeur qui a pour objet de recevoir des paquets de données en vue de les acheminer à l'utilisateur final et de déterminer comment les faire parvenir à l'utilisateur final ou au routeur suivant avant qu'elles n'atteignent leur destination finale.

[17] La vitesse à laquelle les routeurs peuvent lire et acheminer des données revêt une importance critique pour les internautes. La haute vitesse n'est possible qu'en limitant la quantité d'informations que le routeur doit traiter. Bien que cela soit en principe techniquement possible, il existe pour le moment des difficultés d'ordre pratique trop importantes pour que le fournisseur d'accès Internet puisse prendre connaissance du contenu des données qui transitent par son routeur. De plus, le fournisseur d'accès Internet qui annoncerait qu'il vérifie le contenu des données reçues et envoyées par ses abonnés ferait probablement fuir ses clients. En conséquence, les routeurs se contentent normalement de «regarder» l'adresse du destinataire final, ainsi que le numéro et l'ordre des paquets de données sous leur forme électronique.

[18] Les fournisseurs d'accès Internet peuvent, comme d'autres personnes, exploiter des serveurs «antémémoires» qui emmagasinent temporairement les données que l'utilisateur final demande au serveur hôte. Les données qu'un abonné demande au serveur hôte peuvent être mises en antémémoire automatiquement sur le serveur du fournisseur d'accès Internet, de sorte que lorsqu'elle est demandée de nouveau, l'information provient de l'antémémoire et non du serveur hôte d'origine. L'utilisateur final ne pourra pas savoir si l'information demandée provient du serveur hôte d'origine ou d'une antémémoire. Le fournisseur de contenu peut toutefois contrôler ou même empêcher la mise en antémémoire en insérant des données invisibles sur les pages Web. Et, pour s'assurer de recevoir la version la plus récente, l'utilisateur final peut régler son navigateur de manière à faire en sorte que l'information provient toujours du serveur hôte d'origine et non d'une antémémoire.

[19] Les antémémoires peuvent être utilisées pour repérer, dans l'entourage de l'abonné, des données

Europe or Australia, for example), or when the demand for particular material is very heavy. Caching cuts the cost of transmission for Internet access providers by reducing the bandwidth required to transmit, and expedites the transmission of material to end users.

[20] A final feature of the Internet of some relevance to this appeal is the use of hyperlinks to give access from one Web site page to other pages on the same site, or to pages on other sites located on the same or another server. When a hyperlink is embedded in a Web site page, access to other pages is automatic, in the sense that, having gained access to the first page, the end user need take no further action in order to gain access to linked pages.

[21] In its reasons for decision (*supra*, at page 441), the Board provided the following useful summary of the essential elements of the transmission of data over the Internet:

In order for a transmission to occur, the following events must take place. First, the file is incorporated to an Internet-accessible server. Second, upon request and at a time chosen by the recipient, the file is broken down into packets and transmitted from the host server to the recipient's server, via one or more routers. Third, the recipient, usually using a computer, can reconstitute and open the file upon reception or save it to open it later; either action involves a reproduction of the file, again as that term is commonly understood.

C. THE COPYRIGHT BOARD'S DECISION

[22] In 1995, SOCAN proposed the first tariff of royalties payable in respect of music transmitted on the Internet. This tariff, known as Tariff 22, covers the years 1996 to 1998 inclusive. Because of both the large number of potential participants in the proceeding to consider the tariff, and the range and complexity of the issues that it raised, the Board decided to divide the proceeding into two phases.

stockées sur un serveur situé à une grande distance (en Europe ou en Australie, par exemple). Elles sont également utilisées lorsqu'un document ou fichier déterminé fait l'objet d'une forte demande. La mise en antémémoire réduit les coûts de transmission du fournisseur d'accès Internet en diminuant la largeur de la bande passante requise pour la transmission et en accélérant la transmission des données vers l'utilisateur final.

[20] Un dernier trait de l'Internet qui revêt une certaine importance dans le présent appel est l'utilisation d'hyperliens servant à donner accès d'une page Web à d'autres pages du même site ou à des pages d'autres sites situés sur le même serveur ou sur un autre serveur. Lorsqu'un hyperlien est intégré à une page d'un site Web, l'accès aux autres pages est automatique, en ce sens qu'ayant obtenu accès à la première page, l'utilisateur final n'a rien d'autre à faire pour pouvoir consulter les pages chaînées.

[21] Dans les motifs de sa décision (précitée, à la page 441), la Commission a donné le résumé utile suivant des éléments essentiels de la transmission de données par Internet:

Pour qu'il y ait transmission, les conditions qui suivent doivent être réunies. Premièrement, le fichier est enregistré sur un serveur accessible sur l'Internet. Deuxièmement, à la demande du destinataire et au moment fixé par celui-ci, le fichier est divisé en paquets et transmis du serveur hôte au serveur du destinataire, à travers un ou plusieurs routeurs. Troisièmement, le destinataire, habituellement à l'aide d'un ordinateur, peut reconstituer et ouvrir le fichier dès réception ou l'enregistrer en vue de son ouverture ultérieure; dans l'un et l'autre cas, il y a reproduction du fichier, encore une fois au sens courant de ce terme.

C. LA DÉCISION DE LA COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR

[22] En 1995, la SOCAN a soumis le premier projet de tarif de redevances à percevoir pour la musique diffusée sur Internet. Ce tarif, connu sous le nom de tarif 22, vise les années 1996 à 1998 inclusivement. En raison du grand nombre de personnes susceptibles d'être intéressées à participer à l'instance relative à l'examen du tarif proposé et à cause de la portée et de la complexité des questions soulevées, la Commission a décidé de scinder l'instance en deux.

[23] This application for judicial review concerns Phase I of the proceeding. It was held to determine which activities of the various Internet actors infringed copyright and thus made them potentially liable to pay a royalty and, in particular, whether Internet intermediaries “communicated” to the public music transmitted to end users. Only those whose activities were found at the end of Phase I to infringe copyright would need to participate at Phase II, when the Board would determine which of them should be required to pay a royalty, on what basis the royalty should be calculated, and at what rate it should be set. The Phase II hearing has not yet started.

[24] The Phase I hearing lasted 11 days, during which the Board heard evidence from leading experts on the nature and functioning of the Internet. In addition, interested parties made extensive written submissions on the issues in dispute. The Board rendered lengthy reasons for decision in both official languages.

[25] The reasons reflect the three principal lines of enquiry that the representations addressed. First, the Board identified activities that may give rise to copyright infringement under paragraph 3(1)(f) [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1997, c. 24, s. 3] of the *Copyright Act*, namely the communication of the work to the public by telecommunication. Second, it considered which activities are excluded from the definition of “communication” by paragraph 2.4(1)(b) of the Act. This provides that a person does not communicate to the public by telecommunication if the only act performed in respect of the communication is the provision of the means of telecommunication necessary for one person to so communicate the work in question to another. Third, the Board addressed the circumstances in which an Internet communication occurs in Canada and thus may be subject to a royalty imposed by the Board.

[26] In the course of addressing these issues, the Board made other important legal rulings on the application of the *Copyright Act* to the transmission of

[23] La présente demande de contrôle judiciaire porte sur la phase I de l’instance. Cette phase visait à établir quelles activités des divers intervenants de l’Internet portaient atteinte au droit d’auteur, rendant ainsi ces intervenants susceptibles de devoir verser des redevances et, en particulier, si les intermédiaires Internet «communiquent» au public la musique qui est transmise à l’utilisateur final. Seuls les intervenants dont la Commission conclurait au terme de la phase I que les activités violent le droit d’auteur seraient tenus de participer à la phase II, au cours de laquelle la Commission déterminerait qui d’entre eux devrait être tenu de verser des redevances, selon quelle formule les redevances devraient être calculées et à quel taux elles devraient être fixées. L’instruction de la phase II n’a pas encore commencé.

[24] L’instruction de la phase I a duré 11 jours, au cours desquels la Commission a entendu le témoignage d’experts chevronnés au sujet de la nature et du fonctionnement de l’Internet. En outre, les intéressés ont présenté des observations écrites fouillées au sujet des questions en litige. La Commission a publié une longue décision motivée dans les deux langues officielles.

[25] Les motifs de la Commission correspondent aux trois principales catégories de questions et de réponses qui ont été examinées. En premier lieu, la Commission a énuméré les activités qui sont susceptibles de donner lieu à une violation du droit d’auteur au sens de l’alinéa 3(1)f) [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1997, ch. 24, art. 3] de la *Loi sur le droit d’auteur*, en l’occurrence la communication d’une œuvre au public par télécommunication. Deuxièmement, la Commission a examiné les activités qui ne répondent pas à la définition du mot «communication» aux termes de l’alinéa 2.4(1)b) de la Loi, lequel prévoit que n’effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l’effectue. Troisièmement, la Commission s’est penchée sur les circonstances dans lesquelles une communication Internet se produit au Canada, donnant ainsi lieu à l’imposition de redevances.

[26] Dans le cadre de son analyse de ces questions, la Commission a tiré d’autres conclusions importantes sur l’application de la *Loi sur le droit d’auteur* à la

music on the Internet. On these issues, the Board agreed for the most part with SOCAN and its conclusions have not been challenged by the respondents. SOCAN has not challenged the Board's conclusion (*supra*, at pages 446-448) that a musical work transmitted on the Internet is communicated by telecommunication for the purpose of the Act, even though, after it has been requested from a server, it is broken into small packets of data in digital form that contain only fragments of the original material that are not recognizable as music until they are reassembled by the end user's computer.

[27] Nor has SOCAN challenged the Board's holding (*supra*, at pages 450 and 455-456) that a person who posts music on a server thereby authorizes its communication, and communicates it when, in response to requests from end users, it is transmitted from the host server on which it is stored. Even when material is transmitted from a cache, or from a mirror server on which the content of other Web sites is copied, it is still communicated by the content provider: *supra*, at page 459. However, content providers do not communicate in Canada material that they have posted on servers located in other countries, unless, perhaps, the material is specifically intended to be accessed by recipients in Canada: *supra*, at pages 459-460. Further, the statutory requirement that an infringing communication must be "to the public" is satisfied whenever a content provider uploads material onto a server with the intention that the public or a segment of the public will have access to it, even though members of the public neither request nor receive the material simultaneously, and may receive it individually in private: *supra*, at pages 445-446.

[28] However, SOCAN does challenge the Board's conclusion that the typical activities of operators of host servers and Internet access providers do not constitute communication by telecommunication as defined in the

transmission d'œuvres musicales sur l'Internet. Sur ces questions, la Commission s'est dite pour l'essentiel d'accord avec la SOCAN et les défendeurs n'ont pas contesté les conclusions qu'elle a tirées. La SOCAN ne conteste pas la conclusion de la Commission suivant laquelle (précitée, aux pages 446 à 448) une œuvre musicale qui est diffusée sur l'Internet est communiquée par télécommunication au sens de la Loi, même si, après qu'elle a été demandée à un serveur, elle est découpée en petits paquets de données sous une forme numérique qui ne contient que des fragments des données originales qui ne sont reconnaissables comme des œuvres musicales qu'une fois qu'elles sont reconstituées par l'ordinateur de l'utilisateur final.

[27] La SOCAN ne conteste pas non plus la conclusion de la Commission (précitée, aux pages 450, 455 et 456) suivant laquelle la personne qui offre de la musique sur un serveur en autorise de ce fait la communication et la communique lorsqu'en réponse à la demande formulée par un utilisateur final, elle la transmet à partir du serveur hôte sur lequel elle l'a emmagasinée. Même lorsqu'elles sont transmises à partir d'une antémémoire ou d'un serveur miroir sur lequel le contenu d'autres sites Web a été copié, les données sont quand même communiquées par le fournisseur de contenu (précitée, à la page 459). Toutefois, les fournisseurs de contenu ne communiquent pas au Canada des données qui ont été diffusées sur des serveurs situés dans d'autres pays, à moins, peut-être, que les données soient expressément destinées à être consultées par des destinataires situés au Canada (précitée, aux pages 459 et 460). En outre, l'obligation faite par la loi que la communication qui constitue une violation du droit d'auteur soit une communication «au public» est satisfaite chaque fois qu'un fournisseur de contenu télécharge des données sur un serveur dans l'intention que le public ou un segment du public y ait accès, même si des membres du public n'ont jamais demandé ou reçu les données simultanément, et ils peuvent les recevoir individuellement en privé (précitée, aux pages 445 et 446).

[28] La SOCAN conteste toutefois la conclusion de la Commission suivant laquelle les activités habituelles des exploitants de serveurs hôtes et des fournisseurs d'accès Internet ne constituent pas une communication par

Copyright Act, and thus do not give rise to liability to pay a royalty. The services and equipment that they normally supply to enable subscribers to obtain access to music bring them within paragraph 2.4(1)(b). That is, Internet intermediaries are not communicating by telecommunication because their only act in respect of a communication consists of providing the means of telecommunication necessary to enable another person to so communicate it. However, if operators of host servers also post music on them, or Internet access providers either collaborate with content providers, or themselves post music, they lose the protection of paragraph 2.4(1)(b). The Board's analysis of these issues is found *supra*, at pages 451-453.

[29] The Board also held (*supra*, at pages 458-459) that the transmission of music from a cache or a mirror site does not normally constitute communication. The poster remains the communicator and the communication occurs at the location of the source server. On the other hand, a person who makes other pages or Web sites automatically accessible to an end user by means of an embedded hyperlink thereby authorizes the communication of the material available on those sites. SOCAN, however, maintains that, like transmissions from the original host server, transmissions from caches or mirror sites constitute communication by telecommunication.

[30] SOCAN submits that the Board's decision excluding Internet intermediaries from liability is likely to make it difficult for SOCAN effectively to protect its members' copyright from infringing Internet communications in Canada, because it limits to content providers and their collaborators the range of Internet actors who can be required to pay a royalty. Content providers are numerous, anonymous and often of limited financial means; hence, SOCAN may have difficulty in obtaining payment from them. Further,

télécommunication au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* et n'engendrent donc pas l'obligation de verser des redevances. Les services et l'équipement qu'ils fournissent habituellement pour permettre aux abonnés d'accéder à des œuvres musicales les font tomber sous le coup de l'alinéa 2.4(1)b). En d'autres termes, les intermédiaires Internet ne communiquent pas par télécommunication parce que le seul acte qu'ils accomplissent qui s'apparente à une communication est celui de fournir les moyens de télécommunication nécessaires pour permettre à un tiers d'effectuer une telle communication. Toutefois, si les exploitants de serveurs hôte mettent aussi de la musique à la disposition du public sur leur serveur ou si les fournisseurs d'accès Internet collaborent avec des fournisseurs de contenu ou offrent eux-mêmes de la musique, ils perdent la protection de l'alinéa 2.4(1)b). L'analyse que la Commission a faite de ces questions se trouve aux pages 451 à 453 de sa décision.

[29] La Commission a également jugé (aux pages 458 et 459 de sa décision) que la transmission de musique à partir d'une antémémoire ou d'un site miroir ne constitue habituellement pas une communication. Celui qui rend des données disponibles sur son serveur demeure celui qui les communique et la communication se produit à l'emplacement du serveur d'où provient la transmission. En revanche, la personne qui rend d'autres pages ou sites Web accessibles par un utilisateur final au moyen d'un hyperlien intégré autorise ainsi la communication du contenu présenté sur les sites en question. La SOCAN maintient toutefois que, tout comme les transmissions provenant du serveur hôte d'origine, les transmissions provenant d'une antémémoire ou d'un site miroir constituent une communication par télécommunication.

[30] La SOCAN soutient que la décision par laquelle la Commission a soustrait les intermédiaires Internet à l'obligation de verser des redevances risque de lui rendre plus difficile sa tâche de protéger efficacement ses membres contre les communications sur Internet qui risquent de porter atteinte à leur droit d'auteur au Canada, parce que, dans sa décision, la Commission limite aux fournisseurs de contenu et à leurs collaborateurs l'éventail d'intervenants de l'Internet qui peuvent être tenus de verser des redevances. Or, les

SOCAN argues, the decision also damages its members' interests because it exempts content providers from liability to pay a royalty in respect of material transmitted from a host server located outside Canada.

D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[31] The following provisions of the *Copyright Act* are of most immediate relevance to the determination of this application for judicial review.

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42 [section 2
“telecommunication” (as am. by S.C. 1988,
c. 65, s. 61)]

2. . . .

“telecommunication” means any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system;

. . .

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

. . .

(b) a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public; and

. . .

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

. . .

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

. . .

fournisseurs de contenu sont nombreux, ils sont anonymes et ils disposent souvent de moyens financiers limités, de sorte que la SOCAN risque d'avoir de la difficulté à se faire payer par eux. La SOCAN explique aussi que la décision de la Commission risque de nuire aux intérêts de ses membres parce qu'elle soustrait les fournisseurs de contenu à l'obligation de verser des redevances à l'égard des données transmises à partir d'un serveur hôte situé à l'extérieur du Canada.

D. CADRE LÉGISLATIF

[31] Voici les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui sont les plus importantes pour décider du sort de la présente demande de contrôle judiciaire:

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42
[article «télécommunication» (mod. par L.C. 1988,
ch. 65, art. 61)]

2. [. . .]

«télécommunication» vise toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique.

[. . .]

2.4 (1) Les règles qui suivent s'appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication:

[. . .]

b) n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue;

[. . .]

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif:

[. . .]

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

[. . .]

and to authorize any such acts. [Underlining added.]

[32] The *Copyright Act* also constitutes the Copyright Board, and defines its powers and functions. The Board held the hearing on Tariff 22 under subsection 68(1) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45], which authorizes it to approve tariffs proposed by collective societies carrying on the business of “collecting royalties for the communication to the public by telecommunication of musical works” (paragraph 67(b) [as am. *idem*]). Hence, the Board could not approve the imposition of a royalty on a person who was not infringing paragraph 3(1)(f) by communicating musical works to the public by telecommunication. Other statutory provisions relating to the Board that are less central to this application are referred to in the course of these reasons.

E. ISSUES AND ANALYSIS

[33] It was agreed by the parties that the Court has jurisdiction to review the Board’s Phase I determination of the activities of Internet intermediaries for which the Board could require them to pay a royalty, even though it has not yet decided who will be required to pay, the total amount of the royalty payable, or the basis on which it will be allocated among those liable to pay.

[34] I have no doubt that the parties are correct in this. The broad jurisdiction to review and set aside any “decision, order, act or proceeding” of a federal administrative tribunal conferred by the *Federal Court Act*, paragraph 18.1(3)(b) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], is equally applicable to tribunals that are reviewable at first instance in this Court under subsection 28(1), such as the Copyright Board: subsection 28(2).

[35] Thus, the Court’s judicial review jurisdiction is not limited to administrative tribunals’ decisions, much

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes. [Soulignement ajouté.]

[32] La *Loi sur le droit d’auteur* constitue également la Commission du droit d’auteur et en définit les pouvoirs et les attributions. La Commission a tenu l’audience relative au tarif 22 en vertu du paragraphe 68(1) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 45], qui l’autorise à approuver les projets de tarifs de redevances à percevoir qui lui sont soumis par les sociétés de gestion chargées de «percevoir des redevances pour l’exécution en public ou la communication au public par télécommunication [. . .] d’œuvres musicales» (article 67 [mod., *idem*]). La Commission ne pouvait donc pas approuver l’imposition de redevances à une personne qui ne contrevenait pas à l’alinéa 3(1)(f) en communiquant des œuvres musicales au public par voie de télécommunication. D’autres dispositions législatives relatives à la Commission qui sont moins importantes en l’espèce sont mentionnées plus loin dans les présents motifs.

E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[33] Les parties conviennent que la Cour a compétence pour examiner la décision que la Commission a rendue au cours de la phase I au sujet des activités des intermédiaires Internet pour lesquelles la Commission pouvait les obliger à verser des redevances, même si elle n’a pas encore décidé qui sera tenu d’en verser, ni le montant total des redevances exigibles ni même la méthode à utiliser pour les répartir entre ceux qui sont tenus de les verser.

[34] Je suis persuadé que les parties ont raison sur ce point. La vaste compétence que l’alinéa 18.1(3)(b) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à notre Cour pour examiner et annuler «toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte» d’un office fédéral vaut également pour les décisions des offices fédéraux qui sont soumises au contrôle judiciaire de notre Cour en première instance en vertu du paragraphe 28(1), comme par exemple les décisions de la Commission du droit d’auteur (paragraphe 28(2)).

[35] Ainsi, la compétence de notre Cour en matière de contrôle judiciaire ne se limite pas aux décisions des

less decisions that ultimately dispose of a matter. The Board's determination in *Tariff 22* of the parties' potential liability to pay a royalty is obviously a reviewable "decision" under paragraph 18.1(3)(b) that can be set aside for error of law under paragraph 18.1(4)(c) [as enacted *idem*].

Issue 1: The Standard of Review

[36] SOCAN submitted that, in order to determine whether the Board's decision was erroneous in law, the Court must decide for itself whether the Board had correctly resolved the legal issues in dispute. The respondents, on the other hand, contended that the Court should afford a measure of deference to the Board and only intervene if it found that the Board's rulings were either patently unreasonable, or simply unreasonable. For the reasons that follow, it is my opinion that the Board's interpretation of the provisions of the *Copyright Act* relevant in this case is reviewable on a standard of correctness, while deference is due to the Board's application of them to the facts.

I The Authorities

[37] It would be enormously wasteful of resources, and introduce undue uncertainty into an already nuanced and contextualized approach to judicial review, to require reviewing courts to fashion anew the appropriate standard of review in respect of each section or word of the statute administered by an agency. Once a court has pronounced on the standard of review applicable to the interpretation by a given agency of a provision in its enabling statute, that standard should generally be applied to the same agency's interpretation of other provisions of its legislation when an agency decision is challenged on an application for judicial review.

[38] Normally, a different standard should be applied only if an applicant persuades the reviewing court that

tribunaux administratifs, et encore moins aux décisions qui ont pour effet de trancher définitivement un litige. La décision que la Commission a rendue au sujet du *Tarif 22* en ce qui a trait à l'obligation éventuelle des parties de verser des redevances est de toute évidence une «décision» qui est susceptible d'un contrôle judiciaire en vertu de l'alinéa 18.1(3)*b*) et qui peut être annulée pour cause d'erreur de droit en vertu de l'alinéa 18.1(4)*c*) [édicte, *idem*].

Question 1: La norme de contrôle applicable

[36] La SOCAN affirme que, pour déterminer si la décision de la Commission est entachée d'une erreur de droit, la Cour doit décider elle-même si la Commission a tranché correctement les questions de droit en litige. Les défendeurs soutiennent en revanche que la Cour devrait faire preuve d'une certaine réserve envers la décision de la Commission et n'intervenir que si la décision et les conclusions de la Commission sont manifestement déraisonnables ou simplement déraisonnables. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'interprétation que la Commission a donnée des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui nous intéressent en l'espèce est susceptible d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte, alors qu'il y a lieu de faire preuve de réserve en ce qui concerne l'application que la Commission a faite de ces dispositions aux faits de l'espèce.

I La jurisprudence existante

[37] On encouragerait un gaspillage effarant de ressources et on créerait de l'incertitude dans une analyse déjà nuancée et contextuelle du contrôle judiciaire si l'on obligeait les tribunaux saisis de demandes de contrôle judiciaire à élaborer de nouveau la norme de contrôle appropriée pour chaque article ou mot de la loi qu'un organisme est chargé d'appliquer. Une fois que le tribunal s'est prononcé sur la norme de contrôle applicable à l'interprétation qu'un organisme a donné d'une des dispositions de sa loi habilitante, cette norme devrait en règle générale être appliquée à l'interprétation, par le même organisme, d'autres dispositions de sa loi habilitante lorsqu'une de ses décisions est contestée par voie de contrôle judiciaire.

[38] Normalement, le tribunal saisi d'une demande de contrôle judiciaire devrait appliquer une norme

the standard already established was inappropriate, or that the nature of the statutory provision in dispute in the second case is so manifestly different from those considered in earlier cases that a pragmatic or functional analysis requires the application of a different standard of review. Thus, for example, if a reviewing court has applied a deferential standard to an agency's interpretation of a particular provision in its enabling statute, the same standard presumptively governs the interpretation of other provisions in the statute, unless, for instance, they do not engage the expertise of the agency, are so closely defined in the statute as to leave no room for the exercise by the agency of any interpretative choice, or affect individual rights in different ways.

[39] Since the standard of review applicable to the Copyright Board's interpretation of the *Copyright Act* has been considered comparatively recently by this Court, I shall first examine those decisions to see if they settle the issues raised in this application.

(i) *AVS Technologies Inc. v. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency*

[40] The respondents rely heavily on *AVS Technologies Inc. v. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency* (2000), 7 C.P.R. (4th) 68 (F.C.A.) (*AVS*) as authority for the proposition that the Board's interpretation of the *Copyright Act* is reviewable in this Court only for patent unreasonableness.

[41] The issue in *AVS, supra*, was whether importers and manufacturers could be required to pay a levy on certain compact discs (CDs), on the ground that they were likely to be used for the private copying of copyright material. Liability to a levy depended on whether the CDs constituted an "audio recording medium" within the meaning of section 79 [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 50] in Part VIII of the *Copyright Act*,

différente seulement si le demandeur le convainc que la norme antérieurement retenue ne convient pas ou que la nature des dispositions législatives en litige dans le cas soumis au tribunal sont à ce point manifestement différentes de celles qui ont été examinées auparavant pour que l'analyse pragmatique ou fonctionnelle commande l'application d'une norme de contrôle différente. Ainsi, par exemple, si un tribunal judiciaire a déjà fait preuve de réserve à l'égard de l'interprétation qu'un organisme a donnée d'une des dispositions de sa loi habilitante, la même norme régit en principe l'interprétation des autres dispositions de la loi, à moins que, par exemple, ces dispositions ne fassent pas entrer en jeu la compétence spécialisée de l'office en question, qu'elles fassent l'objet d'une définition législative tellement restrictive qu'il n'y a plus de place pour l'exercice d'un pouvoir d'interprétation de la part de l'organisme en question ou qu'elles portent atteinte aux droits d'une personne de diverses façons.

[39] Comme la norme de contrôle applicable à l'interprétation donnée à la *Loi sur le droit d'auteur* par la Commission du droit d'auteur a récemment fait l'objet d'une étude comparative de la part de notre Cour, je vais d'abord examiner la jurisprudence de notre Cour pour voir si elle propose une solution aux questions soulevées dans la présente demande.

(i) *AVS Technologies Inc. c. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency*

[40] Les défendeurs tablent fortement sur l'arrêt *AVS Technologies Inc. c. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency* (2000), 7 C.P.R. (4th) 68 (C.A.F.) (*AVS*) pour affirmer que, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle la Commission a interprété la *Loi sur le droit d'auteur*, notre Cour doit impérativement appliquer la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[41] La question en litige dans l'affaire *AVS*, précitée, était celle de savoir si une redevance pouvait être perçue sur certains disques compacts (CD) auprès des fabricants et des importateurs au motif que ces CD seraient probablement utilisés pour faire des copies privées d'œuvres musicales enregistrées protégées par le droit d'auteur. L'obligation de verser une redevance dépendait de la réponse à la question de savoir si les CD

in that they were “ordinarily used by individual consumers” for the purpose of copying sound recordings for reproduction.

[42] The Copyright Board held that, for the purpose of section 79, the CDs were “ordinarily” used by individual consumers for copying copyright work. Provided that their use for other purposes was not negligible, the Board held, it was irrelevant that copying was not the sole or even the primary purpose for which consumers used the CDs. In rejecting the proposition that “ordinarily used” means “most frequently used”, the Board was clearly deciding a question of statutory interpretation, because the question in dispute was sufficiently general that it could arise in other proceedings before the Board and in copyright infringement proceedings in court.

[43] On an application for judicial review of the Board’s decision, Linden J.A., writing for the Court, said (*AVS, supra*, at paragraph 5) this about the standard of review applicable to the Board’s interpretation of the words “ordinarily used by individual consumers”:

In our view, this issue is mainly a question of law, that is, the interpretation of legislation that the Board administers. Such a determination falls squarely within the jurisdiction of the Board. It is in its home territory. The issue is a polycentric one dealing with the interests of artists, manufacturers, importers, consumers who record sound, consumers who do not record sound and others. The purpose of Part VIII of the Act is mainly an economic one – that is, to fairly compensate artists and the other creative people for their work by establishing fair and equitable levies. These are matters within the expertise of the Board which has been given the authority to decide *inter alia* the manner of determining the levies, who pays, how much they pay and the terms and conditions of the payment. (See subsection 83(8).) The Board, therefore, should know the industry it is regulating better than the Court. Hence, applying the “functional and pragmatic” test of *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, and having looked at the factors outlined, the

constituaient ou non un «support audio» au sens de l’article 79 [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 50] de la partie VIII de la *Loi sur le droit d’auteur*, en ce sens qu’ils étaient «habituellement utilisé par les consommateurs» pour reproduire des enregistrements sonores.

[42] La Commission du droit d’auteur a décidé que, pour l’application de l’article 79, les CD sont «habituellement» utilisés par des consommateurs pour reproduire des œuvres protégées par le droit d’auteur. La Commission a estimé qu’à condition que l’utilisation de ces œuvres à d’autres fins ne soit pas négligeable, il est sans importance que la copie ne soit pas le seul ou même le principal but dans lequel les consommateurs utilisent les CD. En rejetant l’argument que l’expression «habituellement utilisé» signifie «le plus fréquemment utilisé», la Commission se prononçait de toute évidence sur une question d’interprétation de la loi, parce que la question en litige était suffisamment générale pour pouvoir être soulevée de nouveau dans d’autres instances introduites devant la Commission et dans des actions en justice pour violation du droit d’auteur.

[43] Saisie d’une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission, notre Cour a, sous la plume du juge Linden, déclaré ce qui suit (*AVS, précité*, au paragraphe 5) au sujet de la norme de contrôle applicable à l’interprétation que la Commission avait donnée des mots «habituellement utilisé par les consommateurs»:

À notre avis, il s’agit principalement d’une question de droit, c’est-à-dire de l’interprétation de la loi que la Commission administre. Une telle détermination relève manifestement de la compétence de la Commission. C’est dans son champ d’expertise. Il s’agit d’une question polycentrique qui traite des intérêts des artistes, des fabricants, des importateurs, des consommateurs qui font des enregistrements sonores, des consommateurs qui ne le font pas et ainsi de suite. Le but de la Partie VIII de la Loi est principalement économique—c’est-à-dire qu’il vise à rémunérer de façon juste les artistes et autres créateurs pour leur travail en établissant des redevances justes et équitables. Ce sont des questions qui relèvent de l’expertise de la Commission à qui on a confié le pouvoir de décider, notamment, de la manière de fixer les redevances, des personnes qui doivent les acquitter, du montant de ces redevances, ainsi que des conditions de paiement (voir le paragraphe 83(8)). Par conséquent, la Commission doit

proper standard of review on this issue, even though there is no privative clause, is patent unreasonableness, as considerable curial deference is due to this Board on this question. [Emphasis added.]

[44] Counsel for SOCAN argued that *AVS, supra*, is distinguishable, on the ground that the legal questions in dispute in *Tariff 22* were “jurisdictional” in nature, since the Board had to determine for which activities a person could be liable in law to pay a royalty before it proceeded to Phase II of its inquiry. Hence, SOCAN submits, the Board’s decision on Phase I is subject to review for error of law on a standard of correctness.

[45] In my view, however, on this reasoning, the interpretation of the phrase, “audio recording medium” in *AVS, supra*, could equally have been characterized as a “jurisdictional” question. That is, the Board could not proceed to determine what levy it would impose on the manufacturers and importers of the CDs until it had decided that the CDs fell within the definition of an “audio recording medium” and that a levy could legally be imposed on them. I cannot agree, therefore, that *AVS, supra*, can be distinguished from the case at bar in the manner suggested by counsel for SOCAN.

[46] More important, the pragmatic or functional analysis is now the accepted methodology for setting the standard by which a court will review a specialist administrative agency’s determinations of questions of law. In my opinion, we have almost reached a stage in the development of the law of judicial review of administrative action in Canada when the concept of

connaître l’industrie qu’elle réglemente mieux que la Cour. Donc, en appliquant le critère «fonctionnel et pragmatique» de l’arrêt *Pushpanathan c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 982, et après avoir examiné les facteurs énoncés, la norme de contrôle appropriée sur cette question, même en l’absence d’une clause privative, est la norme de la décision manifestement déraisonnable, étant donné qu’il faut faire preuve d’une très grande retenue judiciaire à l’égard de la Commission sur cette question. [Non souligné dans l’original].

[44] L’avocat de la SOCAN affirme qu’il y a lieu d’établir une distinction entre la présente espèce et l’affaire *AVS*, précitée, étant donné que les questions de droit en litige dans l’affaire du *Tarif 22* étaient des questions «de compétence», étant donné que la Commission était appelée à déterminer pour quelles activités une personne pouvait être tenue en droit de verser des redevances avant de passer à la phase II de son examen. La SOCAN en déduit que la décision que la Commission a rendue au sujet de la phase I est susceptible de faire l’objet d’un contrôle judiciaire en vue de déterminer, en fonction de la norme de la décision correcte, si sa décision est entachée d’une erreur de droit.

[45] J’estime toutefois que, suivant ce raisonnement, l’interprétation de l’expression «support audio» dans l’affaire *AVS*, précitée, aurait tout aussi bien pu être qualifiée de question «de compétence». En d’autres termes, la Commission ne pouvait passer à l’étape consistant à décider quelle redevance elle imposerait aux fabricants et importateurs de CD tant qu’elle n’avait pas décidé que les CD répondaient à la définition de «support audio» et qu’une redevance pouvait par conséquent être légalement imposée sur ces produits. Je ne suis donc pas d’accord pour dire qu’il y a lieu d’établir entre l’affaire *AVS* et la présente espèce la distinction préconisée par l’avocat de la SOCAN.

[46] Il importe surtout de souligner que l’analyse pragmatique ou fonctionnelle constitue désormais la méthode généralement acceptée pour fixer la norme en fonction de laquelle une cour de justice procède au contrôle judiciaire des décisions rendues par un organisme administratif spécialisé sur des questions de droit. À mon avis, nous sommes presque parvenus, dans

jurisdiction can safely be abandoned as a useful determinant of the standard of review applicable to a specialist administrative agency's interpretation or application of a provision of its enabling legislation on which the agency based its decision.

[47] The eclipse of jurisdiction in this context has been expressly recognized by the Supreme Court of Canada in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 28, and by this Court in *Halifax Longshoremen's Assn., Local 269 v. Offshore Logistics Inc.* (2000), 25 Admin. L.R. 224 (F.C.A.), at paragraph 15, and *VIA Rail Canada Inc. v. Cairns*, [2001] 4 F.C. 139 (C.A.), at paragraph 36. Hence, when the statutory provision in dispute is one that the agency is authorized to interpret and to apply in order to render a decision, the invocation of jurisdiction does not dispense with the need to conduct a pragmatic or functional analysis to determine the applicable standard of review. Nonetheless, the Supreme Court does not yet appear ready to jettison the concept of jurisdiction as an analytical tool for determining the standard of review: *Pushpanathan*, *supra*, at paragraph 28. Rather, the Court seems to have relegated it to being merely one of the factors to be considered in the pragmatic or functional mix: see *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 107 (S.C.C.), at paragraph 24, which I examine more fully at paragraphs 63-65 of these reasons.

[48] In my opinion, therefore, *AVS*, *supra*, cannot be distinguished from the case at bar, at least in so far as the questions decided by the Board in both cases involve the interpretation of the *Copyright Act*. The statutory provisions in question in both decisions might have to be interpreted by a court in the course of infringement proceedings. Further, I see nothing in the language of the phrases, "the means of telecommunication necessary", and, "ordinarily used by consumers", to

l'évolution de droit canadien en matière de contrôle judiciaire des actes des administrations publiques, à une étape où il nous est désormais permis de reléguer sans risque d'erreur au second plan le concept de compétence en tant que moyen utile de trouver la norme de contrôle applicable à l'interprétation ou à l'application par un organisme administratif spécialisé de la loi habilitante sur laquelle cet organisme a fondé sa décision.

[47] La défaveur dans laquelle le concept de compétence est tombé dans ce contexte a été expressément reconnue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 28, et par notre Cour dans l'affaire *Halifax Longshoremen's Assn., section locale 269 c. Offshore Logistics Inc.* (2000), 25 Admin. L.R. 224 (C.A.F.), au paragraphe 15, et l'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Cairns*, [2001] 4 C.F. 139 (C.A.) au paragraphe 36. La disposition législative en litige fait par conséquent partie de celles qu'il est permis à l'organisme d'interpréter et d'appliquer pour pouvoir rendre une décision, l'invocation de la compétence ne le dispense pas de la nécessité de procéder à une analyse pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable. Néanmoins, la Cour suprême ne semble pas encore prête à abandonner le concept de compétence en tant qu'outil d'analyse permettant de déterminer la norme de contrôle applicable (*Pushpanathan*, précité, au paragraphe 28). Il semble que la Cour suprême l'ait plutôt relégué au rang des facteurs dont il y a lieu de tenir compte dans le cadre de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle (voir l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 107 (C.S.C.)), au paragraphe 24, sur lequel je reviendrai plus loin aux paragraphes 63 à 65.

[48] J'estime donc qu'il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre l'affaire *AVS*, précitée, et la présente espèce, du moins dans la mesure où les questions tranchées par la Commission dans les deux cas portent sur l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*. Un tribunal judiciaire pourrait être appelé à interpréter les dispositions législatives en question dans les deux décisions dans le cadre d'une action en violation du droit d'auteur. De plus, je ne vois rien dans le libellé des

justify the application of different standards of review to the Board's determination of their meaning.

[49] Nonetheless, in my respectful view, the reasoning of the Court in its application of the pragmatic or functional analysis to the Copyright Board's interpretation of the Act in *AVS*, *supra*, is open to criticism on the following three grounds.

[50] First, when applied to administrative agencies' interpretation of provisions in their "home" legislation that are not on their face discretionary in nature, the patent unreasonableness standard seems rarely to be used in the absence of a strong preclusive clause. The review of labour arbitrators' interpretation of collective agreements is something of an exception to this general proposition, in that arbitral decisions of this nature are normally subject to review for patent unreasonableness, although they are normally protected only by exclusive jurisdiction and finality clauses. However, this strong policy of curial deference is explained by a variety of policy considerations peculiar to the regulation of labour relations, as well as by the location of labour arbitration on the divide between public and private law.

[51] Second, the Court in *AVS*, *supra*, appears to have found support for patent unreasonableness as the applicable standard of review in cases dealing with the Board's exercise of its discretionary powers when determining the basis for and the amount of a royalty. Thus, the Court refers (*supra*, at paragraph 5) to the following cases as "applying this [the patent unreasonableness] standard to this Board in other technical matters": *Canadian Assn. of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (F.C.A.); *Réseaux Premier Choix Inc. v. Canadian Cable Television Assn.*

expressions «des moyens de télécommunication nécessaires» et «habituellement utilisé par les consommateurs» qui justifie l'application de normes de contrôle différentes en ce qui concerne l'interprétation que la Commission a donnée de ces expressions.

[49] Néanmoins, à mon humble avis, le raisonnement que la Cour a suivi pour appliquer l'analyse pragmatique ou fonctionnelle à l'interprétation par la Commission du droit d'auteur de la Loi dans l'arrêt *AVS*, précité, est critiquable pour les trois raisons suivantes.

[50] En premier lieu, lorsqu'on l'applique à l'interprétation que les organismes administratifs donnent des dispositions de leur loi habilitante qui ne sont pas à première vue de nature discrétionnaire, la norme de la décision manifestement déraisonnable semble être rarement utilisée en l'absence d'une solide clause limitative de recours. Le contrôle judiciaire de l'interprétation des conventions collectives par des arbitres constitue en quelque sorte une exception à ce principe général, en ce sens que les décisions arbitrales de cette nature sont normalement assujetties au contrôle judiciaire en fonction de la norme de la décision déraisonnable, bien qu'elles soient normalement protégées uniquement par des clauses de compétence exclusive et des clauses d'irrévocabilité. Cette stricte ligne de conduite en matière de réserve s'explique par une foule de considérations de principe propres à la réglementation des relations de travail, de même que par la place spéciale qu'occupe l'arbitrage des conflits de travail, qui se situe à la limite entre le droit public et le droit privé.

[51] En deuxième lieu, il semble que dans l'arrêt *AVS*, précité, la Cour a trouvé un appui en faveur de la norme de la décision manifestement déraisonnable dans des affaires portant sur l'exercice par la Commission de ses pouvoirs discrétionnaires en vue d'établir le mode de calcul et le montant d'une redevance. Ainsi, la Cour renvoie (au paragraphe 5 de sa décision, précitée) aux décisions suivantes «dans lesquelles cette norme [celle de la décision manifestement déraisonnable] a été appliquée à la Commission sur d'autres questions techniques: *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et*

(1997), 80 C.P.R. (3d) 203 (F.C.A.); *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Broadcasters* (1999), 1 C.P.R. (4th) 80 (F.C.A.) (*CAB* (1999)).

[52] However, these cases involved the review of the Board's exercise of its overtly discretionary powers. In relying on them to support its conclusion, the Court in *AVS*, *supra*, may have overlooked the possibility that a less deferential standard of review should be applied to the Board's interpretation and application of provisions in the Act that do not on their face confer a discretion.

[53] Third, and perhaps most significantly, the Court in *AVS*, *supra*, did not mention the fact that questions of law decided by the Board may also have to be decided by a court in the exercise of its original jurisdiction over copyright infringement proceedings. The fact that the Board does not have exclusive authority to interpret a provision of the *Copyright Act* would seem to suggest that it is not so much better placed than the Court to decide these questions that Parliament should be taken to have intended its decisions to be subject to the most deferential standard of review.

[54] In my respectful opinion, the authority of *AVS*, *supra*, is seriously weakened because the Court appears not to have taken into account this latter consideration. Instead, it seems to have collapsed the standard of review applicable to the Board's exercise of discretion when setting and allocating royalties, and that governing its interpretation of provisions defining infringing conduct.

éditeurs de musique (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (C.A.F.); *Réseaux Premier Choix Inc. c. Assoc. canadienne de télévision par câble* (1997), 80 C.P.R. (3d) 203 (C.A.F.); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des radiodiffuseurs* (1999), 1 C.P.R. (4th) 80 (C.A.F.) (*ACR* (1999)).

[52] Ces affaires portaient cependant sur le contrôle judiciaire de la façon dont la Commission avait exercé les pouvoirs manifestement discrétionnaires dont elle était investie. En invoquant ces décisions pour justifier sa conclusion dans l'arrêt *AVS*, il est possible que, dans l'arrêt *AVS*, la Cour ait méconnu la possibilité qu'une norme de contrôle appelant une plus grande retenue judiciaire devrait être appliquée à l'interprétation et à l'application par la Commission des dispositions de la Loi qui ne confèrent pas de pouvoir discrétionnaire à première vue.

[53] En troisième lieu—et c'est probablement là le plus important—dans l'arrêt *AVS*, précité, la Cour n'a pas mentionné le fait que les questions de droit tranchées par la Commission devront peut-être aussi être jugées par une cour de justice dans l'exercice de sa compétence en première instance en cas de poursuites pour violation du droit d'auteur. Le fait que la Commission n'ait pas le pouvoir exclusif d'interpréter une disposition de la *Loi sur le droit d'auteur* permet selon toute vraisemblance de penser que la Commission n'est pas mieux placée que la Cour pour trancher les questions au sujet desquelles il y a tout lieu de croire que le législateur a voulu assujettir ses décisions à la norme de contrôle qui appelle le plus grand degré de retenue judiciaire.

[54] À mon humble avis, l'autorité de l'arrêt *AVS*, précité, est sérieusement ébranlée en raison du fait que la Cour ne semble pas avoir tenu compte de ce dernier facteur. Elle semble plutôt avoir réduit la norme de contrôle applicable à l'exercice par la Commission de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle fixe et répartit des redevances et avoir limité la portée de la norme de contrôle régissant son interprétation des dispositions qui définissent les actes constituant une violation du droit d'auteur.

[55] For these reasons I cannot regard *AVS, supra*, as settling the standard of review applicable to the Board's interpretation of the provisions of the *Copyright Act* in dispute in this application for judicial review.

(ii) *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Broadcasters (CAB (1999))*

[56] The applicant relies on *CAB (1999), supra*, for the proposition that the statutory provisions defining legal liability are jurisdictional in nature and that a standard of correctness should be applied to the Board's interpretation of them.

[57] Thus, Robertson J.A. held (*CAB (1999), supra*, at paragraph 10) that it was a question of jurisdiction whether the Board could issue a multiple blanket licence under its broad statutory power to set tariff rates and to append "related terms and conditions" to its decision by virtue of the *Copyright Act*, paragraph 67.2(1)(b) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1993, c. 23, s. 4]. Hence, because the scope of the Board's remedial powers was a "jurisdictional" question, the Board's interpretation of the relevant statutory provision was reviewable for correctness, a standard which, Robertson J.A. concluded, the Board in that case had satisfied.

[58] It is not obvious to me why, if this reasoning is sound, it is not equally applicable to the questions before the Board in *Tariff 22*, including the definition of what is capable in law of constituting "the means of telecommunication necessary" for the purpose of the Act.

[59] With the greatest respect, I cannot regard the reasoning in *CAB (1999), supra*, as persuasively establishing correctness as the standard of review applicable to the Copyright Board's interpretation of every provision of the Act. Having characterized the interpretation of the Board's remedial powers as a

[55] Pour ces motifs, je ne puis considérer que, dans l'arrêt *AVS*, la Cour a fixé la norme de contrôle applicable à l'interprétation par la Commission des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* en litige dans la présente demande de contrôle judiciaire.

(ii) *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR (1999))*

[56] La demanderesse invoque l'arrêt *ACR (1999)*, précité, à l'appui de la proposition que les dispositions législatives qui définissent une responsabilité légale sont des dispositions relatives à la compétence et que la norme de la décision correcte devrait s'appliquer à l'interprétation que la commission en donne.

[57] Ainsi, le juge Robertson a statué (*ACR (1999)*, précité, au paragraphe 10) que la question de savoir si la Commission pouvait délivrer une licence générale multiple en vertu des larges pouvoirs qui lui permettent, en vertu de la loi, de fixer les tarifs et d'assortir sa décision des «modalités y afférentes» en vertu de l'alinéa 67.2(1)(b) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1993, ch. 23, art. 4] de la *Loi sur le droit d'auteur* était une question «de compétence». Ainsi, comme la portée des pouvoirs de réparation de la Commission était une question «de compétence», la Cour pouvait contrôler le bien-fondé de l'interprétation que la Commission avait donnée des dispositions législatives applicables. Or, le juge Robertson a conclu que la Commission avait satisfait à cette norme dans cette affaire.

[58] Je ne comprends pas très bien, si ce raisonnement est valable, pourquoi il ne s'appliquerait pas également aux questions soumises à la Commission dans l'affaire du *Tarif 22*, et notamment à la définition de ce qui est susceptible en droit de constituer «les moyens de télécommunication nécessaires» au sens de la Loi.

[59] En toute déférence, je ne puis considérer que le raisonnement suivi dans l'arrêt *ACR (1999)*, précité, a été établi de façon convaincante que la norme de la décision correcte (ou norme du bien-fondé) constitue la norme de contrôle applicable à l'interprétation que la Commission du droit d'auteur donne de toute disposition de la Loi.

“jurisdictional” question, and therefore reviewable on a standard of correctness, Robertson J.A. apparently did not find it necessary to conduct a functional or pragmatic approach in order to determine the standard of review. However, since the Board was clearly required to interpret the paragraph conferring its remedial powers in order to dispose of the proceeding, I cannot agree that the standard of review can be determined by pinning the label “jurisdictional” on the disputed question decided by the tribunal.

[60] In addition to the reasons that I gave at paragraphs 46-47 for concluding that the concept of jurisdiction has lost its former significance as a determinant of the standard of review in administrative law, the Supreme Court of Canada has specifically refuted the notion that statutory provisions defining an agency’s remedial powers must always be characterized as limiting or conferring jurisdiction and their interpretation ineluctably subject to review for correctness. Thus, writing for the Court in *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793 (*CUPE, Local 301*), L’Heureux-Dubé J. held that the pragmatic or functional approach is as relevant for determining the standard of review applicable to a specialist administrative agency’s interpretation of its remedial powers as to any other provision in its enabling statute. Thus, she said (*supra*, at paragraph 44):

On the basis of this Court’s decision in *Acadie, supra*, [*Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412] the Court of Appeal characterized the Council’s remedial provisions as jurisdiction-limiting. The order was therefore subjected to review by the court on a correctness standard. This application of the case law regarding jurisdictional questions was in error. As I have stated, this Court’s decision in *Bibeault, supra*, [*U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048] mandates the application of a pragmatic and functional approach to interpreting the enabling legislation.

Ayant qualifié l’interprétation des pouvoirs de réparation de la Commission de question «de compétence» et, partant, de question susceptible de faire l’objet d’un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte, le juge Robertson n’a selon toute vraisemblance pas jugé nécessaire de procéder à une analyse fonctionnelle ou pragmatique pour déterminer la norme de contrôle applicable. Toutefois, comme la Commission était de toute évidence tenue d’interpréter l’alinéa qui lui conférait ses pouvoirs de réparation pour pouvoir statuer sur la demande dont elle était saisie, je ne suis pas d’accord pour dire que la norme de contrôle peut être déterminée en accolant l’étiquette de «compétence» à la question contestée que le tribunal a été appelé à trancher.

[60] En plus des raisons que j’ai évoquées aux paragraphes 46 et 47 pour conclure que ce n’est plus le concept de compétence qui est déterminant en matière de norme de contrôle en droit administratif, la Cour suprême du Canada a expressément écarté l’idée que les dispositions législatives qui définissent les pouvoirs de réparation d’un organisme doivent toujours être considérées comme limitatives de compétence et que leur interprétation doit inéluctablement être assujettie au contrôle judiciaire en fonction de la norme de la décision correcte. S’exprimant au nom de la Cour dans l’arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793 (*SCFP, section locale 301*), le juge L’Heureux-Dubé a estimé que l’analyse pragmatique ou fonctionnelle est tout aussi utile pour déterminer la norme de contrôle applicable à l’interprétation qu’un organisme administratif fait de ses pouvoirs de réparation que toute autre disposition de sa loi habilitante. Voici les propos que le juge L’Heureux-Dubé a tenus (précité, au paragraphe 44):

Se fondant sur l’arrêt *Acadie*, précité [*Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412], de notre Cour, la Cour d’appel a considéré comme limitatives de compétence les dispositions réparatrices concernant le Conseil. L’ordonnance était donc susceptible de révision judiciaire par une cour de justice selon la norme de la décision correcte. Cette application de la jurisprudence relative aux questions de compétence était une erreur. Comme je l’ai dit, l’arrêt *Bibeault*, précité [*U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048], de notre Cour impose l’application d’une

This approach must be applied even to those provisions which appear to limit a tribunal's jurisdiction. [Emphasis added.]

[61] In my opinion, the reasoning by which the Court in *CAB* (1999), *supra*, determined the standard of review applicable to the Board's interpretation of its remedial powers is not consistent with either the philosophy underlying the pragmatic or functional approach in general, or with the analysis of L'Heureux-Dubé J. in *CUPE, Local 301, supra*, in particular.

[62] I do not say that *CUPE, Local 301, supra*, necessarily establishes that in *CAB* (1999), *supra*, the Court should have reviewed the Copyright Board's interpretation of its remedial powers by applying a deferential standard of review. For one thing, unlike the *Copyright Act*, the statute considered in *CUPE, Local 301, supra*, contained a preclusive clause. I do say, however, that *CUPE, Local 301, supra*, demonstrates that talk of jurisdiction does not enable a court to determine the standard of review applicable to an agency's remedial powers without first undertaking a pragmatic or functional analysis.

[63] I would only note that, more recently, the Court in *Chieu, supra*, regarded as a jurisdictional question the interpretation of the statutory discretion conferred on the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board to allow an appeal from a deportation order made against a permanent resident when "having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada".

[64] In deciding whether the Board had erred in law by interpreting this provision as precluding it from

démarche pragmatique et fonctionnelle pour interpréter la législation habilitante. Cette démarche doit s'appliquer même aux dispositions qui semblent limiter la compétence d'un tribunal administratif. [Non souligné dans l'original.]

[61] À mon avis, le raisonnement que la Cour a suivi dans l'arrêt *ACR* (1999), précité, pour déterminer la norme de contrôle applicable à l'interprétation par la Commission de ses pouvoirs de réparation n'est compatible ni avec la philosophie à la base de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle en général, ni avec l'analyse à laquelle s'est livrée le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *SCFP, section locale 301*, précité, en particulier.

[62] Je n'irais pas jusqu'à dire que l'arrêt *SCFP, section locale 301*, précité, permet nécessairement de penser que, dans l'affaire *ACR* (1999), précitée, la Cour aurait dû procéder au contrôle judiciaire de l'interprétation que la Commission du droit d'auteur avait fait de ses pouvoirs de réparation en appliquant une norme de contrôle fondée sur la réserve judiciaire. D'abord, à la différence de la *Loi sur le droit d'auteur*, la loi qui était examinée dans l'affaire *SCFP, section locale 301*, précitée, renfermait une clause limitative. Ce que je dis toutefois, c'est que l'arrêt *SCFP, section locale 301*, précité, montre bien que le débat autour de la question de la compétence ne permet pas à une cour de justice de déterminer la norme de contrôle applicable aux pouvoirs de réparation d'un organisme sans avoir d'abord procédé à une analyse pragmatique ou fonctionnelle.

[63] Je tiens seulement à signaler que, plus récemment, dans l'arrêt *Chieu*, précité, la Cour suprême du Canada a considéré comme une question de compétence l'interprétation des dispositions législatives conférées à la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour autoriser l'appel d'une mesure de renvoi prise contre un résident permanent dans un cas où «eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, il [...] ne devrait pas être renvoyé du Canada».

[64] Pour décider si la Commission avait commis une erreur de droit dans son interprétation de cette

considering any potential hardship that an appellant was likely to experience in a foreign country if removed from Canada, Iacobucci J. characterized the issue as one of the Board's jurisdiction and stated (at paragraph 24): "Administrative bodies generally must be correct in determining the scope of their delegated mandate, given that they are entirely the creatures of statute" (the emphasis is mine).

[65] The Court then considered other elements of the pragmatic or functional approach before concluding that correctness was the appropriate standard of review. The novel twist introduced into the law by this case is that the Court did not regard the "jurisdictional" nature of the question decided by the Board as necessarily determinative of the standard of review, but as merely one factor pointing in the direction of the correctness standard.

[66] Given the relegation in importance of the concept of jurisdiction as an analytical determinant of the standard of review, it would be inappropriate to rely on *CAB* (1999), *supra*, as authority for the proposition that the correctness standard applies generally to the Board's interpretation of provisions in the Act, including those with which the present application is concerned. The authority of *CAB* (1999), *supra*, for this proposition is in my view undermined, because the Court relied on the concept of jurisdiction without conducting a pragmatic or functional analysis to determine the standard of review applicable to the Board's interpretation of its remedial powers.

(iii) Conclusion

[67] In summary, the soundness of the reasoning in both *AVS*, *supra*, and *CAB* (1999), *supra*, is sufficiently problematic that, in the case at bar, the Court must embark on a pragmatic or functional analysis in order to

disposition en considérant qu'elle l'empêchait de tenir compte des difficultés auxquelles l'appelant serait susceptible d'être confronté à l'étranger s'il était expulsé du Canada, le juge Iacobucci a estimé qu'il s'agissait d'une question touchant à la compétence de la Commission et il a déclaré (au paragraphe 24): «En règle générale, les organismes administratifs doivent déterminer correctement la portée de leur mandat délégué puisqu'ils sont entièrement créés par la loi» (non souligné dans l'original).

[65] La Cour a ensuite examiné d'autres éléments de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle avant de conclure que la norme de contrôle appropriée était celle de la décision correcte. La nouveauté qu'apporte cet arrêt au droit est le fait que la Cour n'a pas considéré que le caractère «juridictionnel» de la question tranchée par la Commission n'était pas nécessairement déterminant en ce qui concerne la norme de contrôle applicable: elle a plutôt estimé que cet aspect ne constituait qu'un facteur qui militait en faveur de la norme de la décision correcte.

[66] Compte tenu du fait que le concept de la compétence a été relégué au second plan en tant que facteur analytique déterminant pour décider de la norme de contrôle applicable, il serait inopportun de considérer l'arrêt *ACR* (1999), précité, comme un précédent appuyant le principe que la norme de la décision correcte s'applique en règle générale à l'interprétation que la Commission donne des dispositions de la Loi, y compris celles qui sont en cause en l'espèce. L'autorité de l'arrêt *ACR* (1999), précité, comme précédent appuyant cette proposition est à mon avis ébranlée en raison du fait que la Cour s'est fondée sur le concept de la compétence sans procéder à une analyse pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable à l'interprétation par la Commission de ses pouvoirs de réparation.

(iii) Conclusion

[67] En résumé, la solidité du raisonnement suivi tant dans la décision *AVS*, précitée, que dans l'arrêt *ACR* (1999), précité, est suffisamment problématique pour qu'en l'espèce, la Cour doive se livrer à une analyse

determine the standard of review relevant to the issues decided by the Board that are in dispute in this application for judicial review.

II A Pragmatic or Functional Analysis

[68] Before considering the various elements of the pragmatic or functional analysis for determining the standard of review, a reviewing court should not lose sight of the ultimate question that this approach is designed to answer: did Parliament intend the tribunal or the court to determine the disputed issue? The answer to this question, in turn, ultimately depends on whether the court or the administrative agency under review is better placed to decide the issues in dispute: *Domtar Inc. v. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pages 772-773.

[69] An analysis of these questions includes the following factors: (i) the scope of the expertise of the Board; (ii) the nature of the disputed issues decided by the Board, including the relevance of the Board's expertise to their determination; and (iii) the statutory provisions relating to the review of Board decisions.

(i) Expertise of the decision-maker

[70] The Copyright Board is an independent administrative tribunal. Members of the Board are appointed by the Governor in Council for a term of no more than five years, with the possibility of a second term, and are removable only for cause: *Copyright Act*, subsections 66(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12], (4) [as am. *idem*] and (5) [as am. *idem*]. While members may be appointed to serve on either a full-time or a part-time basis (subsection 66(2) [as am. *idem*]), the Board should be regarded as a permanent body and not, like most labour arbitration boards for instance, appointed *ad hoc*.

pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable aux questions tranchées par la Commission qui sont en litige dans la présente instance en contrôle judiciaire.

II L'analyse pragmatique ou fonctionnelle

[68] Avant d'examiner les divers éléments de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle judiciaire applicable, le tribunal saisi d'une demande de contrôle judiciaire ne devrait pas perdre de vue la question fondamentale à laquelle cette méthode d'analyse est censée répondre: le législateur voulait-il que la question en litige soit tranchée par un tribunal administratif ou par une cour de justice? La réponse à cette question dépend à son tour en dernière analyse de la réponse à la question de savoir qui, de la cour de justice ou du tribunal administratif, est le mieux placé pour trancher les questions en litige (*Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, aux pages 772 et 773).

[69] L'analyse de ces questions suppose l'examen des facteurs suivants: (i) la portée de la compétence spécialisée de la Commission; (ii) la nature des questions tranchées par la Commission, y compris les incidences de la compétence spécialisée de la Commission sur leur solution; (iii) les dispositions législatives relatives au contrôle judiciaire des décisions de la Commission.

(i) Compétence spécialisée du tribunal administratif

[70] La Commission du droit d'auteur est un tribunal administratif indépendant. Les commissaires sont nommés à titre inamovible par le gouverneur en conseil pour un mandat maximal de cinq ans, renouvelable une seule fois, sous réserve d'une révocation motivée (*Loi sur le droit d'auteur*, paragraphes 66(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12], (4) [mod., *idem*] et (5) [mod., *idem*]). Bien que les commissaires soient nommés à temps plein ou à temps partiel (paragraphe 66(2) [mod., *idem*]), la Commission devrait être considérée comme un organisme permanent et non, comme la plupart des tribunaux d'arbitrage, comme une structure temporaire créée pour les besoins de la cause.

[71] The Act also ensures that the Board possesses legal expertise by providing that its chair must be a sitting or retired judge of a superior or district court, although the office of chair was vacant when *Tariff 22* was decided: subsection 66(3) [as am. *idem*]. The Act does not prescribe qualifications for other members, who may be as many as four in number, including a vice-chair: subsection 66(1). In order to assist members in the performance of their duties, the Board can augment whatever expertise members bring to their deliberations by retaining on a temporary basis persons with technical or specialized knowledge: subsection 66.4(3) [as enacted *idem*].

[72] The Board's specialized function is to decide whether to approve tariffs for the payment of royalties proposed by collective societies in the business of granting licences or collecting royalties for, among other things, the communication to the public by telecommunication of their members' musical works: sections 67 [as am. *idem*] and 68 [as am. *idem*].

[73] On receiving a proposal for a tariff, the Board must publish it in the *Canada Gazette* and notify prospective users of the material to which the tariff relates, or their representatives, that they have 60 days to file objections with the Board: subsection 67.1(5) [as am. *idem*]. The Board must send copies of objections to the proponent of the tariff, who is entitled to an opportunity to respond; objectors have a corresponding right to see that response and to reply to it: subsection 68(1). To enable it to conduct effective hearings, the Board has the general powers of a superior court of record: subsection 66.7(1) [as enacted *idem*]. Further details of the Board's procedure are contained in a directive issued by the Board, although, with the consent of the Governor in Council, the Board may give its practice and procedure a statutory foundation by promulgating regulations: subsection 66.6(1) [as enacted *idem*].

[74] Taken as a whole, the Board's procedure has many of the characteristics of an adjudicative hearing. In this case, the Board heard the parties' evidence orally, but their legal submissions were written. The Board's procedures clearly provide ample opportunity

[71] La Loi garantit également que la Commission possède la compétence juridique nécessaire en prévoyant que son président doit être un juge, en fonction ou à la retraite, d'une cour supérieure ou de district (paragraphe 66(3) [mod., *idem*]). Le poste de président était vacant au moment où l'affaire du *Tarif 22* a été instruite. La Loi ne précise pas les qualités que doivent posséder les autres commissaires, dont le nombre maximal est de quatre, en tenant compte du vice-président (paragraphe 66(1)). La Commission peut, à titre temporaire, retenir les services d'experts pour assister les commissaires dans l'exercice de leurs fonctions (paragraphe 66.4(3) [édicte, *idem*]).

[72] La fonction spécialisée de la Commission consiste à se prononcer sur l'opportunité d'homologuer les projets de tarif de redevances soumis par des sociétés de gestion chargées d'octroyer des licences ou de percevoir des redevances pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication des œuvres musicales ou dramatico-musicales de leurs membres (articles 67 [mod., *idem*] et 68 [mod., *idem*]).

[73] Sur réception d'un projet de tarif, la Commission publie celui-ci dans la *Gazette du Canada* et donne un avis indiquant que tout utilisateur éventuel intéressé, ou son représentant, peut y faire opposition en déposant auprès d'elle une déclaration en ce sens dans les 60 jours suivant la publication (paragraphe 67.1(5) [mod., *idem*]). La Commission communique à la société de gestion en cause copie des oppositions et aux opposants les réponses éventuelles de celle-ci (paragraphe 68(1)). La Commission a, pour faciliter le déroulement de ses audiences, les attributions générales d'une cour supérieure d'archives (paragraphe 66.7(1) [édicte, *idem*]). La procédure suivie par la Commission est exposée plus en détail dans une directive qu'elle publie, bien qu'avec l'approbation du gouverneur en conseil, la Commission puisse donner à sa procédure un fondement législatif en prenant des règlements (paragraphe 66.6(1) [édicte, *idem*]).

[74] Dans l'ensemble, la procédure de la Commission possède beaucoup des caractéristiques d'une audience sur le fond. En l'espèce, la Commission a entendu le témoignage des parties, qui ont cependant formulé leurs observations par écrit. La procédure de la Commission

for those interested in a proposed tariff to participate effectively in the decision-making process.

[75] The Board exercises a very broad discretion when determining who should pay a royalty and on what basis the royalty should be calculated. Thus, in addition to some specific criteria to which the Board is statutorily required to attend, “[it] may take into account any factor that it considers appropriate”: paragraph 68(2)(b). In effect, it is thereby entrusted with the polycentric task of setting royalties in a manner that strikes a reasonable balance among the competing interests of the various participants in the regulatory process.

[76] In short, the claim that the Board possesses the kind of expertise that attracts judicial deference is supported by its independence, permanent nature, the legal and other expertise available to it, its participatory procedures and the broad discretion conferred on it when allocating in the public interest the cost of using copyright material.

(ii) Nature of the issue decided by the Board

[77] The different kinds of question that an administrative agency must decide in the course of discharging its statutory mandate are not necessarily subject to the same standard of review. Thus, for example, since a tribunal’s interpretation of its enabling legislation is likely to have a precedential effect, it is apt to attract less judicial deference than a simple application of the statute to the facts of a particular case that does not purport to decide some more general question of law: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraphs 36-37. Conversely, a tribunal’s findings of fact and its exercise of discretion will normally be reviewed only for irrationality: *Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 F.C. 282 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 66.

fournit amplement l’occasion aux intéressés de participer efficacement au processus décisionnel.

[75] La Commission exerce un pouvoir discrétionnaire très large lorsqu’elle détermine qui devrait verser des redevances et de quelle façon celles-ci devraient être calculées. Ainsi, en plus de certains critères précis que la loi l’oblige à prendre en considération, la Commission «peut tenir compte de tout facteur qu’elle estime indiqué» (alinéa 68(2)b)). Elle se voit ainsi confier la tâche polycentrique de fixer les redevances de manière à trouver un équilibre raisonnable entre les intérêts divergents des divers intervenants du processus réglementaire.

[76] En résumé, l’argument que la Commission possède le genre de compétence spécialisée qui appelle une réserve judiciaire est renforcé par son indépendance, son caractère permanent, les compétences spécialisées — juridiques ou autres—dont elle dispose, sa procédure participative et le vaste pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en matière de répartition du coût d’utilisation d’œuvres protégées par le droit d’auteur.

(ii) Nature des questions tranchées par la Commission

[77] Les différents types de questions qu’un tribunal administratif est appelé à trancher dans l’exécution de son mandat législatif ne sont pas nécessairement assujettis à la même norme de contrôle. Ainsi, par exemple, comme l’interprétation qu’un tribunal administratif fait de sa loi habilitante est susceptible de faire jurisprudence, cette interprétation peut donner lieu à une réserve judiciaire moindre que s’il s’agissait d’une simple application de la loi aux faits de l’espèce qui n’est pas censée trancher une question de droit générale (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, aux paragraphes 36 et 37). En revanche, les conclusions de fait que tire un tribunal administratif et la façon dont il exerce son pouvoir discrétionnaire feront normalement l’objet d’un contrôle judiciaire uniquement pour vérifier si sa décision était rationnelle ou non (*Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 C.F. 282 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 66).

[78] Moreover, the same standard of review will not necessarily apply to an administrative agency's determinations with respect to every provision in its constitutive legislation. As Major J. noted in *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, at paragraph 27 (*Mattel*): "different standards of review will apply to different legal questions depending on the nature of the question to be determined and the relative expertise of the tribunal in those particular matters." Thus, the Court held, while determinations by the Canadian International Trade Tribunal of questions of law "of a very technical nature" are reviewable for unreasonableness (*Mattel, supra*, at paragraph 32), other questions "that require the application of principles of statutory interpretation and other concepts which are intrinsic to commercial law" (*Mattel, supra*, at paragraph 33) will be reviewed for correctness.

[79] Nonetheless, it has also been said that a tribunal's familiarity with a general legal concept, as applied in a particular statutory context, may persuade a reviewing court to defer to the tribunal's determinations: *Ivanhoe Inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, at paragraph 26.

(a) a question of law or mixed law and fact?

[80] As I have already noted, in *Southam, supra*, the Court stated that an interpretive ruling by an administrative tribunal that is not limited to the facts of the case before it, but is likely to have a precedential effect, is a factor militating in favour of a correctness standard. Such questions are characterized as questions of law. On the other hand, a ruling that primarily involves applying the statute to the facts found by the tribunal may be characterized as a question of mixed law and fact and, as such, subject to a deferential standard of review: *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, at paragraph 38. Further, when it is apparent that the tribunal has correctly directed itself on the meaning of

[78] Par ailleurs, la même norme de contrôle ne s'appliquera pas nécessairement aux conclusions tirées par un tribunal administratif au sujet de chacune des dispositions de sa loi habilitante. Ainsi que le juge Major l'a fait remarquer dans l'arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 27 (*Mattel*): «des normes de contrôle différentes s'appliquent à des questions de droit différentes, selon la nature de la question à trancher et l'expertise relative du tribunal administratif sur ces questions particulières». La Cour suprême a statué qu'alors que les conclusions tirées par le Tribunal canadien du commerce extérieur sur des questions de droit «très technique[s]» sont susceptibles d'être contrôlées en vue de déterminer si elles sont raisonnables (*Mattel, précité*, au paragraphe 32), d'autres questions «qui commandent l'application de principes d'interprétation législative et d'autres concepts inhérents au droit commercial» (*Mattel, précité*, au paragraphe 33) feront l'objet d'un contrôle judiciaire pour en vérifier le bien-fondé (norme de la décision correcte).

[79] La Cour suprême a toutefois aussi déclaré que la familiarité du tribunal administratif avec un concept juridique général appliqué dans un contexte législatif déterminé peut convaincre la cour saisie d'une demande de contrôle judiciaire de faire preuve de réserve à l'égard des décisions de ce tribunal (*Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, au paragraphe 26).

a) Question de droit ou question mixte?

[80] Ainsi que je l'ai déjà signalé, dans l'arrêt *Southam, précité*, la Cour suprême du Canada a déclaré que la décision interprétative rendue par un tribunal administratif qui ne constitue pas une décision d'espèce mais qui fera probablement jurisprudence constitue un facteur qui milite en faveur de l'application de la norme de la décision correcte. Ces questions sont considérées comme des questions de droit. En revanche, la décision qui suppose principalement l'application de la loi aux faits constatés par le tribunal administratif peut être qualifiée de question mixte de fait et de droit qui appelle en tant que telle une norme de contrôle judiciaire axée sur la réserve judiciaire (*Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'Énergie)*, [1998] 1 R.C.S.

the statutory provision in question, its application to the facts may itself be purely a question of fact: *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.). In these circumstances, it would seem, when a matter comes before the Court by way of an application for judicial review, the tribunal's application of the statute to the facts is reviewable only under paragraph 18.1(4)(b) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*.

[81] Of course, the distinction between the interpretation of a statutory provision and its application to the facts of a given case is one of degree: reviewing courts must determine where on the spectrum ranging from "pure" interpretation to "mere" application the issue in dispute before them falls. For example, in the case at bar, the Board was deciding a question at the interpretation end of the spectrum when it held that "means of telecommunication" within the meaning of paragraph 2.4(1)(b) are not limited to physical facilities, such as telephone poles, but can also include services.

[82] On the other hand, the Board was deciding a question closer to the application end of the spectrum when it concluded on the evidence before it that Internet intermediaries play an essentially passive role in Internet communications, because the operators of host servers and Internet access providers have so little control over the content of material transmitted that they are merely supplying the means of telecommunication and therefore are not themselves communicating anything. Different evidence, including, for example, technological developments that make it practicable for Internet access providers to monitor the content of the material being requested by their subscribers, might result in a different decision in a royalty-setting proceeding for another year.

[83] The Board stated another general principle of law when, relying on an earlier decision of this Court, it held that an infringement of copyright does not occur in

322, au paragraphe 38). De plus, lorsqu'il est évident que le tribunal administratif a bien interprété la disposition législative en question, l'application de celle-ci aux faits de l'espèce peut elle-même ne constituer qu'une pure question de droit (*Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (C.S.C.). Il semblerait donc dans ces conditions que, lorsque la cour de justice est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, elle ne peut réviser la façon dont le tribunal administratif a appliqué la loi aux faits qu'en vertu de l'alinéa 18.1(4)b [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[81] Certes, la distinction entre l'interprétation d'une disposition législative et son application aux faits d'une affaire déterminée est une question de degré: les tribunaux saisis d'une demande de contrôle judiciaire doivent décider où se situe la question en litige qui leur est soumise sur une échelle allant de «pure» interprétation à «simple» application. Par exemple, dans le cas qui nous occupe, la Commission se prononçait sur une question d'interprétation lorsqu'elle a statué que les «moyens de télécommunication» visés à l'alinéa 2.4(1)b ne se limitent pas aux installations matérielles, telles que les poteaux de téléphone, mais qu'ils peuvent également englober des services.

[82] Par contre, la Commission se prononçait sur une question qui s'apparentait davantage à une question d'application lorsqu'elle a conclu, d'après la preuve qui lui avait été soumise, que les intermédiaires Internet jouent un rôle passif essentiel dans les communications Internet, parce que les exploitants des serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet exercent un contrôle si restreint sur le contenu de ce qu'ils diffusent qu'ils ne fournissent en fait qu'un moyen de télécommunication et qu'ils ne communiquent rien par eux-mêmes. La présentation d'éléments de preuve différents portant notamment sur des progrès technologiques qui permettraient aux fournisseurs d'accès Internet de contrôler le contenu de l'information demandée par leurs abonnés pourrait donner lieu à une décision différente dans le cadre d'une instance portant sur la fixation de redevances pour une autre année.

[83] La Commission a énoncé un autre principe juridique général lorsque, se fondant sur une décision antérieure de notre Cour, elle a conclu qu'il n'y a pas de

Canada when the place of transmission from which the communication originates is outside Canada. The application to the Internet of this principle, derived from a broadcasting case, also raises a question of considerable generality. Whether the location of a host server outside Canada means that material transmitted from it to, and at the request of, an end user in Canada is generally communicated outside Canada and, hence, is not subject to a royalty imposed by the Board, is not a question that is limited to the facts specific to this case.

(b) a question of general or special law?

[84] A second aspect of the nature-of-the-question-decided element of the pragmatic or functional analysis is whether the question in dispute is familiar to the courts because it may come before them for determination in other legal contexts. If it is, then it will not be within the unique area of the tribunal's expertise, thus weakening the tribunal's claim to be better situated than the courts to decide it.

[85] In our case, the disputed questions arose in the context of the Board's consideration of SOCAN's proposed tariff for the payment of royalties for the communication of copyright music transmitted on the Internet. Royalty-setting is within the exclusive jurisdiction of the Board. However, the question of whether the core activities of either Internet access providers, or operators of host servers, infringe copyright by communicating material to end users could also arise in proceedings for copyright infringement instituted under the *Copyright Act*, in either the Federal Court, or the superior court for a province.

[86] Thus, for example, if the Copyright Board's decision in *Tariff 22* were upheld, a copyright owner might subsequently institute infringement proceedings against an Internet access provider, alleging that it had

violation du droit d'auteur au Canada lorsque le lieu d'où provient la communication est situé à l'extérieur du Canada. L'application de l'Internet à ce principe, tiré d'une décision relative à la radiodiffusion, soulève par ailleurs une question d'ordre très général. La question de savoir si le fait qu'un serveur hôte soit situé à l'extérieur du Canada fait en sorte que l'information qui en provient et qui est communiquée à l'utilisateur final situé au Canada qui en a fait la demande est en règle générale communiquée à l'extérieur du Canada et n'est de ce fait pas assujettie aux redevances imposées par la Commission n'est pas une question dont la portée se limite aux faits de la présente espèce.

b) Question de droit générale ou spécifique?

[84] Un second aspect de l'élément de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle portant sur la nature de la question qui a été tranchée par le tribunal administratif est celui de savoir si la question en litige fait partie de celles que les cours de justice connaissent bien parce qu'elle est susceptible de leur être soumise dans d'autres contextes juridiques. Dans l'affirmative, la question ne relève pas du domaine exclusif de compétence du tribunal administratif, ce qui affaiblit sa prétention qu'il est mieux placé que les cours de justice pour trancher cette question.

[85] Dans le cas qui nous occupe, les questions en litige ont été soulevées dans le contexte de l'examen par la Commission du projet de tarif soumis par la SOCAN pour le versement de redevances pour la communication sur l'Internet d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur. L'établissement de redevances relève de la compétence exclusive de la Commission. Toutefois, la question de savoir si les activités principales des fournisseurs d'accès Internet ou des exploitants des serveurs hôte violent le droit d'auteur en raison de la communication de l'information aux utilisateurs finaux pourrait également se poser dans le cadre d'une instance en violation du droit d'auteur introduite en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, soit devant la Cour fédérale, soit devant la cour supérieure d'une province.

[86] Ainsi, si la décision rendue par la Commission du droit d'auteur dans l'affaire du *Tarif 22* était confirmée, un titulaire de droit d'auteur pourrait par la suite intenter des poursuites pour violation du droit

communicated copyright material by telecommunication when it provided subscribers with Internet “connectivity”. In such a case, the Court would have to determine if the Internet access provider’s activities were within the protection of paragraph 2.4(1)(b). Indeed, all of the issues in dispute in this application could arise in the course of infringement litigation in a court.

[87] It is inaccurate, therefore, to regard as part of the Board’s “home territory” the interpretation of provisions of the *Copyright Act* that may also be litigated in infringement proceedings. With respect to these matters, the Board and the courts occupy shared space. Moreover, there is no reason to conclude that the meaning of the operative statutory words depends on whether the issue arises in the context of an administrative proceeding to set a royalty, or of an action for copyright infringement.

(c) impact of the Board’s decision on the parties’ rights

[88] In this case, the “general law” nature of the questions decided by the Board overlaps with the impact of the Board’s decision on the parties’ legal rights. Accordingly, it is convenient to consider this latter dimension of the pragmatic or functional analysis under the general rubric of the nature of the questions decided by the Board.

[89] First, while the resolution of the legal questions raised in *Tariff 22* is undoubtedly of significant commercial interest to the parties, and to Internet end users, the interests at stake are primarily monetary in nature. The decision of the Copyright Board in this case cannot be said to impinge on constitutional or quasi-constitutional rights, and may therefore attract less intense judicial scrutiny than, for example, determinations made by agencies responsible for administering legislation relating to human rights or refugee status.

d’auteur contre un fournisseur d’accès Internet en alléguant que le défendeur communique par télécommunication des données protégées par le droit d’auteur lorsqu’il assure la «connectivité» à l’Internet à ses abonnés. En pareil cas, la Cour serait appelée à décider si les activités du fournisseur d’accès Internet sont protégées par l’alinéa 2.4(1)(b). De fait, toutes les questions en litige dans la présente demande pourraient être soulevées dans le cadre d’un procès pour violation du droit d’auteur.

[87] Il est donc inexact de considérer comme relevant de la compétence exclusive de la Commission l’interprétation des dispositions de la *Loi sur le droit d’auteur* qui peuvent aussi être en cause dans un procès pour violation du droit d’auteur. Sur ces questions, la Commission et les tribunaux judiciaires occupent le même champ de compétence. Qui plus est, il n’y a aucune raison qui justifierait de conclure que le sens des dispositions performatives de la loi dépend de la question de savoir si la question en litige est soulevée dans le cadre d’une instance administrative portant sur la fixation d’une redevance ou dans celui d’une action en violation du droit d’auteur.

c) Incidences de la décision de la Commission sur les droits des parties

[88] En l’espèce, le caractère juridique «général» des questions que la Commission a tranchées comporte des éléments communs avec les incidences de la décision de la Commission sur les droits légaux des parties. Par conséquent, il convient d’examiner ce dernier aspect de l’analyse pragmatique ou fonctionnelle sous la rubrique générale de la nature des questions tranchées par la Commission.

[89] En premier lieu, bien que le règlement des questions juridiques soulevées dans l’affaire du *Tarif 22* présente incontestablement un intérêt commercial non négligeable pour les parties et pour les utilisateurs finaux de l’Internet, la nature des intérêts en jeu est surtout monétaire. On ne saurait prétendre que la décision que la Commission du droit d’auteur a rendue en l’espèce empiète sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels et qu’elle donne par conséquent lieu à un contrôle judiciaire moins rigoureux que, par exemple, les décisions rendues par les organismes

[90] Second, the impact of the Board's decisions on the parties' legal rights is limited. For example, a decision of the Board that a participant is not liable to pay a royalty, because its conduct is non-infringing, does not have a determinative impact on the legal rights of SOCAN and its members. For example, subject to the exercise of a court's discretion to apply the doctrine of estoppel (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460) a copyright owner may still sue for infringement, despite a determination by the Board in royalty tariff proceedings that the defendant has not engaged in an activity that is an exclusive right of a copyright owner.

[91] The limited life span of tariffs approved by the Board also serves to reduce the impact of the Board's decisions on the rights of the parties. Thus, Tariff 22 applies only to the years 1996 to 1998 inclusive. While the Board may be reluctant in proceedings relating to other years to reopen questions decided in Phase I of the *Tariff 22* proceedings, it is not necessarily bound by its earlier determinations. Indeed, it would be obliged by the duty of fairness to consider any new evidence that the parties wished to present to support a different conclusion on the application of the statute to the facts or, subject to the doctrine of *res judicata*, a new legal argument on a question of law that had not been settled by the courts.

[92] This is not to trivialize the adverse impact that the Board's decision in the case at bar may have on SOCAN's members. The regime for the collective administration of copyright through a royalty scheme administered by the Board is no doubt a much more attractive enforcement mechanism to most copyright owners than civil litigation by individuals for particular

chargés d'appliquer la législation en matière de droits de la personne ou du statut de réfugié.

[90] En second lieu, les incidences des décisions de la Commission sur les droits que la loi reconnaît aux parties sont limitées. Par exemple, une décision de la Commission suivant laquelle un participant n'est pas tenu de verser de redevances parce que ses activités ne portent pas atteinte au droit d'auteur n'a pas d'effet déterminant sur les droits légaux de la SOCAN et de ses membres. Sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que possède une cour de justice d'appliquer la doctrine de l'irrecevabilité (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460), le titulaire du droit d'auteur peut intenter une action en violation du droit d'auteur, même si la Commission a décidé dans le cadre d'une instance portant sur un tarif de redevances que le défendeur ne s'est livré à aucune activité qui appartient en exclusivité au titulaire du droit d'auteur.

[91] La durée de vie limitée des tarifs homologués par la Commission contribue par ailleurs à limiter la portée des décisions de la Commission sur les droits des parties. Ainsi, le tarif 22 ne s'applique qu'aux années 1996 à 1998 inclusivement. Bien que la Commission puisse hésiter dans le cadre d'une instance relative à d'autres années à revenir sur les questions qui ont été tranchées au cours de la phase I de l'instance relative au *Tarif 22*, elle n'est pas nécessairement liée par ses décisions antérieures. D'ailleurs, elle serait tenue, de par son obligation d'agir avec équité, d'examiner tous les nouveaux éléments de preuve que les parties désireraient lui soumettre pour l'amener à tirer une conclusion différente au sujet de l'application de la loi aux faits ou, sous réserve du principe de l'autorité de la chose jugée, de présenter un nouveau moyen de droit sur une question de droit qui n'a pas encore été tranchée par les tribunaux.

[92] Il ne s'agit pas de banaliser les incidences négatives qu'une décision de la Commission pourrait avoir en l'espèce sur les membres de la SOCAN. Le régime de gestion collective du droit d'auteur par l'entremise du système de redevances régi par la Commission est sans doute un mécanisme d'application de la loi beaucoup plus alléchant pour la plupart des

acts of infringement. If SOCAN were unable to impose liability on either Internet access providers or operators of host servers to pay a royalty for the transmission of infringing material, its members' financial interests could be adversely affected to a significant degree.

[93] Thus, neither the nature of the rights affected by the Board's decision, nor the seriousness of its impact on them, indicates that the Court should review the Board's legal determinations on a standard of correctness.

(iii) Access to judicial review

[94] The Copyright Board's decisions are neither protected by any kind of preclusive clause, nor subject to a right of appeal. Rather, the Board is within the supervisory jurisdiction of this Court by virtue of paragraph 28(1)(j) of the *Federal Court Act* and, as a result of subsection 28(2), its decisions are reviewable on all the grounds listed in subsection 18.1(4). That the Court may set aside the decision of a tribunal in judicial review proceedings for error of law does not, of course, necessarily mean that the Court should decide whether the tribunal has erred in law by applying a standard of correctness to the tribunal's determinations of questions of law.

[95] Given the diminution of the distinctions between rights of appeal on questions of law and applications for judicial review that are not limited by a preclusive clause, I cannot regard the absence of an express statutory provision in the *Copyright Act* governing access to the Court as anything more than a weak indicator of Parliament's intention that the Court should show restraint when reviewing the Board's decisions.

titulaires de droit d'auteur qu'un procès au civil intenté par un particulier pour des actes déterminés constituant une violation du droit d'auteur. Si la SOCAN n'était pas en mesure d'obliger les fournisseurs d'accès Internet ou les exploitants de serveurs hôte à verser des redevances pour la diffusion d'œuvres qui violent le droit d'auteur, les intérêts financiers de ses membres pourraient en souffrir grandement.

[93] Ainsi, ni la nature des droits visés par la décision de la Commission, ni la gravité de ses incidences sur les droits en question ne permettent de penser que la Cour devrait procéder au contrôle judiciaire des décisions rendues par la Commission sur des points de droit en fonction de la norme de la décision correcte.

(iii) Ouverture au contrôle judiciaire

[94] Les décisions de la Commission du droit d'auteur ne sont protégées par aucun genre de clause limitative de recours et elles ne sont assujetties à aucun droit d'appel. La Commission relève plutôt du pouvoir de contrôle de notre Cour en vertu de l'alinéa 28(1)j) de la *Loi sur la Cour fédérale* et, aux termes du paragraphe 28(2), ses décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire pour l'un ou l'autre des motifs énumérés au paragraphe 18.1(4). Le fait qu'il soit loisible à la Cour d'annuler la décision d'un tribunal administratif dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire pour cause d'erreur de droit ne signifie évidemment pas nécessairement que la Cour devrait décider si le tribunal administratif a commis une erreur de droit en appliquant la norme de la décision correcte aux décisions que le tribunal administratif a rendues sur des questions de droit.

[95] Compte tenu de l'émoussement des distinctions entre les droits d'appel sur des questions de droit et les demandes de contrôle judiciaire qui ne sont pas limitées par des clauses limitatives de recours, je ne puis considérer l'absence, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, de disposition législative expresse régissant l'accès à la Cour comme autre chose qu'un faible indice de la volonté du législateur fédéral que la Cour fasse preuve de réserve lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission.

(iv) Conclusions

[96] If an administrative agency's enabling statute contains neither a right of appeal on the one hand nor, on the other, a strong preclusive clause, reasonableness appears increasingly to be the "default" standard applied by the courts when reviewing the interpretation and application of its constitutive legislation by a specialist, independent administrative agency with a participatory procedure. Given that the Copyright Board broadly fits this description, has legal expertise and renders decisions that have a limited impact on legal rights of an economic nature, the question is whether there are reasons to apply a standard other than unreasonableness to the Board's determination of the questions under review.

[97] Parliament's decision to entrust both the Board and the courts with responsibility for interpreting the same provisions of the *Copyright Act*, admittedly in the context of different proceedings, refutes the claim that these issues are within the unique expertise of the Board, even when they arise in the course of a proceeding in the exclusive jurisdiction of the Board. In other words, on a comparison of the respective expertise of the Board and the Court, it cannot be said that the Board's claim is superior. Courts in general, and the Federal Court in particular, have a long history in the law of copyright, and the questions of interpretation in dispute in this case are squarely within the domain of the judiciary.

[98] The heart of the Board's expertise is in the administration of those provisions of the *Copyright Act* pertaining to the setting and allocation of royalties. While necessary for enabling the Board to perform that function, its decisions defining activities that infringe copyright have implications that "stray from the core expertise of the tribunal": *Pushpanathan, supra*, at paragraph 38.

(iv) Conclusions

[96] Si la loi habilitante d'un organisme administratif ne comporte ni de droit d'appel ni de solide clause limitative de recours, il semble que la norme de la décision raisonnable constitue de plus en plus la norme que les cours de justice appliquent «par défaut» lorsqu'elles procèdent au contrôle judiciaire de l'interprétation et de l'application de sa loi habilitante par un organisme administratif indépendant spécialisé qui est doté d'une procédure participative. Compte tenu du fait que la Commission du droit d'auteur répond de façon générale à cette définition, qu'elle possède une compétence juridique spécialisée et qu'elle rend des décisions qui ont des incidences limitées sur les droits légaux de nature économique, la question qu'il nous reste à trancher est celle de savoir s'il existe des raisons d'appliquer une autre norme que celle du caractère déraisonnable aux conclusions que la Commission a tirées au sujet des questions faisant l'objet du présent contrôle judiciaire.

[97] La décision du législateur de confier tant à la Commission qu'aux cours de justice la charge d'interpréter les mêmes dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, dans le contexte d'une instance différente, il est vrai, permet de réfuter l'argument que ces questions relèvent de la compétence spécialisée unique de la Commission, même lorsqu'elles sont soulevées dans le cadre d'une instance qui relève de la compétence exclusive de la Commission. En d'autres termes, si l'on compare la compétence spécialisée de la Commission et celle de la Cour, on ne peut prétendre que celle de la Commission est supérieure. Les cours de justice en général, et la Cour fédérale en particulier, rendent depuis longtemps des décisions en matière de droit d'auteur et les questions d'interprétation en litige en l'espèce relèvent de toute évidence de la compétence des tribunaux judiciaires.

[98] L'essence de la compétence spécialisée de la Commission se situe dans l'application des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui ont trait à l'établissement et au calcul des redevances. Bien qu'elles soient nécessaires pour lui permettre de remplir cette fonction, les décisions par lesquelles la Commission définit les activités qui constituent une violation du droit d'auteur ont des répercussions qui

«s'écarter du domaine d'expertise fondamental du tribunal» (*Pushpanathan*, précité, au paragraphe 38).

[99] Further, it could be inefficient for the Court not to decide for itself the issues of interpretation in dispute here, because the Court might have to determine them for itself if they subsequently arose in infringement proceedings. Why should the Court duck issues when they are presented in judicial review proceedings and leave them to be litigated in infringement proceedings? Why not decide them now, rather than later? Limiting the intensity of judicial review in the interests of expeditious decision-making in this context does not seem an adequate reason to adopt a less searching standard of review than correctness. Royalty-setting proceedings tend to be complex and time-consuming, and participants typically have considerable financial resources at their disposal.

[100] The standard of review in respect of questions that could arise for decision in proceedings before either an administrative tribunal or a court has also been considered in connection with the scheme created by the Ontario *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, sections 279 [as am. by S.O. 1993, c. 10, ss. 1, 32; 1996, c. 31, s. 34], 280 [as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 1; 1996, c. 21, s. 35], 281 [as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 1; 1996, c. 21, s. 37], 282 [as am. by S.O. 1993, c. 10, ss. 1, 33; 1996, c. 21, s. 38], 283 [as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 34; 1996, c. 21, s. 39], for the administration of statutory insurance benefits for those who have sustained personal injuries in automobile accidents. After compulsory mediation, the parties may choose to proceed before either a court or an arbitrator, or a question of law may be stated to the court.

[101] The question of interest for present purposes arising from this scheme is the standard of review applied on an appeal of a decision by an arbitrator, bearing in mind that, if the parties had chosen to go

[99] De plus, il pourrait s'avérer inefficace pour la Cour de ne pas se prononcer elle-même sur les questions d'interprétation en litige en l'espèce, parce que la Cour pourrait avoir à décider elle-même si ces questions ont par la suite été soulevées dans une instance en violation du droit d'auteur. Pourquoi la Cour devrait-elle éluder des questions lorsqu'elles sont formulées dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire et permettre qu'elles soient débattues dans le cadre d'une instance portant sur la violation du droit d'auteur? Pourquoi ne pas les trancher dès maintenant au lieu d'attendre à plus tard? Limiter l'intensité du contrôle judiciaire pour favoriser une prise de décision accélérée dans ce contexte ne semble pas être une raison suffisante d'adopter une norme de contrôle moins exigeante que celle de la décision correcte. Les instances en fixation de redevances ont tendance à être complexes et à nécessiter beaucoup de temps, et dans la plupart des cas, ceux qui participent à ces instances disposent de moyens financiers considérables.

[100] La norme de contrôle applicable dans le cas des questions susceptibles d'être tranchées dans le cadre d'une instance introduite devant un tribunal administratif ou une cour de justice a également été examinée en fonction du régime créé par la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. I.8, articles 279 [mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1, 32; 1996, ch. 31, art. 34], 280 [mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1; 1996, ch. 21, art. 35], 281 [mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1; 1996, ch. 21, art. 37], 282 [mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1, 33; 1996, ch. 21, art. 38], 283 [mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 34, 1996, ch. 21, art. 39], pour l'administration des prestations d'assurance accordées par la loi aux personnes ayant subi des lésions corporelles lors d'un accident d'automobile. Après avoir recouru à la médiation obligatoire, les parties peuvent choisir de s'adresser au tribunal ou à un arbitre ou elles peuvent soumettre une question de droit au tribunal.

[101] La question qui nous intéresse en l'espèce relativement à ce régime est la norme de contrôle qui s'applique dans le cas de l'appel de la décision d'un arbitre, en tenant compte du fait que, si les parties

directly to court, or a question of law had been stated, the applicable standard would have been correctness. Although some cases go the other way (see, in particular, *Federation Insurance Co. of Canada v. Vineski* (1997), 48 C.C.L.I. (2d) 102 (Ont. Div. Ct.)), the weight of authority favours correctness as the standard for reviewing legal determinations of arbitrators under the *Insurance Act*.

[102] Thus, in *Kirkham v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1998] O.J. No. 6459 (Div. Ct.) (QL), March 31, 1998, unreported; leave to appeal refused, [1998] O.J. No. 2872 (C.A.) (QL), O'Leary J. stated in the endorsement (at paragraph 5):

While the Director's Delegate came to the correct decision as to the limitation period created by Section 281(5) we feel it important to note had he reached the wrong decision, such decision would not have been protected by curial deference. The Legislature gave an injured insured the choice of pursuing a benefits claim in either the court or by arbitration under the *Insurance Act*. The Legislature could not have intended that the limitation provision set out in Section 281(5) could vary dependent on where the claim was made. The court in interpreting the limitation provision is restricted to a standard of correctness. For consistency and fairness the Ontario Insurance Commission must be bound by the same standard. [Emphasis added.]

[103] This reasoning was followed in *H'ng v. Allstate Insurance Co. of Canada* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 252 (Ont. Div. Ct.). Further, in *Luu v. Zurich Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 807 (Div. Ct.), Saunders J., without expressing a definitive view, said (at pages 809-810) that the interests of consistency favoured the correctness standard. While the Court of Appeal reversed and upheld the arbitrator's decision, it did so "[w]hether the standard of review is patent unreasonableness or correctness": (1999), 43 O.R. (3d) 484 (C.A.), *per* Finlayson J.A., at paragraph 1.

avaient choisi de s'adresser directement au tribunal, ou si une question avait été soumise au tribunal, la norme applicable aurait été celle de la décision correcte. Bien que certaines décisions aillent dans le sens contraire (voir, en particulier, le jugement *Federation Insurance Co. of Canada v. Vineski* (1997), 48 C.C.L.I. (2d) 102 (C. div. Ont.)), la jurisprudence prépondérante favorise la norme de la décision correcte comme norme de contrôle judiciaire des décisions rendues sur un point de droit par un arbitre en vertu de la *Loi sur les assurances*.

[102] Ainsi, dans le jugement *Kirkham v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1998] O.J. n° 6459 (C. div.) (QL), 31 mars 1998, non publié; autorisation d'appel refusée à [1998] O.J. n° 2872 (C.A.) (QL), le juge O'Leary a déclaré, dans son jugement, au paragraphe 5:

[TRADUCTION] Bien que le délégué du directeur en soit venu à la bonne décision en ce qui concerne le délai de prescription créé par le paragraphe 281(5) nous tenons à signaler que, s'il n'avait pris la bonne décision, celle-ci n'aurait pas été protégée par le principe de la retenue judiciaire. Le législateur a offert à l'assuré le choix de présenter sa demande d'indemnité au tribunal ou à l'arbitre en vertu de la *Loi sur les assurances*. Le législateur ne pouvait avoir l'intention de permettre au délai de prescription prévu au paragraphe 281(5) de changer selon le lieu où la demande d'indemnisation est présentée. Lorsqu'il interprète la disposition créant le délai de prescription, le tribunal est limité à la norme de la décision correcte. Pour des raisons d'uniformité et d'équité, la Commission des assurances de l'Ontario doit être assujettie à la même norme. [Non souligné dans l'original.]

[103] Ce raisonnement a été suivi dans l'affaire *H'ng v. Allstate Insurance Co. of Canada* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 252 (C. div. Ont.). De plus, dans l'affaire *Luu c. Zurich Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 807 (C. div.), le juge Saunders, sans exprimer d'opinion définitive sur le sujet, a déclaré (aux pages 809 et 810) que, pour des raisons d'uniformité, il y a lieu de retenir la norme de la décision correcte. Il est vrai que la Cour d'appel a infirmé ce jugement et qu'elle a confirmé la sentence de l'arbitre, mais elle a ajouté qu'elle le faisait [TRADUCTION] «indépendamment du fait que la norme de contrôle soit celle de la décision manifestement déraisonnable ou celle de la décision correcte» (1999), 43 O.R. (3d) 484 (C.A.), le juge Finlayson, au paragraphe 1.

[104] In my opinion, the scale is tipped decisively in favour of correctness review by the fact that the Copyright Board's interpretation of provisions of the *Copyright Act* in dispute here is not within its exclusive domain, but may arise in court proceedings other than judicial review applications. This is both because the Board's expertise on these issues cannot be said to be greater than the Court's and because, in the context of the administration of this statute, judicial deference is unlikely to serve the interests of consistency, adjudicative efficiency and economy.

[105] Accordingly, in my respectful opinion, the Court was wrong in *AVS, supra*, to prescribe patent unreasonableness as the standard of review applicable to the Board's interpretation of those provisions of the *Copyright Act* that are not within the Board's exclusive domain. Taken as a whole, the scheme of the *Copyright Act* indicates that, on an application for judicial review, the Court should apply a standard of correctness to the Board's interpretation of those provisions of the *Copyright Act* that could also be the subject of infringement proceedings in the courts.

[106] Hence, this application for judicial review may be allowed for error of law if SOCAN establishes that the Board was wrong to hold that, by virtue of paragraph 2.4(1)(b), the core activities of Internet intermediaries do not constitute the communication of transmitted material. The same is also true of the Board's conclusion that the territorial reach of the *Copyright Act* does not extend to communications by telecommunication that are transmitted from host servers outside Canada.

[107] On the other hand, issues of statutory application to the facts as found are better left to the

[104] À mon avis, le fait que l'interprétation que la Commission du droit d'auteur a donnée des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* en litige ne relève pas de son domaine de compétence exclusif mais qu'elle puisse se faire dans une instance judiciaire autre qu'une instance en contrôle judiciaire fait décidément pencher la balance en faveur de la norme de contrôle judiciaire axée sur le bien-fondé de la décision (ou norme de la décision correcte) et ce, parce qu'on ne saurait prétendre que la compétence spécialisée de la Commission sur ces questions est plus grande que celle de la Cour et parce que, dans le contexte de l'application de la présente loi, il est peu probable que la réserve judiciaire favorise l'uniformité de même que l'efficacité et l'économie des ressources judiciaires.

[105] En conséquence, à mon humble avis, la Cour a eu tort, dans l'arrêt *AVS*, précité, de prescrire la norme de la décision manifestement déraisonnable comme norme de contrôle à appliquer dans le cas de l'interprétation par la Commission des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui ne relèvent pas du domaine de compétence exclusif de la Commission. Dans l'ensemble, il ressort de l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur* que, saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour devrait appliquer la norme de la décision correcte à l'interprétation par la Commission des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui pourraient également donner ouverture à une action en violation du droit d'auteur devant les tribunaux judiciaires.

[106] La présente demande de contrôle judiciaire peut donc être accueillie au motif qu'une erreur de droit a été commise si la SOCAN démontre que la Commission a eu tort de conclure qu'aux termes de l'alinéa 2.4(1)b), les principales activités des intermédiaires Internet ne constituent pas une communication de données transmises. Il en va de même pour la conclusion de la Commission suivant laquelle la portée territoriale de la *Loi sur le droit d'auteur* ne s'étend pas aux communications par télécommunication qui sont transmises à partir de serveurs hôte situés à l'extérieur du Canada.

[107] En revanche, il est préférable de laisser à la Commission le soin de se prononcer sur les questions

Board and made subject to a more deferential standard of review. The application of the Act to any given case must be decided, as the Board did, in light of the evidence relating to such matters as whether it is practicable for operators of host servers to monitor and intercept material requested by or sent to end users. The absence of a preclusive clause, as well as the legal component of the decision to be made, persuade me that simple unreasonableness, rather than patent unreasonableness, is the appropriate standard of review of the Board's decision in this case, in so far as it essentially involves the application, rather than the interpretation of the statute.

Issue 2: Did the Board err in law in its interpretation of paragraph 2.4(1)(b) of the Copyright Act?

[108] Regardless of the particular medium involved, communications to the public by telecommunication are governed in Canada by relatively short and apparently simple provisions of the *Copyright Act*. In contrast, in the United States, detailed legislation has been enacted to deal specifically with the liability of Internet intermediaries: see the *Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. §512 (1998).

[109] Paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* does not define the words, "communicate . . . by telecommunication". However, a negative definition is found in paragraph 2.4(1)(b) of the definitional section of the Act. Its effect is to exclude from paragraph 3(1)(f) conduct by intermediaries that might otherwise have constituted communication by telecommunication.

[110] Accordingly, whether the typical activities of Internet access providers and host server operators constitute communication by telecommunication depends on the interpretation of paragraph 2.4(1)(b) which, for convenience, I set out again:

relatives à l'application de la loi aux faits et de les assujettir à une norme de contrôle judiciaire qui appelle une plus grande retenue. Il faut décider si la Loi s'applique à un cas déterminé, comme la Commission l'a fait, en fonction des éléments de preuve relatifs à ces questions pour savoir s'il est possible pour les exploitants de serveurs hôte de contrôler et d'intercepter l'information demandée par les utilisateurs finaux ou envoyée à ces derniers. L'absence de clause limitative de recours, de même que l'aspect juridique de la décision à rendre me convainquent que la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en l'espèce à la décision de la Commission est celle de la décision simplement déraisonnable, plutôt que celle de la décision manifestement déraisonnable, dans la mesure où cette décision porte essentiellement sur l'application de la loi plutôt que sur son interprétation.

Question 2: La Commission a-t-elle commis une erreur de droit dans son interprétation de l'alinéa 2.4(1)(b) de la Loi sur le droit d'auteur?

[108] Indépendamment du moyen employé, les communications au public par télécommunication sont régies au Canada par des dispositions relativement laconiques et en apparence simples de la *Loi sur le droit d'auteur*. Par contraste, aux États-Unis, des dispositions législatives détaillées ont été édictées pour traiter expressément des obligations des intermédiaires Internet (voir la *Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. §512 (1998)).

[109] L'alinéa 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne définit pas les mots «communiquer [. . .] par télécommunication». On trouve cependant une définition négative à l'alinéa 2.4(1)(b) de l'article de la Loi consacré aux définitions. Cet alinéa a pour effet de soustraire à l'application de l'alinéa 3(1)(f) les activités des intermédiaires qui auraient autrement pu constituer des communications par télécommunication.

[110] En conséquence, la réponse à la question de savoir si les activités habituelles des fournisseurs d'accès Internet et des exploitants de serveurs hôtes constituent des communications par télécommunication dépend de l'interprétation de l'alinéa 2.4(1)(b) que, par souci de commodité, je reproduis à nouveau:

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

...

(b) a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public; and [Underlining added.]

[111] Hence, three things must be established for an intermediary's activity to fall within paragraph 2.4(1)(b), and thus not to attract liability for infringing copyright by communicating a work to the public by telecommunication. First, the intermediary's activities must amount to the provision of "the means of telecommunication"; second, these means must be "necessary" for enabling another person to communicate a work to the public; and third, the activities in question must constitute the intermediary's "only act" with respect to the communication. I shall deal in turn with each element of this definition.

(i) "means of telecommunication"

[112] SOCAN submits that the Copyright Board erred in law when it held that the core activities of operators of host servers and Internet access providers do not constitute the communication by telecommunication of material transmitted to end users within paragraph 3(1)(f) of the Act. More particularly, SOCAN argues, these Internet intermediaries cannot rely on paragraph 2.4(1)(b) as a defence, because the phrase, "the means of telecommunication", cannot include the kind of services and active equipment that they provide.

[113] The principal difficulty with SOCAN's position is it that it requires the Court to read into paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* words that are not there, namely, "physical", or "facilities", when Parliament has used the more expansive and unmodified word, "means". It is not evident from either the language of the paragraph, or its underlying rationale, why those who supply the equipment and services that are necessary to enable others to access music on the

2.4 (1) Les règles qui suivent s'appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication:

[. . .]

b) n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue; [Non souligné dans l'original.]

[111] Il faut donc trois conditions pour que l'activité d'un intermédiaire tombe sous le coup de l'alinéa 2.4(1)(b) et ne rende pas cet intermédiaire responsable de la violation du droit d'auteur pour avoir communiqué une œuvre au public par télécommunication. En premier lieu, les activités de l'intermédiaire doivent équivaloir à la fourniture des «moyens de télécommunication»; deuxièmement, ces moyens doivent être «nécessaires» pour permettre à un tiers de communiquer une œuvre au public et troisièmement, les activités en question doivent constituer la seule chose que l'intermédiaire fait relativement à la communication («ne fait que»). Je vais examiner à tour de rôle chacun des éléments de cette définition.

(i) «Moyens de télécommunication»

[112] La SOCAN affirme que la Commission du droit d'auteur a commis une erreur de droit en statuant que les activités principales des exploitants de serveurs hôtes et des fournisseurs d'accès Internet ne constituent pas une communication d'œuvres par télécommunication à des utilisateurs finaux au sens de l'alinéa 3(1)(f) de la Loi. Plus particulièrement, la SOCAN explique que ces intermédiaires Internet ne peuvent invoquer l'alinéa 2.4(1)(b) en défense, parce que l'expression «les moyens de télécommunication» ne sauraient englober le genre de services et d'équipement actif qu'ils fournissent.

[113] La principale difficulté que soulève la thèse de la SOCAN est le fait qu'elle oblige la Cour à interpoler dans le libellé de l'alinéa 2.4(1)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur* des mots qui ne s'y trouvent pas, à savoir «installations» et «matérielles», alors que le législateur a employé un terme plus large et général, en l'occurrence «moyens». Ni le libellé de cet alinéa ni sa raison d'être sous-jacente ne permettent de savoir avec certitude pourquoi ceux qui fournissent l'équipement et

Internet do not thereby provide the means of telecommunication necessary for the content provider to communicate the music to end users.

[114] Nonetheless, SOCAN makes two submissions in support of its argument that, properly interpreted, paragraph 2.4(1)(b) cannot include equipment and services of the kind provided by Internet intermediaries.

[115] First, it complains that the Board dealt directly with the interpretation of paragraph 2.4(1)(b) without first determining whether, but for that paragraph, the typical activities of operators of host servers and Internet access providers would amount to the communication of music to the public by telecommunication under paragraph 3(1)(f). Counsel for SOCAN argued that the Board was required to take this step because, if it found that these Internet intermediaries were communicating in breach of paragraph 3(1)(f), it was bound to interpret paragraph 2.4(1)(b) narrowly, since it is a statutory exemption from liability for those whose activities would otherwise be an infringement of copyright.

[116] I do not agree. Paragraph 2.4(1)(b) is in my view simply part of the definition of the phrase “communicating by telecommunication”, and is intended to clarify what might otherwise be an uncertainty about the scope of the word “communicate”. Even without this paragraph, it could have been argued that the word “communicate” implicitly excludes merely enabling another to communicate. That paragraph 2.4(1)(b) should be regarded as definitional, rather than as an exemption, is also suggested by its location in the definitions section of the *Copyright Act*. Hence, paragraph 2.4(1)(b) should not be given a narrow interpretation as an exemption from liability for copyright infringement.

les services nécessaires pour permettre à d'autres personnes d'accéder à de la musique sur Internet ne fournissent pas ainsi les moyens de télécommunication nécessaires pour permettre au fournisseur de contenu de communiquer la musique en question aux utilisateurs finaux.

[114] Quoi qu'il en soit, la SOCAN fait valoir deux moyens à l'appui de sa thèse que, s'il est interprété correctement, l'alinéa 2.4(1)b ne peut inclure des installations et de services comme ceux que fournissent les intermédiaires Internet.

[115] En premier lieu, elle reproche à la Commission de s'être attaquée directement à l'interprétation de l'alinéa 2.4(1)b sans avoir d'abord déterminé si, sans cet alinéa, les activités habituelles des exploitants de serveurs hôtes et des fournisseurs d'accès Internet constituent une communication d'œuvres musicales au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f. L'avocat de la SOCAN soutient que la Commission devait d'abord franchir cette étape préliminaire parce que, si elle concluait que les intermédiaires Internet en question communiquaient de l'information en contravention de l'alinéa 3(1)f, elle était tenue d'interpréter étroitement l'alinéa 2.4(1)b, étant donné que cette disposition dispense du versement de redevances les personnes dont les activités constitueraient autrement une violation du droit d'auteur.

[116] Je ne suis pas de cet avis. L'alinéa 2.4(1)b fait à mon avis tout simplement partie de la définition de l'expression «communiquer par télécommunication» et il vise à clarifier l'incertitude qui pourrait autrement exister au sujet de la portée du mot «communiquer». Même si cet alinéa n'existait pas, on aurait pu soutenir que le mot «communiquer» exclut implicitement le fait de simplement fournir à quelqu'un les moyens de communiquer. Le fait que l'alinéa 2.4(1)b devrait être considéré comme un article de définition plutôt que comme une disposition d'exemption ressort également du fait qu'il se retrouve dans l'article des définitions de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'alinéa 2.4(1)b ne devrait donc pas recevoir une interprétation étroite et il ne devrait pas être considéré comme accordant une exonération de responsabilité pour violation du droit d'auteur.

[117] In any event, even if paragraph 2.4(1)(b) were properly regarded as an exemption from the liability imposed by paragraph 3(1)(f), it would still not be justifiable to substitute the narrower word “facilities” for the broader word “means”, or to read into paragraph 2.4(1)(b) the adjective “physical” as a modifier of the noun “means”.

[118] Counsel for SOCAN argued that, since the underlying purpose of copyright legislation is to provide authors and artists with a legal protection that did not exist at common law, any limitations on the right should be construed narrowly. However, in my opinion, the existence of this purpose does not justify interpreting a statutory provision in a way that is inconsistent with the language in which it is couched. As McLachlin J. (as she then was) said in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at page 480, a case that also concerned the meaning of a provision of the *Copyright Act*, “[t]he interpretation of a statute must always begin with the ordinary meaning of the words used”.

[119] In any event, although originally enacted to provide a statutory protection to intellectual property rights that the common law did not recognize, the *Copyright Act* is not concerned exclusively with advancing the interests of writers, composers, artists and other creative people. As Binnie J. said in *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.* (2002), 210 D.L.R. (4th) 385 (S.C.C.), at paragraph 30:

The *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 (or, more accurately, to prevent someone other than the creator from appropriating whatever benefits may be generated).

Hence, its provisions should be interpreted with an eye to striking an appropriate balance between these competing interests.

[117] En tout état de cause, même si l’alinéa 2.4(1)(b) pouvait à juste titre être considéré comme une disposition d’exonération de la responsabilité imposée par l’alinéa 3(1)(f), on ne serait quand même pas justifié de remplacer le mot «installations», qui a un sens plus étroit, par le terme plus large «moyens» ou d’interpoler dans l’alinéa 2.4(1)(b) l’adjectif «matériels» qui modifierait le substantif «moyens».

[118] L’avocat de la SOCAN affirme que, comme l’objet essentiel de la législation sur le droit d’auteur est d’offrir aux auteurs et aux artistes une protection juridique qui n’existe pas en common law, toute restriction apportée à ce droit devrait être interprétée de façon restrictive. J’estime toutefois que l’existence de cet objet ne justifie pas d’interpréter des dispositions législatives d’une manière qui soit incompatible avec leur libellé. Ainsi que le juge McLachlin (qui n’était pas encore juge en chef) l’a fait remarquer, à la page 480, de l’arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, qui portait aussi sur le sens d’une disposition de la *Loi sur le droit d’auteur*: «[l]’interprétation des lois doit toujours commencer par le sens ordinaire des mots employés».

[119] En tout état de cause, bien qu’elle ait été à l’origine adoptée pour accorder une protection légale aux droits en matière de propriété intellectuelle que la common law ne reconnaissait pas, la *Loi sur le droit d’auteur* ne vise pas exclusivement à défendre les intérêts des auteurs, compositeurs, artistes et autres créateurs. Comme le juge Binnie l’a expliqué dans l’arrêt *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.* (2002), 210 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.), au paragraphe 30:

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 (ou, plus précisément, l’assurance que personne d’autre que le créateur ne pourra s’approprier les bénéfices qui pourraient être générés).

Ses dispositions devraient donc être examinées dans le but d’essayer de trouver un juste équilibre entre ces intérêts divergents.

[120] Second, counsel for SOCAN submitted that paragraph 2.4(1)(b) should be interpreted in light of the fact that it was intended to protect traditional common carriers from liability for the content of the communications that they transmitted. The services and facilities provided by Internet intermediaries are quite unlike the purely passive physical facilities provided by traditional common carriers, such as poles, cables and wires. On the other hand, he was prepared to concede that routers, the “backbone” or infrastructure of the Internet, were analogous to the physical means of telecommunication that paragraph 2.4(1)(b) was intended to cover. Further, counsel argued, operators of host servers and Internet access providers are in the business of selling their services to subscribers. Knowledge of the content available on the Internet, including “free” music, and of end users’ interest in accessing it, are powerful inducements for end users to sign up with access providers, and content providers with operators of host servers.

[121] There may well be differences between the equipment and services provided by Internet service providers and the physical telecommunications equipment typically associated with traditional common carriers. However, the question is whether the differences are legally relevant in this context.

[122] No doubt, SOCAN is correct to argue that paragraph 2.4(1)(b) was inserted with traditional common carriers in mind. However, this is because, when the paragraph was added to the Act in 1997, the potential of the Internet as a medium for the transmission of music and other copyright works was not fully appreciated. Where its language and underlying rationale permit, legislation should be interpreted in a way that takes account of technological developments.

[120] En deuxième lieu, l’avocat de la SOCAN soutient que l’alinéa 2.4(1)b) devrait être interprété en tenant compte du fait qu’il vise à exonérer les entreprises de télécommunications traditionnelles de toute responsabilité en ce qui concerne le contenu des communications qu’ils transmettent. Il est très peu probable que les intermédiaires Internet fournissent des services et des installations matérielles purement passives comme celles que fournissent les entreprises de télécommunications traditionnelles, tels que des poteaux, des câbles et des fils. En revanche, l’avocat de la SOCAN est prêt à admettre que les routeurs, qui constituent la «dorsale» ou l’infrastructure de base de l’Internet, sont analogues aux moyens matériels de télécommunication que l’alinéa 2.4(1)b) est censé viser. L’avocat de la SOCAN soutient en outre que les activités des exploitants de serveurs hôtes et des fournisseurs d’accès Internet consistent à vendre leurs services à des abonnés. Le fait de connaître le contenu de l’information diffusée sur Internet, et notamment des œuvres musicales «gratuites» et d’être au courant de l’intérêt des utilisateurs finaux à y accéder constituent des éléments qui sont susceptibles d’inciter fortement les utilisateurs finaux à s’abonner auprès des fournisseurs d’accès et d’encourager les fournisseurs de contenus à s’abonner auprès des exploitants de serveurs hôtes.

[121] Il peut fort bien exister des différences entre l’équipement et les services offerts par les fournisseurs de service Internet et les installations matérielles de télécommunications qu’on associe généralement aux entreprises de télécommunications traditionnelles. Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir si ces différences sont pertinentes sur le plan juridique dans ce contexte.

[122] Certes, la SOCAN a raison d’affirmer que le législateur a inséré l’alinéa 2.4(1)b) dans la Loi en pensant aux entreprises de télécommunications traditionnelles. Cette situation s’explique toutefois par le fait que, lorsque cet alinéa a été inséré dans la Loi en 1997, on ne saisissait pas encore pleinement le potentiel de l’Internet en tant que moyen de diffusion d’œuvres musicales et d’autres œuvres protégées par le droit d’auteur. Lorsque son libellé et son objet fondamental le permettent, un texte de loi devrait être interprété de manière à tenir compte des progrès technologiques.

[123] For their part, Internet service providers claim that the services and equipment that they provide to enable individuals to make available, and to obtain access to, material on the Internet, are like the traditional physical facilities necessary for other forms of telecommunication. In particular, the role of Internet intermediaries is passive, because they do not have the practical capacity to exercise control over the content of the material that is transmitted. Consequently, their activities should be regarded as constituting only the means of telecommunication.

[124] In my opinion, the Board was correct to conclude that the word “means” is capable of describing a much wider range of services and equipment than those provided by traditional common carriers. Accordingly, it should not be given the narrow interpretation urged by SOCAN. An important indicator that a person is providing the means to enable others to communicate by telecommunication is that the person lacks the practical ability to control and monitor content, and hence plays only a passive role in the communication.

[125] Having correctly directed itself in law that paragraph 2.4(1)(b) requires it to have regard to the issue of passivity, the Board had to decide on the evidence before it whether the equipment and services typically supplied by operators of host servers and Internet access providers have a sufficiently passive role in the transmission of data that their only act is to provide the means of enabling others to communicate by telecommunication. Since the Board’s determination of this issue is specific to these parties and to this proceeding, it falls at the statute-application end of the spectrum and, hence, is reviewable only for unreasonableness.

[123] Pour leur part, les fournisseurs de services Internet soutiennent que les services et l’équipement qu’ils fournissent pour permettre à des personnes de rendre du contenu disponible sur l’Internet et d’y accéder sont analogues aux installations matérielles traditionnelles nécessaires aux autres formes de télécommunication. Ils affirment en particulier que le rôle des intermédiaires Internet est passif, parce qu’ils n’ont pas la capacité pratique nécessaire pour exercer un contrôle sur le contenu de l’information qui est diffusée. En conséquence, leurs activités devraient être considérées comme constituant uniquement des moyens de télécommunication.

[124] À mon avis, c’est à bon droit que la Commission a conclu que le terme «moyens» est susceptible de désigner une gamme de services et d’équipements plus vaste que ceux que fournissent les entreprises de télécommunications traditionnelles. En conséquence, on ne doit pas donner à ce terme l’interprétation étroite que préconise la SOCAN. Un indice révélateur qui permet de conclure qu’une personne fournit les moyens de télécommunication nécessaires pour permettre à d’autres personnes de communiquer par télécommunication est le fait que l’intéressé ne dispose pas des moyens techniques pour exercer un contrôle sur le contenu qui est diffusé et qu’il ne joue donc qu’un rôle passif dans la communication.

[125] Ayant jugé à bon droit que l’alinéa 2.4(1)b) l’obligeait à tenir compte de la question de la passivité, la Commission devait ensuite décider, à la lumière des éléments de preuve portés à sa connaissance, si l’équipement et les services habituellement fournis par les exploitants des serveurs hôtes et les fournisseurs d’accès Internet jouent un rôle suffisamment passif dans la transmission des données pour que leur seule fonction consiste à fournir les moyens nécessaires pour permettre à d’autres personnes de communiquer par télécommunication. Comme la décision que la Commission a rendue sur cette question est une décision d’espèce qui ne vaut que pour les parties en présence, elle s’apparente à une question d’application de la loi et est par conséquent susceptible de faire l’objet d’un contrôle judiciaire uniquement en fonction de la norme du caractère raisonnable.

(ii) “necessary”

[126] Like Parliament, the Board did not define when an activity constitutes the means necessary for enabling a work to be communicated by another person. However, in its reasons for decision (*supra*, at page 452), the Board did state:

... an Internet intermediary is not precluded from relying on paragraph 2.4(1)(b) simply because it provides services that are ancillary to providing the means of communication or because it performs certain steps or procedures (such as caching) to improve performance.

[127] The question is whether the Board misinterpreted “necessary” when it held that it extended to an activity that merely improves the quality of Internet communication. A cursory examination of some dictionaries reveals that “necessary” has a range of meanings.

[128] For example, *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Oxford: Clarendon Press, 1993) reports only a relatively strict meaning of “necessary”; the synonyms given include, that which is “indispensable”, “requisite” or “essential”. However, *Black’s Law Dictionary*, 6th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990) states that the word, “necessary”, “must be considered in the connection in which it is used, as it is a word susceptible of various meanings”, ranging from “absolute physical necessity” to “reasonably useful” and “of greater or lesser benefit or convenience”. Since Black’s is concerned to provide the meanings of words when used in legal contexts, it might be thought particularly persuasive. However, the entry for “necessary” has disappeared from the seventh edition, published in 1999.

[129] The equivalent word in the French text of paragraph 2.4(1)(b) is “nécessaires”. The synonyms for “nécessaire” given by *Le Nouveau Petit Robert*:

(ii) «Nécessaires»

[126] À l’instar du législateur fédéral, la Commission n’a pas précisé les cas dans lesquels une activité constitue un moyen nécessaire pour permettre à une personne de communiquer une œuvre. Cependant, dans les motifs de sa décision (précitée, à la page 452), la Commission a déclaré:

[...] un intermédiaire Internet n’est pas empêché d’invoquer l’alinéa 2.4(1)(b) simplement parce qu’il assure des services qui sont accessoires à la fourniture des moyens de communication ou parce qu’il prend certains moyens ou suit certaines méthodes (comme la mise en antémémoire) pour améliorer la performance.

[127] La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si la Commission a mal interprété le mot «nécessaires» lorsqu’elle a statué qu’il englobait les activités qui ne visent qu’à améliorer la qualité de la communication sur l’Internet. Il ressort d’une consultation rapide de quelques dictionnaires que le mot «nécessaire» comporte divers sens.

[128] Ainsi, *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Oxford: Clarendon Press, 1993) atteste un sens relativement étroit en ce qui concerne le mot «nécessaire»; parmi les synonymes qu’il recense, mentionnons «*indispensable*» («indispensable»), «*requisite*» («requis») et «*essential*» («essentiel»). Toutefois, le *Black’s Law Dictionary*, 6^e éd. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990) précise que le mot «*necessary*» («nécessaire») [TRADUCTION] «doit être examiné en fonction du contexte dans lequel il est employé, étant donné qu’il s’agit d’un terme qui est susceptible de comporter diverses acceptions», allant de [TRADUCTION] «nécessité physique absolue» à [TRADUCTION] «raisonnablement utile» et [TRADUCTION] «d’une utilité ou d’une commodité plus ou moins grande». Étant donné que le dictionnaire Black’s s’emploie à donner le sens des mots en contexte juridique, on pourrait penser qu’il est revêtu d’une grande autorité en la matière. Cependant, l’entrée relative au mot «*necessary*» («nécessaire») a disparu de la septième édition publiée en 1999.

[129] Le terme équivalent dans la version française de l’alinéa 2.4(1)(b) est «nécessaires». Parmi les synonymes de «nécessaire» que donne *Le Nouveau Petit Robert*:

dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Paris: Dictionnaires Le Robert, 1996) include, “*indispensable*” and “*essentiel*”, which have the same meaning as the synonyms for “necessary” in the Shorter Oxford. However, Le Petit Robert also includes “*utile*”, which indicates that “*nécessaire*” can be used in a less stringent sense that parallels Black’s report that, depending on the particular legal context in which it appears, synonyms for the word, “necessary”, can include “useful” or “of benefit”.

[130] Given that, on the evidence of the sixth edition of *Black’s Law Dictionary* and Le Petit Robert, the words “necessary” and “*nécessaires*” can be used to mean something less than “essential” or “indispensable”, the statute must be consulted for an indication of the particular shade of meaning in which Parliament used the words in paragraph 2.4(1)(b).

[131] An argument for adopting a more permissive interpretation is that, given the rapid and recent development of Internet communication, the Act should not be interpreted in a way that would obstruct improvements in the quality of Internet communication, or reductions in the price at which data can be made available, made possible by rapid and fundamental technological advances. On the other hand, a relatively strict interpretation of “necessary” may be indicated by the fact that paragraph 2.4(1)(b) reduces the range of potential sources from whom authors and composers can recover a royalty for the unauthorized communication of their work by removing entities that benefit commercially from the availability on the Internet of copyright music, virtually free of charge to the end user.

[132] On the basis of all these considerations, I have concluded that, the words, “necessary”, and, “*nécessaire*”, are normally understood in ordinary

dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Paris: Dictionnaires Le Robert, 1996), il y a lieu de mentionner «indispensable» et «essentiel», qui ont le même sens que les synonymes du terme anglais «*necessary*» dans le Shorter Oxford. Toutefois, Le Petit Robert signale aussi le mot «utile», ce qui permet de penser que l’adjectif «nécessaire» peut être employé dans un sens moins rigoureux, ce qui correspond aux synonymes recensés par le Black’s pour le mot «*necessary*» qui, selon le contexte juridique précis dans lequel il apparaît, peut correspondre à «*useful*» («utile») ou à «*of benefit*» («d’une utilité (plus ou moins grande)»).

[130] Compte tenu du fait qu’il ressort de la sixième édition du *Black’s Law Dictionary* et du Petit Robert que les mots «*necessary*» et «nécessaires» peuvent être utilisés pour exprimer un sens moins fort que les adjectifs «essentiel» ou «indispensable», il faut se reporter au texte de la loi pour y déceler des indices au sujet de la connotation précise que le législateur fédéral donne à ces mots à l’alinéa 2.4(1)(b).

[131] Suivant un des arguments invoqués en faveur de l’adoption d’une interprétation plus libérale, compte tenu du développement rapide et récent des communications par Internet, la Loi ne devrait pas être interprétée de manière à faire obstacle à l’amélioration de la qualité des communications sur l’Internet ou à la réduction du prix auquel des données peuvent être mises à la disposition des internautes, réductions qui sont rendues possibles grâce aux progrès technologiques fondamentaux et accélérés qui sont réalisés. En revanche, il y a peut-être lieu de s’en tenir à une interprétation relativement stricte du mot «nécessaires» compte tenu du fait que l’alinéa 2.4(1)(b) réduit la gamme de sources potentielles desquelles les auteurs et les compositeurs peuvent obtenir des redevances pour la communication non autorisée de leurs œuvres en supprimant les entités qui bénéficient sur le plan commercial de la diffusion sur l’Internet d’œuvres musicales protégées par le droit d’auteur, à toutes fins utiles sans frais pour l’utilisateur final.

[132] Compte tenu de toutes ces considérations, j’en suis arrivé à la conclusion que les mots «*necessary*» et «nécessaire» sont normalement interprétés dans le

speech in a relatively strict sense, but that in some contexts they can bear a more relaxed meaning. In my opinion, the context of paragraph 2.4(1)(b), including the existence of the competing policy considerations outlined above, does not justify interpreting “necessary” in paragraph 2.4(1)(b) in a sense that is at odds with its most familiar meaning. Hence, a person provides only the means of telecommunication necessary for another person to communicate when, without that person’s activity, communication in that medium of telecommunication would not be practicable or, in all probability, would not have occurred.

[133] Whether something is “necessary” for the purpose of paragraph 2.4(1)(b) should be determined when the transmission of material from the server occurs, and not when the content provider chooses the means through which to communicate. When the content provider has posted music on a host server, the operator of the host server is then providing the means necessary to enable the content provider to communicate by telecommunication with end users, because, without the disk space provided by the operator of the host server, the end user’s request could not be answered. It is irrelevant that the content provider might have chosen other, possibly less convenient, means of communicating the music, such as radio or television, or might have made it available on the hard drive of his or her own Internet-accessible computer. Consequently, I am not persuaded that the Board erred in law on this issue.

[134] However, in my opinion the Board did err in law when it held (*supra*, at page 452) that an Internet intermediary who caches material is thereby providing the means necessary for another to communicate it. The Board’s reasons for this conclusion were that the cache is used to improve Internet performance and its operation by an intermediary is an activity that is ancillary to communication by the content provider.

langage courant dans un sens relativement strict, mais que, dans certains contextes, ils peuvent avoir un sens plus large. À mon avis, compte tenu des considérations de principe concurrentes déjà exposées et du contexte dans lequel se situe l’alinéa 2.4(1)(b), il n’y a pas lieu d’accorder au terme «nécessaires» un sens qui contredirait son acception la plus courante. En conséquence, une personne ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour lui permettre de communiquer lorsque, sans son intervention, la communication par ce moyen de télécommunication ne serait pas réalisable ou, selon toute vraisemblance, n’aurait pas eu lieu.

[133] La question de savoir si des moyens de télécommunication sont «nécessaires» au sens de l’alinéa 2.4(1)(b) doit être tranchée au moment où se produit la transmission des données provenant du serveur, et non lorsque le fournisseur de contenu choisit le moyen de communication. Lorsque le fournisseur de contenu a diffusé des œuvres musicales sur un serveur hôte, l’exploitant du serveur hôte fournit alors les moyens nécessaires pour permettre au fournisseur de contenu de communiquer par télécommunication avec des utilisateurs finaux, parce que, sans l’espace disque fourni par l’exploitant du serveur hôte, il ne pourrait répondre à la demande de l’utilisateur final. Il est sans importance que le fournisseur de contenu aurait pu choisir d’autres moyens, peut-être moins commodes, tels que la radio ou la télévision, pour diffuser une œuvre musicale, ou qu’il aurait pu rendre l’œuvre musicale disponible sur le disque dur de son propre ordinateur lui donnant accès Internet. En conséquence, je ne suis pas persuadé que la Commission a commis une erreur de droit sur cette question.

[134] La Commission a cependant commis selon moi une erreur de droit en jugeant (précitée, à la page 452) qu’un intermédiaire Internet qui met des données en antémémoire fournit ainsi les moyens nécessaires pour permettre à un tiers de les communiquer. Pour justifier cette conclusion, la Commission a déclaré que l’antémémoire sert à améliorer le rendement de l’Internet et que son exploitation par un intermédiaire constitue une activité accessoire à la communication de contenus par le fournisseur.

[135] In my opinion, however, the fact that the cache enhances the speed of transmission and reduces the cost to the Internet access provider does not render the cache a practical necessity for communication. Desirable as these features may be, they do not justify giving the word “necessary” a broader meaning than it normally bears, especially when this would further erode copyright holders’ right to be compensated for the use of their works by others. The relevant meaning of “necessary” was more accurately captured by the Board when it said (*supra*, at page 452) that paragraph 2.4(1)(b) includes not only the routers, but all the equipment and services “without which [Internet] communication would not occur”.

[136] Moreover, even the Board had not clearly misdirected itself on the meaning of “necessary” in paragraph 2.4(1)(b), a finding that the operation of a cache is necessary would have been an unreasonable application of the statute to the facts and hence erroneous in law. The evidence did not indicate that, without a cache, the transmission of music from certain Web sites would have been so slow that end users were unlikely to have requested that the music be communicated to them, or so expensive that the cost to Internet access providers of transmitting material from them would have made the communication of music from some sites economically unfeasible. To the contrary, the evidence was that caches are used relatively infrequently to transmit music.

[137] Finally, the operation of a cache could not be a practical necessity for communication by others, because, even after frequently requested material has been cached, an end user can always set the browser on his or her computer to ensure that material requested from a Web site is transmitted directly from the original host server, and not the cache. End users may do this to ensure that they have the most up-to-date information; when new information is added to a Web page, the cache is not necessarily also updated.

[135] J’estime toutefois que le fait que l’antémémoire accélère la vitesse de transmission et qu’elle permet de réduire les coûts que doit supporter le fournisseur d’accès Internet ne rend pas obligatoire le recours à une antémémoire pour qu’il y ait communication. Aussi avantageux qu’elles puissent être, les caractéristiques de l’antémémoire ne justifient pas de donner au mot «nécessaires» un sens plus large que celui qu’il comporte normalement, surtout lorsqu’une telle extension de sens aurait pour effet d’affaiblir encore plus le droit des titulaires du droit d’auteur de toucher une rémunération pour l’utilisation de leurs œuvres par autrui. La Commission a mieux cerné le sens véritable du mot «nécessaires» lorsqu’elle a dit (précitée, à la page 452) que l’alinéa 2.4(1)b) englobe non seulement les routeurs, mais également toutes les installations et tous les services «sans lesquels la communication [sur l’Internet] n’aurait pas lieu».

[136] De plus, même si la Commission ne s’était pas clairement méprise sur le sens du mot «nécessaires» que l’on trouve à l’alinéa 2.4(1)b), conclure que l’utilisation d’une antémémoire est nécessaire aurait constitué une application déraisonnable de la loi aux faits et, partant, une erreur de droit. La preuve ne permettait pas de conclure que, sans antémémoire, la transmission d’œuvres musicales à partir de certains sites Web aurait été tellement lente que les utilisateurs finaux n’auraient probablement pas demandé que des œuvres musicales leur soient communiquées, ou tellement dispendieuse que les coûts assumés par les fournisseurs d’accès Internet pour transmettre les œuvres musicales qu’ils fournissent auraient été trop onéreux. Il ressort au contraire de la preuve qu’on ne recourt qu’à l’occasion aux antémémoires pour transmettre des œuvres musicales.

[137] Finalement, l’utilisation d’une antémémoire ne pourrait constituer une nécessité pratique pour permettre à des tiers de communiquer parce que, même après que des fichiers fréquemment demandés ont été mis en antémémoire, l’utilisateur final peut toujours régler le navigateur de son ordinateur de manière à s’assurer que les fichiers réclamés d’un site Web sont transmis directement à partir du serveur hôte d’origine et non à partir de l’antémémoire. Les utilisateurs finaux peuvent utiliser ce moyen pour s’assurer de recevoir la version

[138] If operating a cache is not protected by paragraph 2.4(1)(b), the question remains whether the operator of a cache communicates by telecommunication to end users the material that is transmitted to them from the cache, and thereby infringes the exclusive right of the author or composer to communicate a musical work to the public. In my view it does, because the cache operator selects which material will be cached, and programmes the computer to transmit it from the cache when it is requested. The operator of a cache is thus not merely a passive transmitter of data.

[139] Caching is no doubt a relatively minor adjunct to the core activities of Internet service providers which, as the Board correctly found, do not amount to the infringement of copyright. Accordingly, it would be open to the Board to take this consideration into account at Phase II of the hearing in *Tariff 22* when fixing the quantum of the royalty payable with respect to particular infringing activities. Thus, if an Internet access provider only cached 1% of the material accessed by its customers, it might be required to pay a royalty that reflected that only a very small proportion of all its Internet communication-related activities were infringing.

(iii) “only act”

[140] The third requirement to be satisfied for an intermediary to fall within paragraph 2.4(1)(b) is that its only act with respect to a communication consists of providing the means of telecommunication necessary for that communication to occur. Thus, if an Internet access provider was acting in concert with content providers or was operating a cache, its activities respecting those communications would be removed from the shelter provided by paragraph 2.4(1)(b).

la plus récente. Lorsque de nouveaux renseignements sont ajoutés sur une page Web, l’antémémoire n’est pas nécessairement mise elle aussi à jour.

[138] Si l’utilisation d’une antémémoire n’est pas protégée par l’alinéa 2.4(1)b), il reste à savoir si celui qui l’exploite communique par télécommunication à des utilisateurs finaux les données qui leur sont transmises à partir de l’antémémoire, violant ainsi le droit exclusif de l’auteur ou du compositeur de communiquer une œuvre musicale au public. À mon avis, il faut répondre par l’affirmative à cette question, parce que celui qui exploite l’antémémoire choisit les données qui seront mises en antémémoire et programme l’ordinateur pour qu’il les transmette à partir de l’antémémoire lorsque ces données sont demandées. Celui qui exploite l’antémémoire ne se contente donc pas de transmettre passivement des données.

[139] La mise en antémémoire est indubitablement un ajout relativement mineur aux activités de base des fournisseurs de service Internet, qui, comme la Commission l’a jugé à bon droit, ne constituent pas une violation du droit d’auteur. Par conséquent, il serait loisible à la Commission de tenir compte de ce facteur lors de la phase II de l’instruction de l’affaire du *Tarif 22* lorsqu’elle fixera le montant des redevances à verser relativement à des activités déterminées qui constituent une violation du droit d’auteur. Ainsi, si un fournisseur d’accès Internet ne met en mémoire qu’un pour cent des données auxquelles ses clients ont accès, il pourrait être tenu de verser des redevances qui tiennent compte du fait que seulement une infime fraction de l’ensemble de ses activités de communication sur Internet constitue une violation du droit d’auteur.

(iii) «ne fait que»

[140] La troisième condition à remplir pour qu’un intermédiaire puisse tomber sous le coup de l’alinéa 2.4(1)b) est que l’intéressé ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour qu’une communication ait lieu. Ainsi, si un fournisseur d’accès Internet agit de concert avec des fournisseurs de contenu ou exploite une antémémoire, les activités qu’il exerce relativement à ces communications seraient soustraites à la protection accordée par l’alinéa 2.4(1)b).

[141] The Board held that an Internet intermediary's activities are still only the means of telecommunication when they are ancillary to its provision of the necessary means of telecommunication by others, provided that these additional activities do not themselves amount to communication. Thus, operators of host servers do not lose the protection of paragraph 2.4(1)(b) by providing their normal facilities and services, such as, housing and maintaining the servers, and monitoring "hits" on particular Web pages, because these are merely ancillary to the provision of disk space and do not involve any act of communication, regardless of the limits on the definition of communication contained in that paragraph. I agree with this.

[142] In contrast, operating a cache is not within paragraph 2.4(1)(b), because, as we have seen, a cache is not necessary to enable another to communicate. In addition, when operated by an Internet access provider, a cache may also take its operator outside the protection of the paragraph because operating a cache is communicating, and the Internet access provider's activities in respect of that particular communication are no longer related only to the provision of the means of telecommunication necessary for communication by others.

Issue 3: Did the Board commit a reviewable error when it concluded on the evidence before it that, for the purpose of paragraph 2.4(1)(b), the services and equipment typically supplied by operators of host servers and Internet access providers constituted only the means of telecommunication necessary for enabling another so to communicate?

[143] SOCAN contends that the evidence before the Board indicates that the equipment and services provided by operators of host servers and Internet access

[141] La Commission a jugé qu'un intermédiaire Internet ne fait que fournir des moyens de télécommunication lorsque ces moyens sont accessoires à la fourniture par cet intermédiaire des moyens de télécommunication nécessaires à la transmission de données d'autrui, à condition que ces activités supplémentaires ne constituent pas elles-mêmes une communication. Ainsi, les exploitants de serveurs hôtes ne sont pas privés de la protection de l'alinéa 2.4(1)(b) lorsqu'ils fournissent leurs installations et services habituels, tels que l'hébergement et la maintenance des serveurs, et lorsqu'ils vérifient le nombre de «visites» d'un site Web déterminé, parce que ces activités sont simplement accessoires à la fourniture d'espace disque et qu'elles ne constituent pas une communication, indépendamment de la définition étroite que cet alinéa donne au mot «communication». J'abonde dans le sens de la Commission sur ce point.

[142] En revanche, l'exploitation d'une antémémoire ne tombe pas sous le coup de l'alinéa 2.4(1)(b), parce que, comme nous l'avons vu, il n'est pas nécessaire de recourir à une antémémoire pour permettre à un tiers de communiquer. Qui plus est, lorsqu'elle est exploitée par un fournisseur d'accès Internet, une antémémoire est également susceptible de soustraire celui qui l'exploite à la protection de cet alinéa parce qu'exploiter une antémémoire, c'est communiquer, et que les activités exercées par le fournisseur d'accès Internet relativement à cette communication déterminée ne se rapportent plus uniquement qu'à la fourniture des moyens de télécommunication nécessaires pour permettre à autrui de communiquer.

Question 3: La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant, d'après les éléments de preuve portés à sa connaissance, que, pour l'application de l'alinéa 2.4(1)(b), les services et l'équipement habituellement fournis par les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet ne constituaient que les moyens de télécommunication nécessaires pour permettre à un tiers de communiquer?

[143] La SOCAN affirme qu'il ressort des éléments de preuve dont disposait la Commission que l'équipement et les services fournis par les exploitants

providers enable them to exercise a degree of control over the content transmitted. Hence, the Board erred when it held that the equipment and services typically provided by Internet intermediaries were essentially the wires used by telephone companies for enabling telephonic communication to occur.

[144] In my opinion, there was ample evidence before the Board to justify its conclusion that operators of host servers and Internet access providers do not effectively control the content of what is transmitted, that their role is passive and that therefore their activities usually consist only of the provision of the means of telecommunication for the purpose of paragraph 2.4(1)(b), properly interpreted.

[145] For example, there was unchallenged evidence that, given current technology, it is not economically feasible to prevent the transmission of material on a server whenever it is requested: servers are programmed to transmit on-demand whatever is requested. It is true that contracts between host server operators and content providers may stipulate that particular kinds of content, such as copyright material, may not be posted on the server, and that offending material can be removed when it comes to the attention of the server operator. However, this limited kind of contractual and after-the-fact control over content is not sufficient to deprive the Board's conclusion of a rational basis.

[146] Similarly, the evidence was that, while perhaps theoretically possible, it is not practicable for Internet access providers to "read" and, in effect, to block requests from end users for copyright material, nor to screen out copyright material from being transmitted over their routers to the end user, without slowing to an unacceptable extent the transmission of data. While Internet access providers can block access to certain addresses, this is expensive and, as a method of screening out copyright music, ineffective, because the

de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet leur permettent d'exercer un certain contrôle sur le contenu de l'information transmise. La Commission aurait donc commis une erreur lorsqu'elle a jugé que l'équipement et les services habituellement fournis par les intermédiaires Internet étaient essentiellement les fils utilisés par les compagnies de téléphone pour permettre aux communications téléphoniques d'avoir lieu.

[144] À mon avis, les éléments de preuve soumis à la Commission justifiaient amplement sa conclusion que les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet ne contrôlent pas effectivement le contenu de ce qu'ils transmettent, que leur rôle est passif et que, par conséquent, leurs activités consistent habituellement uniquement à assurer les moyens de télécommunication au sens de l'alinéa 2.4(1)b), si tant est que celui-ci est interprété comme il se doit.

[145] Par exemple, suivant certains éléments de preuve non contredits, compte tenu de l'état actuel de la technologie, il n'est pas faisable sur le plan économique d'empêcher la transmission de données sur serveur chaque fois que ces données sont demandées. Les serveurs sont programmés pour transmettre sur demande l'information demandée. Il est vrai que, dans leurs contrats, les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs de contenu peuvent stipuler que certains types de données, tels que celles qui sont protégées par le droit d'auteur, ne peuvent être diffusées sur le serveur et que les fichiers répréhensibles peuvent être retirés lorsqu'ils sont portés à l'attention de l'exploitant du serveur. Cependant, ce genre de contrôle contractuel ultérieur n'est pas suffisant pour qu'on puisse prétendre que la conclusion de la Commission était dépourvue de fondement rationnel.

[146] Il ressort par ailleurs de la preuve que, les fournisseurs d'accès Internet ne peuvent, en pratique—même si, en théorie, ils pourraient y parvenir—, «lire» et, en fait, bloquer les demandes présentées par des utilisateurs finaux en vue d'obtenir des données protégées par le droit d'auteur, et qu'il ne leur est pas loisible de filtrer les données en question et d'empêcher qu'elles soient transmises par l'intermédiaire de leurs routeurs à l'utilisateur final, sans ralentir de façon inacceptable la transmission des données. Bien que les

addresses of servers storing such music can be readily changed. Further, the Internet access provider's router does not even reassemble the packets of data into which music is broken for transmission on the Internet. This operation is performed by the end user's computer.

[147] Thus, on the facts found, it was far from unreasonable (let alone patently unreasonable) for the Board to conclude that the normal activities of host server operators and Internet access providers fall within paragraph 2.4(1)(b).

[148] On the other hand, for reasons given above, the Board's conclusion that operating a cache is necessary for another person to communicate was based on an erroneous interpretation of paragraph 2.4(1)(b). This tainted the Board's conclusion that transmitting music from a cache was not communicating for the purpose of the Act: *Housen v. Nikolaisen*, *supra*, at paragraphs 33-35. On what is in my view the correct interpretation of "necessary" in paragraph 2.4(1)(b), it was not open to the Board on the evidence before it to conclude that operating a cache is necessary to enable others to communicate by telecommunication.

Issue 4: Did the Board err in failing to conclude that, in providing their core services and equipment, Internet intermediaries "authorize" the communication of material requested by end users from host servers?

[149] SOCAN submits an alternative argument in the event that the Court upholds the Board's conclusion that

fournisseurs d'accès Internet soient en mesure de bloquer l'accès à certaines adresses, cette façon d'éliminer les œuvres musicales protégées par le droit d'auteur est dispendieuse et inefficace en raison de la facilité avec laquelle on peut changer l'adresse des serveurs qui stockent ces œuvres musicales. De plus, ce n'est même pas le routeur du fournisseur d'accès Internet qui reconstitue les paquets d'informations en lesquels une œuvre musicale déterminé est découpée en vue d'être par la suite diffusée sur l'Internet. Cette opération est effectuée par l'ordinateur de l'utilisateur final.

[147] Ainsi, d'après les faits constatés, il était loin d'être déraisonnable—et à plus forte raison, loin d'être manifestement déraisonnable—de la part de la Commission de conclure que les activités habituelles des exploitants des serveurs hôtes et des fournisseurs d'accès Internet tombent sous le coup de l'alinéa 2.4(1)(b).

[148] En revanche, pour les motifs déjà exposés, la conclusion de la Commission suivant laquelle il est nécessaire de recourir à une antémémoire pour permettre à autrui de communiquer reposait sur une interprétation erronée de l'alinéa 2.4(1)(b), ce qui a influencé la conclusion de la Commission suivant laquelle la transmission de musique à partir d'une antémémoire ne constitue pas une communication au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* (*Housen c. Nikolaisen*, précité, aux paragraphes 33 à 35). Suivant ce qui constitue selon moi la bonne interprétation du mot «nécessaires» à l'alinéa 2.4(1)(b), il n'était pas loisible à la Commission, vu la preuve dont elle disposait, de conclure que l'exploitation d'une antémémoire était nécessaire pour permettre à des tiers de communiquer par télécommunication.

Question 4: La Commission a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas qu'en fournissant leurs services et leur équipement essentiels, les intermédiaires Internet «autorisent» la communication des données demandées par les utilisateurs finaux à partir de leurs serveurs hôtes?

[149] La SOCAN invoque un moyen subsidiaire pour le cas où la Cour confirmerait la conclusion de la

providing Internet access does not constitute “communication” by virtue of paragraph 2.4(1)(b). The argument is that Internet intermediaries authorize content providers to communicate copyright material from the host servers.

[150] Authorizing a communication by telecommunication is a discrete infringement under subsection 3(1) (*Compo Company Ltd. v. Blue Crest Music Inc. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at page 373). Further, paragraph 2.4(1)(b) does not apply to the act of authorizing any of the infringing acts set out in subsection 3(1), including the communication by telecommunication of a copyright work. Thus, even though the core activities of operators of servers and Internet access providers do not constitute communication by virtue of paragraph 2.4(1)(b), they may still be required to pay a royalty if they can be said to be authorizing the content provider to communicate the material.

[151] I have not found the Board’s analysis of the authorization issue easy to follow. The Board held, first, that, by posting material on the Internet, the content provider authorized its communication to end users who requested it: *supra*, at pages 455-457. This conclusion has not been challenged. Nonetheless, since the content provider has been held to communicate the material when it is requested and received by an end user, nothing is likely to turn on whether, by making the material available on the Internet, the content provider is also liable for authorizing its communication.

[152] The Board did not deal at any length with the second authorization issue: by providing the means of communication, do Internet intermediaries thereby authorize content providers to communicate the material to end users? The Board did not come to any definitive conclusion on this question, which it regarded as looking at the issue “from the wrong end of the telescope” (*supra*, at page 458), and as unimportant in

Commission que fournir l’accès à l’Internet ne constitue pas une «communication» au sens de l’alinéa 2.4(1)b). Elle fait valoir que les intermédiaires Internet autorisent les fournisseurs de contenu à communiquer des œuvres protégées par le droit d’auteur à partir des serveurs hôtes.

[150] Autoriser une communication par télécommunication constitue une violation flagrante du droit d’auteur protégé par le paragraphe 3(1) de la Loi (*Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 357, à la page 373). De plus, l’alinéa 2.4(1)b) ne s’applique pas au fait d’autoriser l’un ou l’autre des actes énumérés au paragraphe 3(1), y compris la communication par télécommunication d’une œuvre protégée par le droit d’auteur. Ainsi, même si leurs activités principales ne constituent pas une communication au sens de l’alinéa 2.4(1)b), les exploitants de serveurs et les fournisseurs d’accès Internet peuvent quand même être tenus de verser des redevances si l’on peut dire qu’ils autorisent le fournisseur de contenu à communiquer les œuvres en question.

[151] J’ai du mal à suivre l’analyse que la Commission a faite de la question de l’autorisation. La Commission a d’abord statué qu’en rendant des données disponibles sur Internet, le fournisseur de contenu en autorise la communication à l’utilisateur final qui les a demandées (décision de la Commission, précitée, aux pages 455 à 457). Cette conclusion n’a pas été contestée. Néanmoins, comme il a été jugé que le fournisseur de contenu communique les données lorsque celles-ci sont demandées et reçues par l’utilisateur final, il est sans intérêt de savoir si, en rendant les données disponibles sur l’Internet, le fournisseur de contenu est également tenu d’en autoriser la communication.

[152] La Commission ne s’est pas longuement attardée sur la seconde question relative à l’autorisation, en l’occurrence celle de savoir si, en leur fournissant les moyens de communication, les intermédiaires Internet autorisent les fournisseurs de contenu à communiquer les données aux utilisateurs finaux. La Commission n’a pas tiré de conclusion définitive sur cette question, en expliquant qu’on abordait la question par «le mauvais

light of its interpretation of paragraph 2.4(1)(b). I understand the Board's reference to "the wrong end of the telescope" to mean that it thought that the proper question was whether the content provider was authorizing the Internet intermediaries to communicate, and not *vice versa*.

[153] On the other hand, I do not understand why the Board thought that its analysis of paragraph 2.4(1)(b) made it unnecessary to consider fully whether Internet intermediaries can be said to authorize content providers to communicate. Paragraph 2.4(1)(b) does not shelter content providers, nor those who, while not themselves communicating, are authorizing others to communicate to the public. Hence, if the activities of either Internet access providers or host server operators constitute the authorization of communication by the content provider, and hence attract liability to pay a royalty, an important source of potential compensation would become available to copyright owners.

[154] Let me deal first with the position of Internet access providers. I fail to see how an Internet access provider, who typically has no contractual or economic relationship with content providers, can be said implicitly to authorize them to communicate material requested from a host server operated by another, simply as a result of providing its customers with connectivity to the Internet. As I have already noted, the evidence before the Board was that it is not feasible for Internet access providers to monitor and control in a systematic way the content of the material transmitted to their subscribers. It is clear, therefore, that it was open to the Board to conclude that, by performing their core functions, Internet access providers do not authorize content providers to communicate material from the Web site at the request of their customers, the end users.

[155] The position of the operators of host servers from which infringing material is transmitted is

bout de la lorgnette» (précitée, à la page 458), ce qui ne revêtait selon elle aucune importance compte tenu de son interprétation de l'alinéa 2.4(1)(b). Si j'ai bien compris, en parlant du «mauvais bout de la lorgnette», la Commission voulait dire qu'elle estimait que la bonne question à se poser est celle de savoir si le fournisseur de contenu autorise les intermédiaires Internet à communiquer, et non le contraire.

[153] En revanche, je ne comprends pas comment la Commission a pu croire que son analyse de l'alinéa 2.4(1)(b) la dispensait d'examiner à fond la question de savoir si l'on peut dire que les intermédiaires Internet autorisent les fournisseurs de contenu à communiquer. L'alinéa 2.4(1)(b) ne protège ni les fournisseurs de contenu ni ceux qui, sans communiquer eux-mêmes, autorisent d'autres personnes à communiquer au public. Ainsi, si les activités des fournisseurs d'accès Internet ou des exploitants de serveurs hôtes constituent une autorisation de communiquer donnée par le fournisseur de contenu, créant ainsi une obligation de verser des redevances, les titulaires de droit d'auteur auraient ainsi accès à une importante source de rémunération.

[154] Je vais d'abord examiner la situation des fournisseurs d'accès Internet. Je ne vois pas comment on pourrait prétendre qu'un fournisseur d'accès Internet, qui n'a habituellement aucun lien contractuel ou économique avec le fournisseur de contenu, autorise implicitement celui-ci à communiquer l'information demandée à un serveur hôte exploitée par un tiers, du simple fait qu'il assure à ses clients une connectivité à l'Internet. Comme je l'ai déjà fait remarquer, suivant la preuve soumise à la Commission, il n'est pas possible pour des raisons techniques pour le fournisseur d'accès Internet de surveiller et de contrôler de façon systématique le contenu qui est transmis à ses abonnés. Il était donc, de toute évidence, loisible à la Commission de conclure que, lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions essentielles, les fournisseurs d'accès Internet n'autorisent pas les fournisseurs de contenu à communiquer des données provenant du site Web à la demande de leurs clients, les utilisateurs finaux.

[155] La situation des exploitants des serveurs hôtes à partir desquels les éléments illicites sont transmis est

somewhat different, in that they do have a contractual relationship with the communicator, namely, the content provider. In addition, since the function of host servers is not to route material to the end user, but to store it, perhaps for a considerable time, speed is not so essential to their operation. Hence, the longer that material remains on the server, the greater the operator's opportunities to take it down. Accordingly, it might be thought that operators are in a position to exercise sufficient control over the use of their equipment that they may be held implicitly to authorize content providers to communicate the material stored on the servers.

[156] Nonetheless, it seems counterintuitive to conclude that a person who supplies the means to enable another to communicate material thereby authorizes, as opposed, say, to facilitates, its communication by that other person. The concept of "authorizing" implies that the person who is alleged to have authorized has the right to give any requisite permission. It is thus different from the notion of what is, in effect, vicarious liability used, for example, in the law of copyright infringement in the United States.

[157] Not surprisingly, therefore, courts have generally rejected the argument that the authorization of communication can be inferred merely from the supply of equipment that enables another to communicate or to perform a work: see, for example, *Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.); *Muzak Corporation v. Composers, Authors, and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182 (*Muzak*). The inability of the supplier of equipment to control the use to which the equipment is put indicates that the supplier is not impliedly authorizing a communication or performance of a work.

[158] Since operators of host servers only provide the passive means for others to communicate, they are not

quelque peu différente, étant donné qu'ils entretiennent des rapports contractuels avec celui qui communique les données en question, en l'occurrence le fournisseur de contenu. De plus, comme le rôle des serveurs hôtes ne consiste pas à acheminer des données jusqu'à l'utilisateur final, mais plutôt à les stocker pour une période de temps parfois considérable, la vitesse ne constitue pas un élément essentiel de leur travail. Ainsi, plus longtemps l'information demeure sur le serveur, plus fréquentes sont les occasions qui sont offertes à l'exploitant de la retirer. On pourrait donc croire que les exploitants sont en mesure d'exercer un contrôle suffisant sur l'utilisation qui est faite de leur équipement pour pouvoir être considérés comme autorisant implicitement les fournisseurs de contenu à communiquer l'information stockée sur les serveurs.

[156] Il semble toutefois illogique de conclure qu'une personne qui procure le moyen nécessaire pour permettre à une autre de communiquer des données en autorise de ce fait—par opposition à, par exemple, en faciliter—la communication à cette autre personne. Le concept d'«autorisation» suppose que la personne qui aurait accordé l'autorisation a le droit de donner toute permission nécessaire. Nous sommes donc en présence d'une notion différente de celle de la responsabilité du fait d'autrui qui est utilisée aux États-Unis dans le domaine de la violation du droit d'auteur.

[157] Comme on pouvait s'y attendre, les tribunaux ont de façon générale rejeté l'argument que l'autorisation de communiquer peut s'inférer simplement de la fourniture de l'équipement permettant à un tiers de communiquer ou d'exécuter une œuvre (voir, par exemple, *Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.); *Muzak Corporation c. Composers, Authors, and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182 (*Muzak*)). L'incapacité de celui qui fournit l'équipement de contrôler l'utilisation qui est faite de son équipement permet de penser que le fournisseur n'autorise pas implicitement la communication ou l'exécution d'une œuvre.

[158] Comme les exploitants de serveurs hôtes ne fournissent à autrui qu'un moyen passif de

in any real sense approving, consenting or claiming the right to permit content providers to communicate the material stored on their servers: *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.), at page 211; affirmed [1990] 2 S.C.R. 209. Thus, since it cannot be inferred from their activities that Internet intermediaries “sanction, approve or countenance” (*Muzak, supra*, at page 193, *per* Kellock J.) the communication of material stored by others on their servers, they normally cannot be said to authorize content providers to communicate infringing material.

[159] No doubt, a provision in the contract between the host server operator and the content provider prohibiting the posting of infringing material would help to make it clear that the operator does not “sanction, approve or countenance” the communication of copyright material. However, in my opinion, it would be unduly formalistic to conclude that, by omitting such a clause, the host server operator was authorizing the content provider to communicate material that he or she was storing on the operator’s server. It would be equally inappropriate to regard the inclusion of such a contractual provision as conclusive proof that the host server operator did not authorize the communication of copyright material.

[160] On the other hand, since host server operators can examine the content of material posted on their servers, and remove offensive material, an implicit authorization to communicate infringing material might be inferred from their failure to remove it after they have been advised of its presence on the server and had a reasonable opportunity to take it down. Thus, in *Apple Computer, supra*, at page 208, the Court quoted from *C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.), at pages 987-988, to the effect that “indifference, exhibited by acts of commission or omission may reach a degree from which authorisation

communiquer, on ne peut logiquement considérer qu’ils approuvent la communication de données, qu’ils consentent à cette communication ou qu’ils revendiquent le droit de permettre aux fournisseurs de contenus de communiquer les données stockées sur leur serveur (*Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1^{re} inst.), à la page 211; confirmé par [1990] 2 R.C.S. 209). Ainsi, comme on ne peut inférer de leurs activités que les intermédiaires Internet [TRADUCTION] «autorisent, approuvent ou tolèrent» (*Muzak*, précité, à la page 193, le juge Kellock) la communication des données stockées par d’autres personnes sur leur serveur, on ne peut normalement dire qu’ils autorisent les fournisseurs de contenu à communiquer des données qui portent atteinte au droit d’auteur.

[159] Sans doute, l’insertion, dans le contrat conclu entre l’exploitant du serveur hôte et le fournisseur de contenu, d’une stipulation interdisant la diffusion de données répréhensibles contribuerait à bien préciser que l’exploitant n’«autorise, n’approuve et ne tolère» pas la communication d’informations protégées par le droit d’auteur. J’estime toutefois qu’on ferait preuve d’un trop grand formalisme si l’on concluait qu’en omettant une telle stipulation, l’exploitant du serveur hôte autorise le fournisseur de contenu à communiquer les données qu’il a stockées sur le serveur de l’exploitant. Il serait également abusif de considérer l’insertion d’une telle disposition contractuelle comme une preuve irréfutable que l’exploitant du serveur hôte n’a pas autorisé la communication des informations protégées par le droit d’auteur.

[160] Par ailleurs, comme il est loisible aux exploitants de serveurs hôtes de prendre connaissance du contenu des données diffusées sur leur serveur et d’en retirer les éléments inconvenants, on pourrait conclure qu’ils accordent l’autorisation implicite de communiquer des données répréhensibles s’ils omettent de les supprimer après avoir été avisés de leur présence sur le serveur et après avoir eu une possibilité suffisante de les retirer. Ainsi, dans la décision *Apple Computer*, précitée, à la page 208, la Cour a cité un extrait de l’arrêt *C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.) où il est dit, aux pages 987 et

or permission may be inferred. It is a question of fact in each case”. However, the Board did not deal with these situations since SOCAN did not specifically seek to hold host server operators potentially liable to pay a royalty on such a limited basis.

[161] Whether conduct amounts to authorization is, as stated above, largely a factual question and, since the Board did not misdirect itself in law by adopting an erroneous test, its conclusion that the normal activities of the operators of host servers and of Internet access providers do not “authorize” the communication of material to the end user, including infringing material, can only be set aside on the ground of unreasonableness. In my opinion, on the evidence before the Board, it was not unreasonable for it to conclude that the normal activities of host server operators do not implicitly authorize content providers to communicate the material that they have posted on the server.

[162] I would note in this context that in some other jurisdictions, including Australia, the European Union, Japan and the United States, legislation has been enacted to shield Internet intermediaries from copyright liability in respect of material stored on their servers, unless, after receiving notice of infringing material, the operator fails to take appropriate action. Failure to remove the material may expose the host server operator to liability. See further, *Consultation Paper on Digital Copyright Issues*, (Intellectual Property Policy Branch of Industry Canada and the Copyright Policy Branch of Canadian Heritage, June 2, 2001), at pages 21-28.

988, que [TRADUCTION] «l’indifférence démontrée par des actes, de la nature d’une exécution ou d’une omission, peut être telle qu’on peut l’interpréter comme une autorisation ou une permission constitue une question de fait dans chaque cas». La Commission n’a toutefois pas examiné ces situations, étant donné que la SOCAN ne cherchait pas expressément à contraindre les exploitants de serveurs hôtes à verser des redevances sur un fondement aussi ténu.

[161] La question de savoir si un acte déterminé constitue une autorisation est, comme nous venons de le signaler, en grande partie une question de fait et, comme la Commission n’a pas commis d’erreur de droit en adoptant un critère erroné, sa conclusion que, dans le cadre de leurs activités habituelles, les exploitants des serveurs hôtes et les fournisseurs d’accès Internet n’«autorisent» pas la communication de données—y compris de données répréhensibles—à l’utilisateur final ne peut être annulée que si sa décision est déraisonnable. À mon avis, la preuve soumise à la Commission était suffisante pour la justifier de conclure de façon raisonnable que, dans le cadre de leurs activités habituelles, les exploitants de serveurs hôtes n’autorisent pas implicitement les fournisseurs de contenu à communiquer les données qu’ils ont rendues disponibles sur le serveur.

[162] Je tiens à signaler à cet égard que, dans certains pays, dont l’Australie, l’Union européenne, le Japon et les États-Unis, des mesures législatives ont été prises pour mettre les intermédiaires Internet à l’abri de toute responsabilité pour violation du droit d’auteur en ce qui concerne les données enregistrées sur leurs serveurs, à moins qu’après avoir été avisés de l’existence de données qui portent atteinte au droit d’auteur, l’exploitant ne prenne pas les mesures qui s’imposent pour les retirer. Le défaut de retirer les données en question est susceptible d’engager la responsabilité de l’exploitant du serveur hôte (voir aussi *Document de consultation sur les questions de droit d’auteur à l’ère numérique*, Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada, et Direction générale de la politique du droit d’auteur, Patrimoine canadien, 22 juin 2001, aux pages 21 à 28).

Issue 5: Did the Board err when it found that the Copyright Act generally does not apply to communications by telecommunication, including the Internet, that originate from outside Canada, because a communication occurs at the place from which the transmission originates?

[163] It is common ground that SOCAN is only entitled to a royalty in respect of copyright infringements that occur in Canada. Since the principal infringement relied on in this case is that of communicating copyright works to the public by telecommunication, the Board can only approve a royalty payable for the communications that occur in Canada. In addition, when liability can be founded on the basis of the authorization of a communication, the location of the authorization may have to be determined.

[164] In its short discussion of the location issue (*supra*, at page 459), the Board relied on *Canadian Assn. of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (F.C.A.) (*CAB* (1994)) as authority for the proposition that a communication occurs only at the place where the transmission originates. The *CAB* (1994) case arose from a royalty hearing in respect of the performance of music in public by television broadcasters.

[165] On the basis of this case, the Board stated that an Internet communication occurs in Canada if it originates from a server in Canada. Thus, a content provider is subject to a royalty approved by the Board if, but only if, the content is posted on a server located in Canada.

[166] The Board also held that content providers require licences from SOCAN for authorizing the communication of a musical work when they post it on a host server in Canada, but not otherwise. However, as

Question 5: La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que la Loi sur le droit d'auteur ne s'applique pas en règle générale aux communications par télécommunication, notamment par Internet, qui proviennent de l'extérieur du Canada, parce qu'une communication se produit au lieu d'où provient la transmission?

[163] Il est acquis aux débats que la SOCAN n'a droit à une redevance que pour les violations de son droit d'auteur qui se produisent au Canada. Étant donné que la principale violation du droit d'auteur invoquée en l'espèce est celle de communiquer des œuvres protégées par le droit d'auteur au public par télécommunication, la Commission peut seulement homologuer une redevance payable pour les communications qui ont lieu au Canada. En outre, lorsque la responsabilité peut être imputée à une autorisation de communiquer, il se peut qu'on doive établir à quel endroit cette autorisation a été donnée.

[164] Dans sa brève analyse de la question du lieu de la violation du droit d'auteur (à la page 459), la Commission s'est appuyée sur l'arrêt *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (C.A.F.) (*ACR* (1994)), pour affirmer qu'une communication ne se produit qu'à l'endroit d'où provient la transmission. L'affaire *ACR* (1994) faisait suite à une audience en fixation de redevances pour l'exécution en public d'œuvres musicales par des télédiffuseurs.

[165] S'appuyant sur cette décision, la Commission a affirmé qu'une communication sur l'Internet a lieu au Canada si elle provient d'un serveur situé au Canada. Ainsi, le fournisseur de contenu est assujéti au paiement de la redevance homologuée par la Commission si— mais seulement si—, il rend disponible du contenu sur un serveur situé au Canada.

[166] La Commission a également statué que le fournisseur de contenu doit obtenir une licence de la SOCAN pour autoriser la communication d'une œuvre musicale lorsqu'il l'a rend disponible sur un serveur

I have already indicated, a content provider can only be liable for authorizing communication when the person authorized is engaged in activities that can amount in law to communication. Because of paragraph 2.4(1)(b), the activities in question do not include the core activities of Internet access providers or operators of host servers.

[167] In addition, the Board held that, when infringing material is stored on an original host server outside Canada, its transmission from a mirror site in Canada may also attract liability to pay a royalty approved by the Board. Similarly, if a hyperlink is inserted in a Web page posted on a server outside Canada which takes the end user to a site on a server located in Canada, a transmission from that linked site is a communication in Canada. Conversely, it presumably follows from the Board's reasoning that, if the original site is in Canada, and the linked site is not, a transmission from the linked site would not be a communication in Canada.

[168] On the other hand, the Board concluded that the operation of a cache by an Internet access provider is irrelevant to the location of a communication, which continues to depend on the location of the original host server or of a mirror site. Unlike a mirror site, a cache can be operated without the knowledge or consent of the content provider, although the content provider can prevent caching by inserting the appropriate data in the Web page. Consequently, the Board reasoned, when material posted on a Web page on a host server outside Canada is temporarily stored on a cache located in Canada, the content provider has not thereby authorized its communication in Canada. Moreover, when material requested by an end user from a Web site located on an out-of-Canada host server is transmitted from a cache in Canada, it is not communicated in Canada and cannot be made subject to a royalty payable to SOCAN.

hôte situé au Canada, mais pas autrement. Cependant, comme je l'ai déjà expliqué, le fournisseur de contenu ne peut être tenu responsable d'avoir autorisé la communication que lorsque la personne qui a reçu cette autorisation se livre à des activités qui peuvent équivaloir en droit à une communication. À cause de l'alinéa 2.4(1)b), les activités en question ne comprennent pas les activités principales des fournisseurs d'accès Internet ou des exploitants de serveurs hôtes.

[167] La Commission a en outre conclu que, lorsque des informations qui violent le droit d'auteur sont stockées sur un serveur hôte d'origine situé à l'extérieur du Canada, leur transmission à partir d'un site miroir situé au Canada peut également engendrer l'obligation de verser des redevances approuvées par la Commission. Il en va de même dans le cas de l'hyperlien qui est intégré sur une page Web diffusée par un serveur situé à l'extérieur du Canada qui dirige l'utilisateur final vers le site d'un serveur situé au Canada. La transmission provenant de ce site chaîné constitue une communication au Canada. Inversement, le raisonnement suivi par la Commission permet selon toute vraisemblance de conclure que, si le site d'origine se trouve au Canada et que le site chaîné est situé à l'étranger, une transmission effectuée à partir du site chaîné ne constituerait pas une communication au Canada.

[168] La Commission a par ailleurs conclu que l'exploitation d'une antémémoire par un fournisseur d'accès Internet n'a rien à voir avec la provenance d'une communication, qui dépend dans tous les cas de l'emplacement du serveur hôte d'origine ou du site miroir. À la différence d'un site miroir, une antémémoire peut être utilisée à l'insu du fournisseur de contenu ou sans son consentement, mais le fournisseur de contenu peut empêcher la mise en antémémoire en insérant les données appropriées sur la page Web. La Commission a expliqué qu'en conséquence, lorsque des données publiées sur une page Web d'un serveur hôte situé à l'extérieur du Canada sont temporairement stockées sur une antémémoire située au Canada, le fournisseur de contenu n'en a pas de ce fait autorisé leur communication au Canada. De plus, lorsque l'information demandée par un utilisateur final à partir

[169] The Board qualified its conclusion in one respect. It left open the possibility (*supra*, at page 460) that content stored on a host server outside Canada might be found to be communicated in Canada if the material was aimed specifically at end users in Canada. However, there was no evidence before the Board of the existence of such situations.

[170] In my opinion, in ruling that a communication by telecommunication occurs at the place from which the transmission originates, the Board was determining a general question of law that was not confined to the facts of the case before it and, hence, its ruling is reviewable in this Court on a standard of correctness.

[171] The Board was also deciding a general question of law when it held that the principle that a communication occurs at the place of transmission locates a communication on the Internet at the site of the host server where the communicated material is stored. In so ruling, the Board was clearly purporting to decide an issue that was not confined to the evidence before it in this particular case. As with other general questions of law decided by the Board, the applicable standard of review is correctness.

[172] As I have already indicated, the Board relied solely on the decision in *CAB* (1994), *supra*, a case concerning television broadcasters, for the proposition that communications by telecommunication occur at the place of origin of the transmission. However, in my opinion, this case does not support the Board's conclusion.

[173] First, *CAB* (1994), *supra*, involved a ruling by the Board that a performance occurs at the time of its

d'un site Web situé sur un serveur hôte se trouvant à l'extérieur du Canada est transmise à partir d'une antémémoire située au Canada, cette information n'est pas communiquée au Canada et elle ne saurait donner lieu au versement de redevances à la SOCAN.

[169] La Commission a toutefois exprimé une réserve. Elle a en effet déclaré (à la page 460) que la question de savoir si le contenu stocké sur un serveur hôte situé à l'extérieur du Canada dans le but d'être communiqué expressément à des destinataires situés au Canada constitue une communication au Canada demeurerait ouverte. La Commission ne disposait toutefois d'aucun élément de preuve permettant de conclure à l'existence de pareilles situations.

[170] À mon avis, en statuant qu'une communication par télécommunication se produit au lieu d'où provient la transmission, la Commission se prononçait sur une question de droit générale qui ne se limitait pas aux faits de l'affaire dont elle était saisie et, partant, notre Cour peut procéder au contrôle judiciaire de sa décision en fonction de la norme de la décision correcte.

[171] La Commission s'est également prononcée sur une question de droit générale lorsqu'elle a déclaré que le principe qu'une communication se produit au lieu de sa transmission fait en sorte que la communication sur l'Internet a lieu sur le site Web du serveur hôte où les données communiquées sont stockées. En tirant cette conclusion, la Commission prétendait de toute évidence trancher une question qui ne se limitait pas aux éléments de preuve qui avaient été portés à sa connaissance dans ce cas particulier. Comme pour les autres questions générales de droit tranchées par la Commission, la norme de contrôle applicable en l'occurrence est celle de la décision correcte.

[172] Ainsi que je l'ai déjà signalé, le seul précédent que la Commission a cité au soutien de la proposition que les communications par télécommunication se produisent à l'endroit d'où provient la transmission est l'arrêt *ACR* (1994), précité, qui portait sur des télédiffuseurs. J'estime toutefois que cet arrêt n'appuie pas la conclusion de la Commission.

[173] Tout d'abord, dans l'affaire *ACR* (1994), la Commission avait jugé que l'exécution en public d'une

transmission, irrespective of whether and when viewers watch it. In the case at bar, the question concerns the location of the communication, not its timing. This is an issue that the Court in *CAB* (1994), *supra*, simply does not address. Whether *CAB* (1994), *supra*, should be regarded as inferentially determining the location of an Internet communication can only be decided after a more extensive consideration of the underlying question in dispute.

[174] Second, a performance, with which *CAB* (1994), *supra*, was concerned, is not necessarily the same as a communication, which is the act at issue in the case at bar. In *Tariff 22*, the Board reasoned (*supra*, at page 449) that, just as a performance can exist even when no one watches it, so a communication on the Internet can occur even if the recipient does not see or hear it. This may be true in the sense that, even when end users receive data in a form that requires them to open the file to listen to the music after downloading it onto their hard drive, the music is still communicated when it is received on the computer of the end user who requested its transmission, whether or not it is in fact ever heard.

[175] In my opinion, however, the very notion of communication requires a communicator and an intended recipient, in this context, the end user who has requested and received the material on her or his computer. As McIntyre J. said in *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976, at page 995: “A communication involves the passing of thoughts, ideas, words or information from one person to another.” In contrast, a performance does not necessarily imply an audience separate from the performers; the performance of music purely for the pleasure of the performer is a very familiar idea.

œuvre a lieu lors de sa transmission, peu importe qu’il y ait ou non quelqu’un qui regarde l’émission et indépendamment du moment où quelqu’un regarde l’émission. Dans le cas qui nous occupe, le débat tourne autour du lieu de la communication, et non du moment où elle se produit. C’est une question que la Cour n’a tout simplement pas abordée dans l’arrêt *ACR* (1994), précité. La question de savoir s’il y a lieu de considérer que, dans l’arrêt *ACR* (1994), précité, la Cour s’est indirectement prononcée sur le lieu où se produit une communication Internet ne peut être tranchée qu’après un examen plus approfondi de la question fondamentale en litige.

[174] En second lieu, une exécution, notion sur laquelle portait l’affaire *ACR* (1994), précitée, n’est pas nécessairement la même chose qu’une communication, qui est l’activité sur laquelle tout le débat porte en l’espèce. Dans l’affaire du *Tarif 22*, la Commission a expliqué (précitée, à la page 449) que, tout comme une exécution peut exister même s’il n’y a personne pour la regarder, de même une communication peut avoir lieu sur l’Internet même si le destinataire ne la voit pas ou ne l’entend pas. Cette explication n’est pas fautive, en ce sens que même lorsque les utilisateurs finaux reçoivent des données sous une forme qui les oblige à ouvrir le fichier pour écouter une œuvre musicale après l’avoir téléchargée sur leur disque dur, l’œuvre musicale en question est communiquée lorsque l’utilisateur final qui en a demandé la transmission la reçoit dans son ordinateur, qu’il l’écoute ou non par la suite.

[175] J’estime toutefois que la notion même de communication exige la présence d’une personne qui communique et d’un destinataire éventuel, c’est-à-dire, dans le cas qui nous occupe, l’utilisateur final qui a demandé et a reçu les données dans son ordinateur. Ainsi que le juge McIntyre l’a déclaré dans l’arrêt *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976, à la page 995: «Une communication comprend la transmission de pensées, d’idées, de mots ou de renseignements d’une personne à l’autre». Par contraste, une exécution ne suppose pas nécessairement un auditoire distinct de ceux qui exécutent l’œuvre. L’exécution d’une œuvre musicale pour le seul plaisir de celui qui l’exécute n’a rien d’inusité.

[176] Thus, apart from the absence of authority supporting the Board's conclusion, these considerations strongly suggest that the location of the communication should not be determined solely by that of the host server, especially since, as the Board itself found, the Internet communications under consideration here are only ever effected at the request of the end user.

[177] In addition, a test that determines the location of an Internet communication without regard to the fact that the end user of copyright material is in Canada would seem inconsistent with one reason why the *Copyright Act* protects copyright owners from infringements in Canada, namely, the protection of the economic value of authors' works in the Canadian market. This is because an end user in Canada who receives copyright music over the Internet may be less likely to purchase a recorded copy of it. Hence, since no infringement occurs in Canada if the server is not in Canada, the Board's decision provides SOCAN's members with relatively little by way of compensation for a potential loss of music sales in the Canadian market as a result of the receipt in Canada of copyright music on the Internet.

[178] For these reasons, I am not prepared to infer from the decision in *CAB* (1994), *supra*, the principle that an Internet communication occurs only at the location of the server on which the infringing material is stored.

[179] The Board's conclusion that an Internet communication only occurs at the location of the host server does not necessarily deny Canadian composers a royalty in respect of music transmitted to an end user in Canada from a server located in, for example, the United States. This is because SOCAN has reciprocal arrangements with sister organizations in the United States, and other countries, with which it can agree on an allocation of royalties with respect to cross-border Internet transmissions.

[176] Ainsi, outre le fait qu'il n'existe pas de précédent qui appuie la conclusion de la Commission, ces considérations donnent fortement à penser que le lieu de la communication ne devrait pas être déterminé exclusivement en fonction de l'emplacement du serveur hôte, d'autant plus que, comme la Commission l'a elle-même constaté, les communications Internet en l'espèce ne se produisent qu'à la demande de l'utilisateur final.

[177] De plus, un critère qui fixerait le lieu où se produit une communication Internet sans égard au fait que l'utilisateur final de données protégées par le droit d'auteur se trouve lui-même au Canada semblerait contredire un des motifs pour lesquels la *Loi sur le droit d'auteur* protège les titulaires du droit d'auteur contre la violation de leurs droits au Canada, en l'occurrence la protection de la valeur économique des œuvres des auteurs sur le marché canadien. Cela tient au fait que l'utilisateur final canadien qui reçoit de la musique protégée par le droit d'auteur sur l'Internet serait peut-être moins porté à en acheter une copie enregistrée. Ainsi, comme il n'y a pas violation du droit d'auteur au Canada lorsque le serveur ne se trouve pas au Canada, la décision de la Commission offre aux membres de la SOCAN une indemnité relativement limitée en cas de pertes de vente d'œuvres musicales sur le marché canadien par suite de la réception sur Internet au Canada d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur.

[178] Pour ces motifs, je ne suis pas disposé à inférer de l'arrêt *ACR* (1994), précité, le principe qu'une communication Internet ne se produit qu'au lieu où se trouve le serveur sur lequel les données qui portent atteinte au droit d'auteur sont stockées.

[179] La conclusion de la Commission suivant laquelle une communication Internet ne se produit qu'au lieu où se trouve le serveur hôte n'a pas nécessairement pour effet de nier aux compositeurs canadiens le droit à des redevances pour les œuvres musicales transmises à un utilisateur final résidant au Canada à partir d'un serveur situé, par exemple, aux États-Unis. Cela s'explique par le fait que la SOCAN a conclu des ententes réciproques avec des organismes apparentés qui se trouvent à l'étranger, et notamment aux États-Unis, avec lesquels elle peut convenir de la fixation de

[180] However, the Board's decision may have the effect of denying a royalty to the owners of other intellectual property rights. For example, the rights of performers and of sound recording makers are recognized in Canada, but not universally. On the Board's theory of the location of Internet communications, these persons would be deprived of a right to a royalty in respect of music posted on servers located in a jurisdiction that does not recognize their intellectual property rights. In the absence of any universally agreed basis or mechanism for the collection and distribution of royalties for music internationally transmitted on the Internet, any test adopted in one country may potentially lead to the imposition of either double royalties or no royalty.

[181] Indeed, the Board itself recognized the potential double royalty problem when it said (*supra*, at page 466, note 53) that a communication originating in Canada, and thus, on the Board's analysis, subject to a royalty in Canada, may also constitute an infringement of the exclusive communication right in the jurisdiction where it is received. Moreover, if music is posted on a server located in a jurisdiction that does not provide copyright protection, then, on the test adopted by the Board for locating Internet communications, a royalty would not be payable anywhere in respect of music transmitted to end users in Canada. Ultimately, the satisfactory resolution of these transborder problems will require supranational solutions at either government or industry levels, or both.

[182] Parliament may find it necessary to amend the *Copyright Act* to make express provision to deal with this and other particular copyright problems raised by the Internet, as it has done in the past in response to other technological advances, commercial developments

certaines redevances relativement aux transmissions transfrontalières Internet.

[180] La décision de la Commission risque cependant d'avoir pour effet de nier le droit à des redevances aux titulaires de droits en matière de propriété intellectuelle. Par exemple, les droits des interprètes et des producteurs d'enregistrements sonores sont reconnus au Canada, mais pas universellement. Suivant la théorie élaborée par la Commission au sujet du lieu des communications Internet, ces personnes seraient privées du droit de recevoir des redevances relativement aux œuvres musicales diffusées sur des serveurs situés dans un pays qui ne reconnaît pas leurs droits en matière de propriété intellectuelle. Faute de moyen ou de mécanisme universellement reconnu en ce qui concerne la perception et la répartition des redevances sur les œuvres musicales transmises à l'échelle planétaire sur Internet, tout critère adopté dans un pays risque de conduire à l'imposition de doubles redevances ou d'aucune redevance.

[181] La Commission a d'ailleurs elle-même reconnu le risque de double imposition de redevances lorsqu'elle a dit (à la page 466, note 53) qu'une communication qui provient du Canada—et qui, suivant l'analyse de la Commission, donne lieu au versement d'une redevance au Canada—peut également constituer une violation du droit de communication exclusive dans le pays où elle est reçue. De plus, si des œuvres musicales sont diffusées sur un serveur situé dans un pays qui n'accorde aucune protection en matière de droit d'auteur, suivant le critère adopté par la Commission pour localiser les communications sur l'Internet, aucune redevance ne serait payable nulle part pour les œuvres transmises à des utilisateurs finaux situés au Canada. En fin de compte, pour résoudre de façon satisfaisante ces problèmes transfrontaliers, il faudra que les gouvernements ou l'industrie, ou les deux, trouvent des solutions transnationales qui dépassent les frontières des États.

[182] Le législateur jugera peut-être nécessaire de modifier la *Loi sur le droit d'auteur* pour y insérer une disposition traitant expressément de ce problème et d'autres problèmes de droit d'auteur que soulève l'avènement de l'Internet, comme il l'a fait dans le passé

and international agreements, such as cable and satellite television, the sale of blank tapes and compact discs, and the North American Free Trade Agreement [*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*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2]].

[183] Indeed, active consideration is already being given by the Government to the implications for domestic copyright law of two important treaties concluded in 1996 by the World Intellectual Property Organization, the *WIPO Copyright Treaty* [adopted in Geneva on December 20, 1996] (WCT) and the *WIPO Performances and Phonograms Treaty* [adopted in Geneva on December 20, 1996] (WPPT), which, among other things, deal with copyright and related issues arising from networked technologies: see, for example, *Consultation Paper on Digital Copyright Issues, supra*. Legislative reforms of copyright law to implement provisions in these treaties have already been enacted in the United States (*Digital Millennium Copyright Act* [17 U.S.C. § 512 (1998)]), in Australia (*Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000* [No. 110, 2000]) and in the European Union (Directive 2001/29/EC).

[184] Meanwhile, in the absence of any directly relevant judicial authority or statutory provisions, or of much guidance from the Board on an issue that was apparently not of paramount importance when it was considering Tariff 22, the Court must undertake its own analysis and fashion as best it can a rule that has regard to the policy of the *Copyright Act* and other legal contexts raising somewhat analogous issues.

[185] As already indicated, the principal infringing activity in this case is communication by the content provider, copyright material is not communicated until

en réponse à d'autres progrès technologiques, innovations commerciales et ententes internationales, telles que la télévision par câble ou par satellite, la vente de bandes vierges et de disques compacts et l'Accord de libre-échange nord-américain [*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*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2]].

[183] D'ailleurs, le gouvernement a commencé à examiner sérieusement certaines des répercussions en droit interne de deux importants traités sur le droit d'auteur qui ont été conclus en 1996 par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, à savoir le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* [adopté à Genève le 20 décembre 1996] (WCT) et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* [adopté à Genève le 20 décembre 1996] (WPPT). Ces traités abordent de nombreuses questions liées au droit d'auteur et aux droits connexes, et renferment des dispositions spéciales visant à répondre aux défis posés par les technologies de réseaux dans le domaine du droit d'auteur (voir *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*, précité). Des réformes législatives des règles de droit relatives au droit d'auteur ont déjà été adoptés aux États-Unis (*Digital Millennium Copyright Act* [17 U.S.C. § 512 (1998)]), en Australie (*Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000* [No. 110, 2000]) et au sein de l'Union européenne (Directive 2001/29/CE).

[184] Dans l'intervalle, faute de décision juridictionnelle ou de disposition législative portant directement sur la question et en l'absence de balises nettement définies de la Commission sur une question qui ne revêtait pas une importance capitale lorsqu'elle a statué sur le tarif 22, la Cour doit se livrer à sa propre analyse et élaborer de son mieux un principe qui tienne compte de l'esprit de la *Loi sur le droit d'auteur* et d'autres contextes juridiques qui soulèvent des questions quelque peu analogues.

[185] Ainsi que je l'ai déjà précisé, la principale activité qui constitue une violation du droit d'auteur en l'espèce est la communication d'information par le

it is received on the end user's computer, and the location of the host server cannot alone determine where the communication occurs. The question remains: what test for locating the communications under consideration here would be most consistent with the policy of the *Copyright Act* and other legal principles?

[186] In my view, a royalty may be made payable in Canada in respect of communications by telecommunication that have a real and substantial connection with Canada. I would also apply the real and substantial connection test to locating the infringing activity of authorizing a communication that occurs when a content provider posts copyright material on a host server.

[187] A real and substantial connection test is also used in other legal contexts to decide questions involving more than one jurisdiction. For example, it is used to determine whether a court has and will exercise jurisdiction to adjudicate a claim arising from a tort that has foreign elements: *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077.

[188] Thus, in *Braintech, Inc. v. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46 (B.C.C.A.), the Court refused to enforce the judgment of a Texas court awarding damages in respect of information posted on an Internet bulletin board, in the absence of evidence of a real and substantial connection between the action and Texas. In particular, the Court noted that there was no evidence that anyone in Texas had seen the offending material. Similarly, in *Gutnick v. Dow Jones & Co. Inc.*, [2001] V.S.C. 305 (Sup. Ct. Vic.), the Supreme Court of Victoria applied a real and substantial connection test to conclude that it was the appropriate forum for deciding a defamation action in respect of material uploaded onto the defendant's server in New Jersey and downloaded by end users in Victoria.

fournisseur de contenu. Or, les données protégées par le droit d'auteur ne sont communiquées que lorsque l'utilisateur final les reçoit dans son ordinateur, et l'emplacement du serveur hôte ne suffit pas à lui seul à déterminer le lieu où la communication se produit. La question demeure la même: quel critère serait le plus compatible avec l'esprit de la *Loi sur le droit d'auteur* et d'autres principes juridiques pour déterminer le lieu où se produit la communication?

[186] À mon avis, le versement d'une redevance peut être exigé au Canada à l'égard de communications par télécommunication qui ont un rattachement réel et important avec le Canada. J'appliquerais aussi le critère de rattachement réel et important au repérage de l'activité illicite consistant à autoriser la communication qui se produit lorsqu'un fournisseur de contenu rend disponibles sur un serveur hôte des éléments qui sont protégés par le droit d'auteur.

[187] On utilise aussi un critère de rattachement réel et important dans d'autres contextes juridiques pour trancher des questions mettant en présence plusieurs pays. Ce critère est par exemple utilisé pour déterminer si un tribunal peut connaître d'une demande découlant d'un délit qui comporte des éléments étrangers et s'il exercera cette compétence (*Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077).

[188] Ainsi, dans l'arrêt *Braintech, Inc. c. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46 (C.A. C.-B.), la Cour a refusé d'exécuter le jugement d'un tribunal du Texas qui avait accordé des dommages-intérêts relativement à des renseignements publiés sur un babillard électronique, en l'absence d'éléments de preuve permettant de conclure à l'existence de liens réels et importants entre l'action en justice et le Texas. La Cour a notamment fait remarquer que la preuve ne permettait pas de penser que les informations qui portaient atteinte au droit d'auteur avaient été consultées par qui que ce soit au Texas. De même, dans l'arrêt *Gutnick c. Dow Jones & Co. Inc.*, [2001] V.S.C. 305 (Cour sup. Vic.), la Cour suprême de Victoria a appliqué un critère de rattachement réel et important pour conclure qu'elle était la juridiction compétente pour statuer sur une action en diffamation

portant sur des données que la défenderesse avait téléchargées sur son serveur au New Jersey et qui avaient ensuite été téléchargées par des utilisateurs finaux à Victoria.

[189] In addition, the test was used in *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 266 A.R. 142 (C.A.), where the statement of claim alleged, among other things, that the defendants' transmissions from the United States that reached Canada breached the plaintiff's copyright. Service on the out-of-country defendants was permitted, on the ground that the plaintiff's action had a sufficiently real and substantial connection with Alberta to justify the Court in asserting jurisdiction over the defendants.

[189] Ce critère a également été utilisé dans l'affaire *WIC Premium Television Ltd. c. General Instrument Corp.* (2000), 266 A.R. 142 (C.A.), dans laquelle la demanderesse affirmait notamment dans sa déclaration que les transmissions effectuées par les défendeurs depuis les États-Unis et qui parvenaient au Canada portaient atteinte au droit d'auteur de la demanderesse. La Cour a permis à la demanderesse de signifier sa déclaration aux défendeurs situés à l'étranger au motif que l'action de la demanderesse comportait des liens suffisamment réels et importants avec l'Alberta pour la justifier d'exercer sa compétence sur les défendeurs.

[190] A real and substantial connection test has been used to determine if a criminal transaction falls within Canada's territorial jurisdiction: see, for example, in *R. v. Libman*, [1985] 2 S.C.R. 178. And, in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, a "real and substantial connection to Canada" test was applied to determine whether the Canadian Human Rights Commission had jurisdiction when a recorded message on a telephone number in Canada referred callers to a New York number where an alleged hate message could be heard.

[190] Un critère de rattachement réel et important a été utilisé pour décider si une opération criminelle ressortissait à la compétence territoriale du Canada (*R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178). Par ailleurs, dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, la Cour suprême du Canada a appliqué un critère de «lien réel et important avec le Canada» pour décider si la Commission canadienne des droits de la personne était compétente pour statuer sur une affaire dans laquelle un message enregistré au Canada invitait les personnes qui appelaient à composer un numéro de téléphone de New York où des messages présumément haineux pouvaient être entendus.

[191] In my opinion, therefore, the Copyright Board erred in law when it ignored all connecting factors other than the location of the host server for the purpose of identifying communications that occur in Canada and can therefore attract liability to pay a royalty to SOCAN. No doubt some latitude should be given to the Board to determine, case-by-case, how to apply the real and substantial connection test. The most important connecting factors will, I assume, normally be the location of the content provider, the end user and the intermediaries, in particular the host server. However, such a connection will surely exist when each of the end nodes, namely the content provider, the communicator

[191] J'estime donc que la Commission du droit d'auteur a commis une erreur de droit en ignorant tous les facteurs de rattachement autres que celui de l'emplacement du serveur hôte pour déterminer quelles communications ont lieu au Canada et sont par conséquent susceptibles d'engendrer l'obligation de verser des redevances à la SOCAN. Il convient sans doute d'accorder une certaine latitude à la Commission pour lui permettre de décider, au cas par cas, comment il convient d'appliquer le critère des liens réels et importants. J'imagine que, normalement, les facteurs de rattachement les plus importants seront la situation du fournisseur de contenu, de l'utilisateur final et des

of the material, and the end user, is in Canada.

[192] Indeed, I would go further and say that, since the policy of the Act is to protect copyright in the Canadian market, the location of the end user is a particularly important factor in determining if an Internet communication has a real and substantial connection with Canada. On the other hand, in the absence of an end user, the location of the server will be a weightier factor in determining whether the authorization of a communication has a real and substantial connection with Canada. The real and substantial connection test is also applicable to communication from caches and hyperlinks; the location of a cache or a linked site from which material is transmitted will provide an additional potentially connecting factor.

F. CONCLUSIONS

[193] For these reasons, I would dismiss the application, except with respect to those parts of the Board's decision holding that transmission from a cache is protected by paragraph 2.4(1)(b) and that a communication by telecommunication occurs in Canada if, but only if, the communication originates from a host server in Canada. I would set aside those parts of the decision of the Board and direct the Board to act in accordance with these reasons when setting royalties in Phase II of *Tariff 22*.

[194] In view of the novelty, difficulty and public importance of the issues raised in this application, as well as the parties' divided success, I would not award any costs.

Linden J.A.: I agree.

* * *

intermédiaires, et en particulier le lieu où se trouve le serveur hôte. Toutefois, un tel lien existera sûrement lorsque chacun des nœuds terminaux, à savoir le fournisseur de contenu, celui qui communique les données et l'utilisateur final se trouvent tous au Canada.

[192] En fait, j'irais jusqu'à dire que, comme la Loi a pour objet de protéger le droit d'auteur sur le marché canadien, le lieu où se trouve l'utilisateur final revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de décider si une communication Internet a des liens réels et importants avec le Canada. En revanche, en l'absence d'utilisateur final, l'emplacement du serveur constituera un facteur qui aura plus de poids pour déterminer si l'autorisation d'une communication comporte des liens réels et importants avec le Canada. Le critère de l'existence de liens réels et importants s'applique aussi aux communications à partir d'antémémoires et d'hyperliens. L'emplacement de l'antémémoire ou du site chaîné à partir duquel sont transmises les données est susceptible de constituer un facteur de rattachement supplémentaire.

F. CONCLUSIONS

[193] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la demande, sauf en ce qui concerne les passages de sa décision dans laquelle la Commission a jugé que la transmission de données à partir d'une antémémoire est protégée par l'alinéa 2.4(1)b) et qu'une communication par télécommunication ne se produit au Canada que si elle provient d'un serveur hôte situé au Canada. Je suis d'avis d'annuler ces passages de la décision de la Commission et d'ordonner à la Commission d'agir en conformité avec les présents motifs lorsqu'elle fixera les redevances au cours de la phase II de l'affaire du *Tarif 22*.

[194] Compte tenu de la nouveauté, de la complexité et de l'importance publique des questions soulevées par la présente demande et vu le fait que les parties ont chacune obtenu en partie gain de cause, je n'adjugerais aucuns dépens.

Le juge Linden, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[195] SHARLOW J.A. (dissenting in part): I agree with the reasons of my learned colleague Evans J.A., except on the meaning of “necessary” in paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*. I reproduce that provision for ease of reference:

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

...

(b) a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public; . . .

[196] According to the evidence before the Board, the capacity of the Internet is vast but not unlimited. The function of caching is to enhance the speed and efficiency of Internet communications. Thus, caching improves Internet communications, even if there are particular Internet communications that occur without caching because of a choice made by the originator or the recipient. Based on that evidence, the Board characterized caching as an activity that is ancillary to Internet communication, and concluded that an Internet intermediary whose only activity is to provide caching is entitled to the protection of paragraph 2.4(1)(b). In my view, that conclusion is correct.

[197] The word “necessary” in legislation that is intended to describe the technology of communication must be interpreted with enough flexibility to recognize incremental technological improvements. It seems to me that in the context of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*, something should be considered necessary for communication if it makes communication practicable or more practicable, which is the meaning that the Board has implicitly adopted. To insist, as Evans J.A. does in paragraph 135 of his reasons, that

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

[195] LE JUGE SHARLOW, J.C.A. (dissidente en partie): Je souscris aux motifs de mon collègue le juge Evans, sauf en ce qui concerne le sens du mot «nécessaires» à l’alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Je reproduis cette disposition par souci de commodité:

2.4 (1) Les règles qui suivent s’appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication:

[. . .]

b) n’effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l’effectue;

[196] Il ressort de la preuve soumise à la Commission que les capacités de l’Internet sont vastes mais pas illimitées. La mise en antémémoire vise à augmenter la vitesse et à améliorer l’efficacité des communications sur Internet. Ainsi, la mise en antémémoire améliore les communications Internet, même s’il y a certaines communications Internet qui se produisent sans qu’il y ait mise en antémémoire parce qu’un choix est effectué par l’expéditeur ou le destinataire. Sur le fondement de ces éléments de preuve, la Commission a qualifié la mise en antémémoire d’activité accessoire aux communications Internet et elle a conclu qu’un intermédiaire Internet dont la seule activité consiste à assurer la mise en antémémoire a droit à la protection de l’alinéa 2.4(1)b). À mon avis, cette conclusion est bien fondée.

[197] Il faut interpréter le mot «nécessaires» que le législateur a inséré dans la *Loi* pour qualifier la technologie utilisée pour la communication avec suffisamment de souplesse pour reconnaître les progrès technologiques constants en la matière. Il me semble que, dans le contexte de l’alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d’auteur*, quelque chose devrait être considéré nécessaire à la communication si elle rend cette communication réalisable ou plus pratique, ce qui correspond à l’interprétation que la Commission a

something is necessary for a communication only if it is something without which the communication probably would not occur, is to set the bar too high.

implicitement donnée à ce terme. En insistant pour dire, comme le juge Evans le fait au paragraphe 135 de ses motifs, qu'un dispositif est nécessaire pour qu'une communication ait lieu uniquement si, sans ce dispositif, la communication sur Internet n'aurait pas lieu, on place la barre trop haute.