

2020 FCA 100
A-267-17

2020 CAF 100
A-267-17

Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada (*Applicants*)

Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement (*demandereses*)

v.

c.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Apple Inc., Apple Canada Inc., Artisti, Bell Canada, Canadian Association of Broadcasters, Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio-Canada, Canadian Copyright Licensing Agency O/A Access Copyright, Canadian Media Producers Association, CMRRA-SODRAC Inc., Canadian Retransmission Collective, Cineplex Entertainment LP, Google, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, National Campus and Community Radio Association/L'alliance des radios communautaires, Pandora Media Inc., Prof. Ariel Katz, Province of British Columbia, Quebec Collective Society for the Rights of Makers of Sound and Video Recordings, Quebecor Media Inc., Re:Sound Music Licensing Company, Retail Council of Canada, Rogers Communications, Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société des auteurs et compositeurs dramatiques, la Société civile des auteurs multimedia, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction and Yahoo! Canada (*Respondents*)

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Apple Inc., Apple Canada Inc., Artisti, Association canadienne des radiodiffuseurs, L'alliance des radios communautaires/National Campus and Community Radio Association, Bell Canada, Canadian Copyright Licensing Agency S/N Access Copyright, Canadian Media Producers Association, Cineplex Divertissement LP, CMRRA-SODRAC Inc., Conseil canadien du commerce de détail, Google, Ariel Katz, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, Pandora Media Inc., Province de la Colombie-Britannique, Québecor Média Inc., Ré:Sonne – Société de gestion de la musique, Rogers Communications Inc., Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société civile des auteurs multimédia, Société collective de retransmission du Canada, Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Société des auteurs et compositeurs dramatiques, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction, Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation et Yahoo! Canada (*défendeurs*)

A-270-17

A-270-17

Apple Inc. and Apple Canada Inc. (*Applicants*)

Apple Inc. et Apple Canada Inc. (*demandereses*)

v.

c.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Artisti, Bell Canada, Canadian Associations of Broadcasters, Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio-Canada, Canadian Copyright Licensing Agency O/A Access Copyright, Canadian Media Producers Association,

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Artisti, Association canadienne des radiodiffuseurs, L'alliance des radios communautaires/National Campus and Community Radio Association, Bell Canada, Canadian Copyright Licensing Agency S/N Access Copyright, Canadian

CMRRA-SODRAC Inc., Canadian Retransmission Collective, Cineplex Entertainment LP, Entertainment Software Association, Google, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, National Campus and Community Radio Association/L'alliance des radios communautaires, Pandora Media Inc., Prof. Ariel Katz, Province of British Columbia, Quebec Collective Society for the Rights of Makers of Sound and Video Recordings, Quebecor Media Inc., Re:Sound Music Licensing Company, Retail Council of Canada, Rogers Communications, Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société des auteurs et compositeurs dramatiques and the Société civile des auteurs multimedia, Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction and Yahoo! Canada (Respondents)

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

Federal Court of Appeal, Pelletier, Stratas and Near J.J.A.—Toronto, November 26–28, 2018; Ottawa, June 5, 2020.

Copyright — Communication to the public by telecommunication — Judicial reviews challenging Copyright Board's decision to interpret Copyright Act, s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a "communication to the public" within Act, s. 3(1)(f) — Respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filing with Board proposed tariffs for communication to public by telecommunication of works through online music service — S. 2.4(1.1) later added to Act — Supreme Court in Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association) holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication — SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering Entertainment Software Association irrelevant — Board accepting SOCAN's position — Whether Board properly interpreting Act, s. 2.4(1.1) — Board's decision could not stand — Board constrained by Entertainment Software Association, Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada concerning meaning of "communication to the public by telecommunication" — Preamble to Copyright Modernization Act not supporting interpretation reached by Board — Rather,

Media Producers Association, Cineplex Divertissement LP, CMRRA-SODRAC Inc., Conseil canadien du commerce de détail, Entertainment Software Association, Google, Ariel Katz, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, Pandora Media Inc., Province de la Colombie-Britannique, Québecor Média Inc., Ré:Sonne – Société de gestion de la musique, Rogers Communications Inc., Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société civile des auteurs multimédia, Société collective de retransmission du Canada, Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Société des auteurs et compositeurs dramatiques, Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction, Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation et Yahoo! Canada (défendeurs)

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

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Stratas et Near, J.C.A.—Toronto, 26 au 28 novembre 2018; Ottawa, 5 juin 2020.

Droit d'auteur — Communication au public par télécommunication — Contrôles judiciaires remettant en question la décision de la Commission du droit d'auteur d'interpréter l'art. 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d'auteur d'une manière qui fait en sorte que l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l'art. 3(1)(f) de cette loi — La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), défenderesse, a déposé un projet de tarif à la Commission à l'égard de la communication au public par télécommunication d'œuvres de son répertoire au moyen d'un service de musique en ligne — L'art. 2.4(1.1) a par la suite été ajouté à la Loi — La Cour suprême dans l'arrêt Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association) a jugé que la transmission par Internet d'une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n'était pas une communication par télécommunication — La SOCAN a fait valoir que l'art. 2.4(1.1) rendait l'arrêt Entertainment Software Association non pertinent — La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN — Il s'agissait de savoir si la Commission a bien interprété l'art. 2.4(1.1) de la Loi — La décision de la Commission ne

evidence suggesting that s. 2.4(1.1) narrow, limited-purpose provision — Supreme Court in *Entertainment Software Association* concluding that “communicate” in Act, s. 3(1)(f) not capturing downloads of copyrighted works — Only clear legislative text in s. 2.4(1.1) could support Board’s position — Board’s interpretation broadening communication by telecommunication to include preparatory steps (making available) for downloads — S. 2.4(1.1) not creating new exclusive right — Contrary to policy of Act to establish tariff on preparatory step — No basis here to justify payment of two separate fees — Board’s decision quashed — Applications allowed.

International Law — Domestic implementation — Interrelationship between international law and domestic law — WIPO Copyright Treaty — Copyright Board interpreting Copyright Act, s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a “communication to the public” within Act, s. 3(1)(f) — Supreme Court in Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association) holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication — SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering Entertainment Software Association irrelevant — Board accepting SOCAN’s position — Stating contrary position not complying with Canada’s international obligations set out in WIPO Copyright Treaty (Treaty), Art. 8 — Board misunderstanding relationship between Canadian domestic, international law — Board interpreting Treaty, Art. 8, making Act, s. 2.4(1.1) conform to that interpretation — To be binding, international instruments having to be adopted by Parliament — While international instruments not adopted by Parliament may still enter into analysis of domestic legislation, international law cannot be used to displace or amend authentic meaning of that legislation — Board’s treatment of Art. 8 misuse of international law.

pouvait être maintenue — La Commission était limitée par les décisions Entertainment Software Association et Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique au sujet du sens de l’expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre » — Le préambule de la Loi sur la modernisation du droit d’auteur n’étaye pas l’interprétation à laquelle est parvenue la Commission — La preuve semblait plutôt indiquer que l’art. 2.4(1.1) est une disposition étroite à objet limité — Dans la décision Entertainment Software Association, la Cour suprême a conclu que le mot « communiquer » à l’art. 3(1)(f) de la Loi ne visait pas les téléchargements d’œuvres protégées par le droit d’auteur — Il faudrait que l’art. 2.4(1.1) ait un libellé clair pour qu’il étaye la thèse de la Commission — L’interprétation de la Commission a élargi le sens de la communication par télécommunication pour inclure les étapes préparatoires (la mise à la disposition) aux téléchargements — L’art. 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit exclusif — Il serait contraire au régime de la loi d’établir un tarif pour un acte préparatoire — Rien ne justifiait dans la présente affaire le paiement de deux redevances distinctes — La décision de la Commission a été annulée — Demandes accueillies.

Droit international — Mise en œuvre au pays — Liens entre le droit national canadien et le droit international — Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur — La Commission du droit d’auteur a interprété l’art. 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d’auteur d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’art. 3(1)(f) de cette loi — Dans l’arrêt Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association), la Cour suprême a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’est pas une communication par télécommunication — La SOCAN a fait valoir que l’art. 2.4(1.1) rendait l’arrêt Entertainment Software Association non pertinent — La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN — La position contraire ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada énoncées à l’art. 8 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur (le Traité) — La Commission a mal compris les liens entre le droit national canadien et le droit international — La Commission a interprété l’art. 8 du Traité, puis a rendu l’art. 2.4(1.1) conforme à cette interprétation — Pour être exécutoires, les instruments internationaux doivent être adoptés par le législateur — Si les instruments internationaux qui ne sont pas adoptés par le législateur peuvent quand même faire partie de l’analyse d’une loi nationale, le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale — La façon dont la Commission a traité l’art. 8 était un mauvais usage du droit international.

Construction of Statutes — Copyright Board (Board) interpreting Copyright Act (Act), s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a “communication to the public” within Act, s. 3(1)(f) — Supreme Court in Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association) holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication — SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering Entertainment Software Association irrelevant — Board accepting SOCAN’s position — Stating contrary position not complying with Canada’s international obligations set out in WIPO Copyright Treaty (Treaty), Art. 8 — Board interpreting Art. 8 as intending to provide protection for act of making work available by telecommunication even where there was no transmission to public — Board’s decision suffering from misunderstanding of relationship between domestic, international law — One must always start by discerning authentic meaning of domestic law — International instruments can only enter into analysis of text, context, purpose of legislation in specific ways for specific purposes — Court having to give legislation its authentic meaning if legislation clear, even if conflicting with international law — International law cannot displace or amend authentic meaning of domestic legislation — This applying to administrative decision makers as well as to courts — Presence of international law not invitation to depart from normal, accepted method of interpreting legislation — Board’s treatment of Art. 8 not legally acceptable methodology.

These were applications for judicial review challenging the Copyright Board’s (Board) decision to interpret subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* (Act) in a way that deems making a work available to the public a “communication to the public” within paragraph 3(1)(f) of the Act.

The respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filed with the Board proposed tariffs for certain years for the communication to the public by telecommunication of works in its repertoire through an online music service. After SOCAN filed its proposed tariffs, subsection 2.4(1.1)—sometimes called the “making available provision”—was added to the Act. Not long after the addition of subsection 2.4(1.1), the Supreme Court interpreted the phrase “communicate the work to the public by telecommunication” in *Entertainment Software Association v. Society of Composers*,

Interprétation des lois — La Commission du droit d’auteur (Commission) a interprété l’art. 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d’auteur (Loi) d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’art. 3(1)(f) de cette loi — Dans l’arrêt Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association), la Cour suprême a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’est pas une communication par télécommunication — La SOCAN a fait valoir que l’art. 2.4(1.1) rendait l’arrêt Entertainment Software Association non pertinent — La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN — La position contraire ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada énoncées à l’art. 8 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur (le Traité) — La Commission a interprété l’art. 8 comme visant à protéger la mise à la disposition d’une œuvre par télécommunication, même en l’absence de transmission au public — La décision de la Commission a démontré une mauvaise compréhension des liens entre le droit national canadien et le droit international — Il faut toujours commencer par discerner le sens véritable du droit national — Les instruments internationaux peuvent faire partie de l’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi, mais uniquement de manière précise et dans un but précis — La Cour doit donner son sens véritable à la loi si elle conclut que celle-ci est claire, même en cas de conflit avec le droit international — Le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale — Ces principes s’appliquent aux décideurs administratifs ainsi qu’aux tribunaux judiciaires — La présence du droit international ne nous invite pas à nous écarter de la méthode normale et acceptée d’interprétation des lois — La façon dont la Commission a traité l’art. 8 n’était pas une méthode juridique acceptable.

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire remettant en question la décision de la Commission du droit d’auteur (Commission) d’interpréter le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* (Loi) d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’alinéa 3(1)(f) de cette loi.

La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), défenderesse, a déposé un projet de tarif à la Commission pour certaines années à l’égard de la communication au public par télécommunication d’œuvres de son répertoire au moyen d’un service de musique en ligne. Après le dépôt par la SOCAN de son projet de tarif, un nouveau paragraphe, le paragraphe 2.4(1.1), parfois qualifié de paragraphe relatif à la « mise à la disposition », a été ajouté à la Loi. Peu de temps après l’ajout du paragraphe 2.4(1.1), la Cour suprême a interprété l’expression « communiquer au public,

Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association). The Supreme Court held that the transmission over the Internet of a musical work that results in a download of that work is not a communication by telecommunication. Following that decision, SOCAN could not collect royalties for such downloads. SOCAN argued to the Board that subsection 2.4(1.1) rendered *Entertainment Software Association* irrelevant. It submitted that subsection 2.4(1.1) obligated online music services to pay royalties to SOCAN when they post musical works on their Internet servers in a way that allows access to them by their end-user customers, regardless of whether the musical works are later transmitted to end-users by way of downloads, streams or not at all. The Board accepted SOCAN's position. In the Board's view, subsection 2.4(1.1) deems the act of making a work available to the public a "communication to the public" within paragraph 3(1)(f) of the Act and, thus, an act that triggers a tariff entitlement. The Board stated that the contrary position would "not comply with Canada's international obligations" set out in Article 8 of the *WIPO Copyright Treaty* (Treaty). The Board interpreted Article 8 as intending to provide protection for the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public. In its view, its interpretation of subsection 2.4(1.1) was consistent with *Entertainment Software Association*. The effect was to create two separate tariff-triggering events: one for the making available to the public and a later one for transmission over the Internet.

At issue was whether the Board properly interpreted subsection 2.4(1.1) of the Act.

Held, the applications should be allowed.

The decision of the Board could not stand. The Board was heavily constrained in what it could acceptably do by the text, context and purpose of subsection 2.4(1.1), case law such as *Entertainment Software Association* and *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* concerning the meaning of a "communication to the public by telecommunication", and case law concerning the interrelationship between domestic law and international law and the general primacy of the former over the latter. The Board invoked the preamble to the *Copyright Modernization Act*, but the preamble is at a level of generality that does not support the interpretation reached by the Board. The government's statement upon introduction of the legislation is devoid of any guidance on subsection 2.4(1.1) that would support the Board's interpretation. It rather suggests that subsection 2.4(1.1) is a narrow, limited-purpose provision aimed

par télécommunication, une œuvre » dans l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association)*. Elle a jugé que la transmission par Internet d'une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n'est pas une communication par télécommunication. D'après cette décision, la SOCAN ne pouvait pas percevoir de redevances pour ces téléchargements. La SOCAN a fait valoir devant la Commission que le paragraphe 2.4(1.1) rendait l'arrêt *Entertainment Software Association* non pertinent. Elle a fait valoir que le paragraphe 2.4(1.1) obligeait les services de musique en ligne à payer des redevances à la SOCAN lorsqu'ils mettent des œuvres musicales sur leurs serveurs Internet de manière que leurs clients-utilisateurs puissent y avoir accès, peu importe si les œuvres musicales sont par la suite transmises aux utilisateurs au moyen de téléchargement ou de diffusion, et même si elles ne sont pas transmises. La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN. Selon la Commission, le paragraphe 2.4(1.1) fait en sorte que l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l'alinéa 3(1)f) de cette loi et est, par conséquent, un acte qui déclenche un droit tarifaire. Selon la Commission, la position contraire « ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada » énoncées à l'article 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (le Traité). La Commission a interprété l'article 8 comme visant à protéger la mise à la disposition d'une œuvre par télécommunication, même en l'absence de transmission au public. À son avis, son interprétation du paragraphe 2.4(1.1) était conforme à l'arrêt *Entertainment Software Association*. Cela a eu pour effet de créer deux actes distincts déclenchant des redevances : un pour la mise à la disposition du public et un autre pour la transmission ultérieure sur Internet.

Il s'agissait de savoir si la Commission a bien interprété le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi.

Arrêt : les demandes doivent être accueillies.

La décision de la Commission ne pouvait être fondée. La Commission était fortement limitée dans ce qu'elle pouvait faire de manière acceptable par le texte, le contexte et l'objet du paragraphe 2.4(1.1), la jurisprudence, comme *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* au sujet du sens de l'expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre », et la jurisprudence concernant les liens entre le droit national et le droit international et la primauté générale du premier sur le second. La Commission a invoqué le préambule de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, mais celui-ci est énoncé de façon si générale qu'il n'étaye pas l'interprétation à laquelle est parvenue la Commission. La déclaration du gouvernement lors de la présentation de la loi ne dit rien à l'égard du paragraphe 2.4(1.1) qui pourrait étayer l'interprétation de la Commission. Elle semble plutôt indiquer que

at “clarify[ing] that the unauthorized sharing of copyrighted material over peer-to-peer networks constitutes an infringement of copyright”. *Entertainment Software Association* speaks to the authentic meaning of subsection 2.4(1.1). In that decision, the Supreme Court concluded that the word “communicate” in paragraph 3(1)(f) of the Act did not capture downloads of copyrighted works. In the case at bar, only clear legislative text in subsection 2.4(1.1) could support the Board’s position. The Board’s interpretation broadened communication by telecommunication to include the preparatory steps (making available) for downloads. The Board’s interpretation also ran counter to constraints imposed by previous Supreme Court rulings. Overall, the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1) could not be sustained on any acceptable basis.

The Board’s decision suffered from a misunderstanding of the relationship between Canadian domestic law and international law. The text of subsection 2.4(1.1) should have been the Board’s starting point. The Board took Article 8 of the Treaty, interpreted it, and then made subsection 2.4(1.1) conform with that interpretation. The Board assumed without analysis that subsection 2.4(1.1) implemented protection for the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public. The Board justified this result by asserting that subsection 2.4(1.1) acted as a deeming provision. Just because Canadian domestic legislation is enacted against the backdrop of a treaty that Canada has signed, and just because the preamble to legislation suggests that it is aimed at implementing a treaty, it cannot be assumed that Parliament has adopted the treaty wholesale. When domestic law and international law both potentially bear upon a legal problem, one must always start by discerning the authentic meaning of the domestic law. International instruments are not self-executing in Canadian domestic law. If Parliament decides not to adopt a particular international instrument, that instrument does not become binding domestic law. International instruments can enter into the analysis of the text, context and purpose of legislation, but only in specific ways for specific purposes. If the Court concludes that the legislation is clear and has no patent or latent ambiguities, the Court must give it its authentic meaning and apply it. This must be done even if it conflicts with international law. International law cannot be used to displace or amend the authentic meaning of domestic legislation. This applies to administrative decision makers as well as to courts. The presence of international law is not an invitation to depart from the normal, accepted method of interpreting legislation; rather, in certain, defined circumstances, international law is appropriately considered as part of that method. In this case, the Board’s treatment of Article 8 was not a legally acceptable methodology. It was a misuse of

le paragraphe 2.4(1.1) est une disposition étroite, à objet limité, visant à rendre plus facile de « déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d’auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d’auteur ». La décision *Entertainment Software Association* renvoie au sens véritable du paragraphe 2.4(1.1). Dans cette décision, la Cour suprême a conclu que le mot « communiquer » à l’alinéa 3(1)(f) de la Loi ne visait pas les téléchargements d’œuvres protégées par le droit d’auteur. Dans la présente affaire, il faudrait que le paragraphe 2.4(1.1) ait un libellé clair pour qu’il étaye la thèse de la Commission. L’interprétation de la Commission a élargi le sens de la communication par télécommunication pour inclure les étapes préparatoires (la mise à la disposition) aux téléchargements. L’interprétation de la Commission contrevient également aux contraintes imposées par les arrêts antérieurs de la Cour suprême. Dans l’ensemble, l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission ne reposait sur aucun fondement acceptable.

La décision de la Commission a démontré une mauvaise compréhension des liens entre le droit national canadien et le droit international. Les termes du paragraphe 2.4(1.1) auraient dû être le point de départ de la Commission. La Commission a pris l’article 8 du Traité, l’a interprété, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à cette interprétation. Elle a supposé, sans analyse, que le paragraphe 2.4(1.1) protégeait la mise à la disposition d’une œuvre par télécommunication, même en l’absence de transmission au public. La Commission a justifié ce résultat en affirmant que le paragraphe 2.4(1.1) était une disposition déterminative. Ce n’est pas parce que la législation nationale canadienne est adoptée alors que le Canada a signé un traité et que le préambule de la loi indique qu’elle vise à mettre en œuvre un traité qu’on peut supposer que le législateur a adopté le traité intégralement. Lorsque le droit national et le droit international sont tous deux susceptibles d’être pertinents à un problème juridique, il faut toujours commencer par discerner le sens véritable du droit national. Les instruments internationaux ne sont pas automatiquement exécutoires dans le droit national canadien. Si le législateur décide de ne pas adopter un instrument international précis, cet instrument ne devient pas une loi nationale contraignante. Les instruments internationaux peuvent faire partie de l’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi, mais uniquement de manière précise et dans un but précis. Si la Cour conclut que la loi est claire et ne présente aucune ambiguïté patente ou latente, elle doit lui donner son sens véritable et l’appliquer. Cela doit être fait même en cas de conflit avec le droit international. Le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale. Ces principes s’appliquent aux décideurs administratifs ainsi qu’aux tribunaux judiciaires. La présence du droit international ne nous invite pas à nous écarter de la méthode normale et acceptée d’interprétation des lois; dans certaines circonstances bien définies, le droit international est plutôt considéré à juste titre comme faisant partie de cette

international law. The Board exalted international law over domestic law. In so doing, it violated the constraints imposed by binding case law and fundamental principle.

Finally, subsection 2.4(1.1) does not create a new exclusive right. When the Board's use of a "deeming provision" is set aside, all that is left is a "preparatory act". This is consistent with Parliament's use of the word "includes" in subsection 2.4(1.1). It would be contrary to the policy of the Act to establish a tariff on a preparatory step as this would constitute disaggregating rights for the purpose of adding an additional layer of royalties. There was no basis for the Board's conclusion that a stream does not merge with the making-available which preceded it so as to justify payment of two separate fees. Since there was only one right at stake, the only issue was whether the right was triggered, and the only fees payable were those payable for the exercise of the right.

The decision of the Board concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1) was quashed.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 9, 91–95.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2.4(1.1), 3(1)(f).
- Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, Preamble.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18(1)(a).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, Tariff B, column III.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, The Hague, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35.
- WIPO Copyright Treaty*, Geneva, 20 December 1996, [2014] Can. T.S. No. 20, Art. 8.

méthode. Dans la présente affaire, la façon dont la Commission a traité l'article 8 n'était pas une méthode juridique acceptable. Il s'agissait d'un mauvais usage du droit international. La Commission a accordé un statut supérieur au droit international par rapport au droit national. Ce faisant, elle a contrevenu aux règles imposées par la jurisprudence contraignante et les principes fondamentaux.

Enfin, le paragraphe 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit exclusif. Lorsque l'utilisation par la Commission d'une « disposition déterminative » est mise de côté, il ne reste plus que l'« acte préparatoire ». Ceci est conforme à l'utilisation par le législateur des mots « constitue notamment » au paragraphe 2.4(1.1). Il serait contraire au régime de la loi d'établir un tarif pour un acte préparatoire, car cela serait une division des droits dans le but d'ajouter une couche supplémentaire de redevances. Rien ne permettait à la Commission de conclure qu'une diffusion ne fait pas partie de la mise à la disposition qui l'a précédée, de sorte qu'il convient d'exiger deux redevances distinctes. Comme il n'y avait qu'un seul droit en jeu, la seule question était de savoir si le droit a été déclenché, et les seules redevances à payer étaient celles exigibles pour l'exercice du droit.

La décision de la Commission sur l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) a été annulée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 9, 91–95.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
- Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, ch. 20, préambule.
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2.4(1.1), 3(1)(f).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1)a.
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, tarif B, colonne III.

Traités et autres instruments cités

- Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, La Haye, 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35.
- Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, Genève, 20 décembre 1996, [2014] R.T. Can. n° 20, art. 8.

CASES CITED

APPLIED:

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1.

DISTINGUISHED:

Office of the Children's Lawyer v. Balev, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398.

CONSIDERED:

Online Music Services (CSI: 2011-2013; SOCAN: 2011-2013; SODRAC: 2010-2013) (25 August 2017), CB-CDA 2017-086, online: Copyright Board <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.); *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, (1999), 171 D.L.R. (4th) 733.

REFERRED TO:

CMRRA-SODRAC Inc. v. Apple Canada Inc., 2020 FCA 101; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 277 C.R.R. (2d) 233; *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301; *Re:Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 148 C.P.R. (4th) 91; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121; *Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, 382 D.L.R. (4th) 720; *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573; *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Bureau de l'avocat des enfants c. Balev, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Services de musique en ligne (CSI : 2011-2013; SOCAN : 2011-2013; SODRAC : 2010-2013) (25 août 2017), CB-CDA 2017-086, en ligne : <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.); *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743.

DÉCISIONS CITÉES :

CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc., 2020 CAF 101; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75; *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150; *Paradis Honey Ltd. c. Canada*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573; *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362; *Canada (Procureur*

- General*), 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362; *Canada (Attorney General) v. Heffel Gallery Limited*, 2019 FCA 82, [2019] 3 F.C.R. 81; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75; *Canadian National Railway Company v. Richardson International Limited*, 2015 FCA 180, 476 N.R. 83; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11; *Walchuk v. Canada (Justice)*, 2015 FCA 85, 469 N.R. 360; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, *sub nom. Globalive Wireless Management Corp. v. Public Mobile Inc.*; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205, 50 C.R. (7th) 1; *Erasmus v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 129, 473 N.R. 245; *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556; *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376; *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, 154 D.L.R. (4th) 193; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174; *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328; *Atlas Tube Canada ULC v. Canada (National Revenue)*, 2019 FCA 120, 2019 D.T.C. 5062; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, 433 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, 442 D.L.R. (4th) 539; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269; *D'Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167; *Yantzi v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 193; *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2018 FCA 136, 44 Admin. L.R. (6th) 71; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2015 FCA 73; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, 443 D.L.R. (4th) 183; *Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 FCA 63, [2020] 3 F.C.R. 231; *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686; *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2017] 2 W.L.R. 583; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Capital Cities Comm. v. C.R.T.C.*, [1978] 2 S.C.R. 141, (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, (1998), 166 D.L.R. (4th) 193; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Canada v. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 F.C. 113 (1995), 184 N.R. 364 (C.A.); *Pembina County Water Resource District v. Manitoba (Government)*, 2017 FCA 92, 409 D.L.R. (4th) 1; *Heffel Gallery Limited*, 2019 CAF 82, [2019] 3 R.C.F. 81; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Richardson International Limited*, 2015 CAF 180; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143; *Walchuk c. Canada (Justice)*, 2015 CAF 85; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, *sub nom. Globalive Wireless Management Corp. c. Public Mobile Inc.*; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205; *Erasmus c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 129; *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44; *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328; *Atlas Tube Canada ULC c. Canada (Revenu national)*, 2019 CAF 120; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51; *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67; *D'Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95; *Yantzi c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 193; *Bonnybrook Industrial Park Development Co. Ltd. c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 136; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2015 CAF 73; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5; *Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 CAF 63, [2020] 3 R.C.F. 231; *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686; *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Canada c. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 C.F. 113 (C.A.); *Pembina County Water Resource District c. Manitoba (Gouvernement)*, 2017 CAF 92; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *CIBC World Markets Inc. c. Canada*, 2019 CAF 147; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281;

(4th) 719; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *CIBC World Markets Inc. v. Canada*, 2019 FCA 147, [2019] G.S.T.C. 36; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, 69 Imm. L.R. (4th) 297; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, (1989), 62 D.L.R. (4th) 577; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; *GreCon Dimter Inc. v. J. R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Renaud v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855, (1999), 184 D.L.R. (4th) 441; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, [2012] 1 F.C.R. D-2; *Robbins v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 24; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175; *Immeubles Port Louis Liée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, (1991), 78 D.L.R. (4th) 175; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 23.

Schreiber c. Canada (Procureur général), 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *GreCon Dimter Inc. c. J. R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, [2012] 1 R.C.F. F-3; *Robbins c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 24; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, 2017 CAF 45; *Immeubles Port Louis liée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 23.

AUTHORS CITED

- Daly, Paul. "Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness" (2016), 62:2 *McGill L.J.* 527.
- Mancini, Mark. "The 'Return' of 'Textualism' at the SCC [?]" (9 April 2019), online (blog): [Double Aspect <doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>](http://DoubleAspect<doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>).
- Wade, William and Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11th ed. New York: Oxford University Press, 2014.
- Willis, John. "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1.

DOCTRINE CITÉE

- Daly, Paul. « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 62:2 *R.D. McGill* 527.
- Mancini, Mark. « The "Return" of "Textualism" at the SCC [?] » (9 avril 2019), en ligne (blog) : [Double Aspect <doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>](http://DoubleAspect<doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>).
- Wade, William et Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11^e éd., New York : Oxford University Press, 2014.
- Willis, John. « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *Rev B. can.* 1.

APPLICATIONS for judicial review challenging the Copyright Board’s decision (*Scope of section 2.4(1.1) of the Copyright Act – Making Available* (25 August 2017), CB-CDA 2017-085) to interpret subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* (Act) in a way that deems making a work available to the public a “communication to the public” within paragraph 3(1)(f) of the Act. Applications allowed.

APPEARANCES

Michael Koch and *Sarah Stohart* for applicants Apple Inc. and Apple Canada Inc.
Gerald (Jay) Kerr-Wilson and *Stacey Smydo* for applicants/respondents Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada, Bell Canada, Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc., Google and Shaw Communications.
David W. Kent and *Jonathan O’Hara* for respondent Pandora Media Inc.
Matthew S. Estabrooks and *Graeme Macpherson* for respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.
Casey Chisick and *Eric Mayzel* for respondent CMRRA-SODRAC Inc.
Barry B. Sookman and *Daniel G.C. Glover* for respondent Music Canada.
John Cotter for respondent Re: Sound Music Licensing Company.

SOLICITORS OF RECORD

Goodmans LLP, Toronto, for applicants for applicants Apple Inc. and Apple Canada Inc.
Fasken Martineau Dumoulin LLP, Ottawa, for applicants/respondents Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada, Bell Canada, Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc., Google and Shaw Communications.
McMillan LLP, Toronto and Ottawa, for respondent Pandora Media Inc.
Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa, for respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

DEMANDES de contrôle judiciaire remettant en question la décision de la Commission du droit d’auteur (*Portée de l’article 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d’auteur — Mise à la disposition* (25 août 2017), CB-CDA 2017-085) d’interpréter le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* (Loi) d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’alinéa 3(1)f) de cette loi. Demandes accueillies.

ONT COMPARU :

Michael Koch et *Sarah Stohart* pour les demanderesse Apple Inc. et Apple Canada Inc.
Gerald (Jay) Kerr-Wilson et *Stacey Smydo* pour les demanderesses/défenderesses Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc., Google et Shaw Communications.
David W. Kent et *Jonathan O’Hara* pour la défenderesse Pandora Media Inc.
Matthew S. Estabrooks et *Graeme Macpherson* pour la défenderesse Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.
Casey Chisick et *Eric Mayzel* pour la défenderesse CMRRA-SODRAC Inc.
Barry B. Sookman et *Daniel G.C. Glover* pour la défenderesse Music Canada.
John Cotter pour la défenderesse Ré:Sonne – Société de gestion de la musique.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Goodmans LLP, Toronto, pour les demanderesses Apple Inc. et Apple Canada Inc.
Fasken Martineau Dumoulin LLP, Ottawa, pour les demanderesses/défenderesses Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc., Google et Shaw Communications.
McMillan LLP, Toronto et Ottawa, pour la défenderesse Pandora Media Inc.
Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa, pour la défenderesse Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

Cassels Brock & Blackwell LLP, Toronto, for respondent Canadian Media Producers Association and CMRRA-SODRAC Inc.

Fasken Martineau Dumoulin LLP, Ottawa, for respondent Bell Mobility Inc., Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc., Google and Shaw Communications.

Canadian Copyright Licensing Agency o/a Access Copyright, Toronto, for respondent Canadian Copyright Licensing Agency o/a Access Copyright.

Ariel Katz on his own behalf.

Norton Rose Fulbright Canada LLP, Montréal, for respondents Quebec Collective Society for the Rights of Makers of Sound and Video Recordings, Société des auteurs et compositeurs dramatiques and Société civile des auteurs multimedia.

Annie Massicotte, Montréal, for respondent Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction.

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for respondent Music Canada.

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for respondent Re: Sound Music Licensing Company.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STRATAS J.A.: The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) administers the right to “communicate” musical works on behalf of copyright owners. It filed with the Copyright Board proposed tariffs for certain years for the communication to the public by telecommunication of works in its repertoire through an online music service.

[2] It was incumbent on the Board to assess the appropriateness of the proposed tariff under the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42.

[3] After SOCAN had filed its proposed tariffs, the *Copyright Act* was amended: *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20. A new subsection, subsection 2.4(1.1), sometimes called the “making available provision”, was added to the *Copyright Act*. It reads as follows:

Cassels Brock & Blackwell LLP, Toronto, pour les défenderesses Canadian Media Producers Association et CMRRA-SODRAC Inc.

Fasken Martineau Dumoulin LLP, Ottawa, pour les défenderesses Bell Mobility Inc., Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc., Google et Shaw Communications.

Canadian Copyright Licensing Agency s/n Access Copyright, Toronto, pour la défenderesse Canadian Copyright Licensing Agency s/n Access Copyright.

Ariel Katz pour son compte.

Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour les défenderesses Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Société des auteurs et compositeurs dramatiques et Société civile des auteurs multimédia.

Annie Massicotte, Montréal, pour la défenderesse Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour la défenderesse Music Canada.

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour la défenderesse Ré:Sonne – Société de gestion de la musique.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la « SOCAN ») gère le droit de « communication » d’œuvres musicales pour le compte de titulaires du droit d’auteur. Elle a déposé un projet de tarif à la Commission du droit d’auteur pour certaines années à l’égard de la communication au public par télécommunication d’œuvres de son répertoire au moyen d’un service de musique en ligne.

[2] La Commission devait décider si le projet de tarif était approprié aux termes de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.

[3] Après le dépôt par la SOCAN de son projet de tarif, la *Loi sur le droit d’auteur* a été modifiée : voir la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, ch. 20. Un nouveau paragraphe, le paragraphe 2.4(1.1), parfois qualifié de paragraphe relatif à la « mise à la disposition », a

2.4

Communication to the public by telecommunication

(1.1) For the purposes of this Act, communication of a work or other subject-matter to the public by telecommunication includes making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public.

[4] This raised the question whether the mere making available of a work on a server for the purpose of later streaming or download by the public was an event for which a tariff was payable.

[5] A few days after the addition of subsection 2.4(1.1) to the Act, the Supreme Court released an important decision that interpreted the phrase “communicate the work to the public by telecommunication”: *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 [*Entertainment Software Association*]. It held that the transmission over the Internet of a musical work that results in a download of that work is not a communication by telecommunication: see also *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 [*Rogers or Rogers Communications Inc.*], at paragraph 2. Following that decision, SOCAN could not collect royalties for such downloads.

[6] In light of these developments and in support of its proposed tariff, SOCAN argued to the Board that subsection 2.4(1.1) rendered the Supreme Court’s decision in *Entertainment Software Association* irrelevant. It submitted that subsection 2.4(1.1) obligated persons, such as online music services, to pay royalties to SOCAN when they post musical works on their Internet servers in a way that allows access to them by their end-user customers, regardless of whether the musical works are later transmitted to end-users by way of downloads, streams or not at all.

été ajouté à la *Loi sur le droit d’auteur*. Ce paragraphe est rédigé comme suit :

2.4 [...]

Communication au public par télécommunication

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

[4] Cela a mené à la question de savoir si le fait de simplement mettre une œuvre à la disposition du public sur un serveur en vue de sa diffusion ou de son téléchargement ultérieur était un acte pour lequel il fallait payer une redevance.

[5] Quelques jours après l’ajout du paragraphe 2.4(1.1) à la *Loi sur le droit d’auteur*, la Cour suprême a rendu une décision importante qui interprétait l’expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre » : voir *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 [*Entertainment Software Association*]. Elle a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’est pas une communication par télécommunication. Voir également *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 [*Rogers Communications*], au paragraphe 2. D’après cette décision, la SOCAN ne pouvait pas percevoir de redevances pour ces téléchargements.

[6] En raison de ces décisions et à l’appui de son projet de tarif, la SOCAN a fait valoir devant la Commission que le paragraphe 2.4(1.1) rendait la décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Entertainment Software Association* non pertinente. Elle a fait valoir que le paragraphe 2.4(1.1) obligeait les utilisateurs comme les services de musique en ligne à payer des redevances à la SOCAN lorsqu’ils mettent des œuvres musicales sur leurs serveurs Internet de manière à ce que leurs clients-utilisateurs puissent y avoir accès, peu importe si les œuvres musicales sont par la suite transmises aux

[7] Faced with this argument, the Board invited full submissions on this point from all directly and indirectly affected parties. After considering the parties' submissions, it accepted SOCAN's position: *Scope of section 2.4(1.1) of the Copyright Act – Making Available* (25 August 2017), CB-CDA 2017-085, online: Copyright Board <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366772/index.do>. It held that (at paragraph 12):

... subsection 2.4(1.1) of the *Act* deems the act of placing a work or other subject-matter on a server of a telecommunication network in a way that a request from a member of the public triggers the transmission of that work or subject-matter, including in the form of a stream or download, whether or not such a request ever takes place, to be a communication to the public by telecommunication.

[8] In short, in the Board's view, subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* deems the act of making a work available to the public a "communication to the public" within paragraph 3(1)(f) of that Act and, thus, an act that triggers a tariff entitlement.

[9] In the Board's view (at paragraphs 13–14), the contrary position would "not comply with Canada's international obligations" set out in Article 8 of the *WIPO Copyright Treaty*, 20 December 1996, [2014] Can. T.S. No. 20 (the "Treaty"). In its view (at paragraph 15), its interpretation of subsection 2.4(1.1) of the Act was consistent with *Entertainment Software Association*.

[10] The effect of this interpretation was to create two separate tariff-triggering events (at paragraph 16):

The act of making a work available to the public remains a communication to the public by telecommunication regardless of whether the subsequent transmission is a download or a stream. It remains distinct from any

utilisateurs au moyen de téléchargement ou de diffusion, et même si elles ne sont pas transmises.

[7] Au vu de cette observation, la Commission a invité toutes les parties touchées directement et indirectement à présenter des observations complètes sur ce point. Après avoir examiné les observations des parties, la Commission a accepté le point de vue de la SOCAN : voir *Portée de l'article 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d'auteur – Mise à la disposition* (25 août 2017), CB-CDA 2017-085, en ligne : <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/fr/item/366772/index.do>. Elle a conclu ce qui suit (au paragraphe 12) :

[...] en vertu du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*, constitue une communication au public par télécommunication, le fait de mettre une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur sur un serveur d'un réseau de télécommunication de manière à ce qu'une requête d'un membre du public entraîne la transmission de cette œuvre ou de cet objet du droit d'auteur, notamment sous la forme d'une diffusion en continu ou d'un téléchargement, qu'une telle requête se concrétise ou non.

[8] En bref, selon la Commission, le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* fait en sorte que l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l'alinéa 3(1)f de cette loi et est, par conséquent, un acte qui déclenche un droit tarifaire.

[9] Selon la Commission (aux paragraphes 13 et 14), la position contraire « ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada » énoncées à l'article 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, Genève, 20 décembre 1996, [2014] R.T. Can. n° 20 (le « Traité »). À son avis (au paragraphe 15), son interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* était conforme à l'arrêt *Entertainment Software Association*.

[10] Cette interprétation a eu pour effet de créer deux actes distincts déclenchant des redevances (au paragraphe 16) :

Le fait de mettre une œuvre à la disposition du public demeure une communication au public par télécommunication, peu importe si la transmission subséquente est un téléchargement ou une diffusion en continu. Ce fait

subsequent act of transmission; the two acts do not merge and become a single, larger act.

[11] The appellants apply to this Court for judicial review challenging the Board's decision to interpret subsection 2.4(1.1) in the way it did.

[12] Alongside its decision interpreting subsection 2.4(1.1), the Board decided upon the appropriateness of the proposed tariff: *Online Music Services (CSI: 2011-2013; SOCAN: 2011-2013; SODRAC: 2010-2013)* (25 August 2017), CB-CDA 2017-086, online: Copyright Board <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>. Among other things, it found that insufficient evidence had been adduced for it to reach a conclusion about what the tariff should be for the "making available" activity. A judicial review of this related decision has been dismissed: [*CMRRA-SODRAC Inc. v. Apple Canada Inc.*] 2020 FCA 101.

[13] In this case, for the reasons that follow, I would allow the applications and quash the Board's decision concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1). Its interpretation cannot stand.

A. Standard of review

[14] Subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* falls to be interpreted by both the Board and the courts. The Supreme Court has held that the standard of review for Board interpretations of such provisions is correctness: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 [*SOCAN (2004)*]; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 [*C.B.C.*]. Whether these three authorities, *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.*, still apply is very much open to question.

demeure distinct de tout autre acte subséquent de transmission; les deux actes ne s'intègrent pas pour devenir un acte unique, plus large.

[11] Les demandresses présentent des demandes de contrôle judiciaire à la Cour et remettent en question l'interprétation par la Commission du paragraphe 2.4(1.1).

[12] Parallèlement à sa décision interprétant le paragraphe 2.4(1.1), la Commission s'est prononcée sur le caractère approprié du projet de tarif : voir *Services de musique en ligne (CSI : 2011-2013; SOCAN : 2011-2013; SODRAC : 2010-2013)* (25 août 2017), CB-CDA 2017-086, en ligne : <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>. Elle a notamment conclu que la preuve présentée était insuffisante pour lui permettre de tirer une conclusion sur ce que devrait être le tarif pour le fait de « mettre à la disposition ». Une demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée : voir [*CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc.*] 2020 CAF 101.

[13] En l'espèce, pour les raisons qui suivent, j'accueillerai les demandes et j'annulerai la décision de la Commission sur l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1). Son interprétation ne peut être maintenue.

A. La norme de contrôle

[14] Le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* doit être interprété à la fois par la Commission et par les tribunaux. La Cour suprême a jugé que la norme de contrôle s'appliquant aux interprétations de la Commission dans ces cas est celle de la décision correcte : voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 [*SOCAN (2004)*]; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; et *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 [*Radio-Canada*]. La question de savoir si ces trois décisions — *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* — s'appliquent encore demeure en suspens.

[15] Last year, the Supreme Court engaged in “a recalibration of the governing approach” to the standard of review of the substantive merits of administrative decision making, throwing into doubt which “past precedents”, even its own, “continue to provide helpful guidance”: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 [*Vavilov*], at paragraph 143.

[16] *Vavilov* “address[es] all of the situations in which a reviewing court should derogate from the presumption of reasonableness review” and perform correctness review: *Vavilov*, at paragraph 69. *Vavilov* identifies only five such situations: legislated standards of review, statutory appeal mechanisms, constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole and questions regarding the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies. *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* do not fit into these five. Thus, *Vavilov* casts a cloud over *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.*

[17] The Supreme Court did not “definitively foreclose the possibility that another category could be recognized as requiring a derogation from the presumption of reasonableness review in a future case” only because “it would be unrealistic to declare that ... every possible set of circumstances” has been contemplated: *Vavilov*, at paragraph 70. This darkens the cloud over *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* They must have been in the Supreme Court’s contemplation because they are of recent vintage and were cited to it. Yet the Supreme Court offered no gesture to confirm them.

[18] However, some considerations lighten the cloud, if not remove it altogether. In discussing the exception of statutory appeal mechanisms in which the standard of review is correctness on points of law, the Supreme Court spoke of the importance of respecting Parliament’s “institutional design choices”: *Vavilov*, at paragraphs 24, 26, 36, and 46. Parliament’s decision in the *Copyright*

[15] L’année passée, la Cour suprême s’est lancée dans un « rajustement de la méthode à employer » pour choisir la norme de contrôle du bien-fondé des décisions des tribunaux administratifs. Cela soulève un doute quant à savoir si la jurisprudence, même sa propre jurisprudence, « continue de donner des indications utiles » : voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 [*Vavilov*], au paragraphe 143.

[16] L’arrêt *Vavilov* vise « l’ensemble des situations dans lesquelles il convient que la cour de révision déroge à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » et effectue un examen selon la norme de la décision correcte (au paragraphe 69), soit les cinq situations suivantes : les normes de contrôle établies par voie législative, les mécanismes d’appel prévus par la loi, les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et les questions liées aux délimitations des compétences respectives d’organismes administratifs. Les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* ne font pas partie d’une de ces cinq situations. Ainsi, l’arrêt *Vavilov* sème un doute à l’égard de ceux-ci.

[17] La Cour suprême n’a pas fermé « définitivement la porte à la possibilité qu’une autre catégorie puisse ultérieurement être reconnue comme appelant une dérogação à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » puisqu’il « serait illusoire de déclarer que nous avons envisagé toutes les combinaisons possibles de circonstances » (*Vavilov*, au paragraphe 70). Cela jette un doute sur les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada*. La Cour suprême a dû tenir compte de ces arrêts, parce qu’ils sont récents et qu’on a renvoyé la Cour à ceux-ci. Pourtant, la Cour suprême n’a rien fait pour les confirmer.

[18] Certains facteurs permettent toutefois d’alléger le doute, voire de le supprimer complètement. En discutant de l’exception des mécanismes d’appel prévus par la loi, pour lesquels la norme de contrôle est celle de la décision correcte pour les questions de droit, la Cour suprême a mentionné l’importance de respecter les « choix d’organisation institutionnelle » du législateur

Act to give jurisdiction to both the Board and the courts on questions of statutory interpretation may be an “institutional design choice” that deserves recognition through correctness review. On this view, *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* remain good law.

[19] Further, *Vavilov* stands for consistency, coherence and certainty in the law of judicial review. *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* do further consistency, coherence and certainty. *Rogers*, for example, explains how (at paragraph 14):

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

[20] We do not have the submissions of the parties on this point. Whether *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* are still good law on the standard of review should be left for another day.

[21] For the purposes of these applications for judicial review, this Court will assume that the standard of review is the one most generous to the Board and those defending its decision, namely reasonableness.

[22] The parties argued these applications while *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [*Dunsmuir*], not *Vavilov*, was the governing

(*Vavilov*, aux paragraphes 24, 26, 36 et 46). La décision du législateur selon la *Loi sur le droit d’auteur* de donner compétence à la Commission et aux tribunaux à l’égard des questions d’interprétation des lois est peut-être un « choix d’organisation institutionnelle » qui mérite d’être reconnu au moyen de l’examen selon la norme de la décision correcte. De ce point de vue, les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* demeurent valables.

[19] De plus, l’arrêt *Vavilov* appuie la cohérence, l’uniformité et la certitude dans le droit en matière de contrôle judiciaire. Les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* favorisent effectivement la cohérence, l’uniformité et la certitude. L’arrêt *Rogers Communications*, par exemple, explique comment (au paragraphe 14) :

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

[20] Nous n’avons pas d’observations des parties sur cette question. La question de savoir si les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* continuent d’énoncer le droit actuel à l’égard de la norme de contrôle devra être examinée à une autre occasion.

[21] Pour les besoins de la présente demande de contrôle judiciaire, la Cour supposera que la norme de contrôle est celle qui accorde la plus grande déférence à la Commission et qui est la plus favorable pour ceux qui appuient sa décision, à savoir la norme de la décision raisonnable.

[22] Les parties ont présenté leurs observations alors que l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 [*Dunsmuir*], et non

authority for reasonableness review. But that is of no consequence.

[23] For some reviewing courts, *Vavilov* wrought a significant change in how reasonableness review should be conducted. But in our Court, at least for the conducting of reasonableness review in a case like this, *Vavilov* hardly changed anything at all.

[24] In *Vavilov*, the Supreme Court effectively adopted this Court's view that administrative decisions are easier or harder to set aside depending on certain contextual factors that liberate or constrain the decision maker: *Vavilov*, at paragraphs 88–90. No longer must this Court tip-toe around *dicta* in Supreme Court decisions like *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at paragraph 35 and *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at paragraph 73 that forbade any resort to context.

[25] In *Vavilov*, the Supreme Court accepted that, as a practical matter, some decisions are more likely to survive reasonableness review because they are relatively unconstrained. But other decisions may be less likely to survive because they are relatively more constrained. Our Court previously recognized this reality in a series of foundational cases: see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201 [*Abraham*], at paragraphs 37–50; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 277 C.R.R. (2d) 233 [*Canadian Human Rights Commission*], at paragraphs 13–14; *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006 [*Farwaha*], at paragraphs 88–92; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301 [*Delios*], at paragraph 26; and see Paul Daly, “Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness” (2016), 62:2 *McGill L.J.* 527.

l'arrêt *Vavilov*, faisait jurisprudence à l'égard de la norme de la décision raisonnable. Mais cela n'a aucune incidence.

[23] Pour certaines cours de révision, l'arrêt *Vavilov* a entraîné un changement important dans la manière de mener un examen du caractère raisonnable. Cependant, pour notre Cour, du moins pour l'examen du caractère raisonnable dans un cas comme celui-ci, l'arrêt *Vavilov* n'a pratiquement rien changé.

[24] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a en fait adopté le point de vue de notre Cour selon lequel il est plus facile ou plus difficile de faire annuler les décisions administratives selon les facteurs contextuels qui libèrent ou contraignent le décideur : voir *Vavilov*, aux paragraphes 88 à 90. Notre Cour ne doit plus chercher à contourner les observations de la Cour suprême dans des décisions comme *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, au paragraphe 35 et *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, au paragraphe 73, qui ont interdit tout recours au contexte.

[25] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a accepté qu'en pratique, certaines décisions sont plus susceptibles d'être maintenues à la suite d'un examen selon la norme de la décision raisonnable, car elles sont assujetties à relativement peu de contraintes. Mais d'autres décisions sont moins susceptibles d'être maintenues parce qu'elles sont assujetties à relativement plus de contraintes. Notre Cour a déjà reconnu cette réalité dans une série de décisions de principe : voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266 [*Abraham*], aux paragraphes 37 à 50; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75 [*Commission canadienne des droits de la personne*], aux paragraphes 13 et 14; *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006 [*Farwaha*], aux paragraphes 88 à 92; et *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117 [*Delios*], au paragraphe 26, et voir Paul Daly, « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 62:2 *R.D. McGill* 527.

[26] *Vavilov* also identifies categories of contextual factors: *Vavilov*, at paragraphs 83, 103, 108–126, 129–135. As we shall now see, this Court previously identified and applied almost all of them.

[27] Administrative decision makers applying fact-driven criteria of a non-legal or less-legal nature are relatively less constrained and so, as a practical matter, their decisions are harder to set aside under the reasonableness standard: *Vavilov*, at paragraphs 108–110; and in this Court, see, e.g., *Re:Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 148 C.P.R. (4th) 91 [*Re:Sound*], at paragraph 49; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418 [*Gitxaala Nation (2016)*], at paragraph 149; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121 [*Boogaard*], at paragraphs 46, 51–52; *Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, 382 D.L.R. (4th) 720, at paragraph 137; *Delios*, at paragraph 21; and *Farwaha*, at paragraphs 90–99.

[28] Public interest determinations based on wide considerations of policy and public interest, assessed on polycentric, subjective or indistinct criteria and shaped by the administrative decision makers' view of economics, cultural considerations and the broader public interest—decisions that are sometimes characterized as quintessentially executive in nature—are very much unconstrained: *Vavilov*, at paragraph 110; and in this Court see, e.g., *Gitxaala Nation (2016)*, at paragraph 150; *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573 [*Emerson Milling*], at paragraphs 72–73; and *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362, at paragraphs 18–19.

[29] Complex, multifaceted and sensitive weighings by administrative decision makers of information, impressions and indications using criteria that may shift and be weighed differently from time to time depending upon changing and evolving circumstances, all other things being equal, are relatively unconstrained and are harder to set aside: *Vavilov*, at paragraphs 129–132; and

[26] L'arrêt *Vavilov* décrit également des catégories de facteurs contextuels : voir *Vavilov*, aux paragraphes 83, 103, 108 à 126 et 129 à 135. Comme nous le verrons maintenant, notre Cour les avait déjà presque tous décrits et appliqués.

[27] Les décideurs administratifs qui appliquent des critères factuels de nature non juridique, ou moins juridique, sont relativement plus libres et, en pratique, il est plus difficile de faire annuler leurs décisions selon la norme de la décision raisonnable : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138 [*Ré:Sonne*], au paragraphe 49; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418 [*Nation Gitxaala (2016)*], au paragraphe 149; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150 [*Boogaard*], aux paragraphes 46, 51 et 52; *Paradis Honey Ltd. c. Canada*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, au paragraphe 137; *Delios*, au paragraphe 21; et *Farwaha*, aux paragraphes 90 à 99.

[28] Les décisions relatives à l'intérêt public fondées sur de vastes considérations de politique générale et d'intérêt public, évaluées selon des critères polycentriques, subjectifs ou indistincts et qui dépendent de l'opinion des décideurs administratifs sur des questions économiques et culturelles et sur des questions d'intérêt public au sens large — décisions dont on dit parfois qu'elles sont fondamentalement de nature exécutive — sont très peu limitées : voir *Vavilov*, au paragraphe 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Nation Gitxaala (2016)*, au paragraphe 150; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573 [*Emerson Milling*], aux paragraphes 72 et 73; et *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362, aux paragraphes 18 et 19.

[29] Toutes autre choses étant égales, les appréciations complexes, délicates et comportant de multiples aspects appelant le décideur administratif à apprécier avec finesse les renseignements, les impressions et les indications en utilisant des critères qui peuvent changer et être appréciés différemment d'une fois à l'autre selon des circonstances changeantes et évolutives sont assujetties

in this Court, see, e.g., *Boogaard*, at paragraphs 47 and 51–52 and *Re:Sound*, at paragraph 50.

[30] Assessments legitimately drawn from the expertise or specialization of administrative decision makers, all other things being equal, similarly may be unconstrained and may be harder to set aside: *Vavilov*, at paragraphs 92–93 and 119; and in this Court, see, e.g., *Re:Sound*, at paragraph 48; and *Canada (Attorney General) v. Heffel Gallery Limited*, 2019 FCA 82, [2019] 3 F.C.R. 81 [*Heffel*], at paragraphs 36–37.

[31] Where administrative decision-makers act under broad statutory wording that is capable of an array of meanings, they are relatively less constrained in the statutory interpretations they reach, all other things being equal: *Vavilov*, at paragraph 110; and in this Court, see, e.g., *Heffel*, *Boogaard*, at paragraph 42; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75 [*Forest Ethics*], at paragraph 69; and *Canadian National Railway Company v. Richardson International Limited*, 2015 FCA 180, 476 N.R. 83, at paragraph 30.

[32] Similarly, administrative decision makers are relatively less constrained by provisions that vest them with a broad scope of discretion: *Vavilov*, at paragraph 108; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; and in this Court, see, e.g., *Heffel* and *Forest Ethics*.

[33] On the other hand, administrative decision makers that are constrained by specifically worded statutory provisions or settled decisions of the courts may find their decisions set aside if they ignore these constraints: see *Vavilov*, at paragraphs 108–113; and in this Court, see, e.g., *Abraham*, at paragraphs 37–50; *Canadian Human Rights Commission*, at paragraph 14; *Farwaha*, at paragraphs 93–97; and *Emerson Milling*, at paragraph 70.

à relativement peu de contraintes et sont plus difficiles à annuler : voir *Vavilov*, aux paragraphes 129 à 132; et, à notre Cour, voir, p. ex., *Boogaard*, aux paragraphes 47, 51 et 52; et *Ré:Sonne*, au paragraphe 50.

[30] De même, toutes autres choses étant égales, lorsque le décideur administratif fait une évaluation qui découle de ses connaissances spécialisées, le décideur est plus libre et il peut être plus difficile de faire annuler sa décision : voir *Vavilov*, aux paragraphes 92, 93 et 119, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Ré :Sonne*, au paragraphe 48; et *Canada (Procureur général) c. Heffel Gallery Limited*, 2019 CAF 82, [2019] 3 R.C.F. 81 [*Heffel*], aux paragraphes 36 et 37.

[31] Lorsque les décideurs administratifs tirent leur compétence légale d'un libellé plus général qui peut avoir plusieurs sens, ils sont relativement plus libres lorsqu'ils interprètent la loi, toutes autres choses étant égales : voir *Vavilov*, au paragraphe 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Heffel*; *Boogaard*, au paragraphe 42; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75 [*Forest Ethics*], au paragraphe 69; et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Richardson International Limited*, 2015 CAF 180, au paragraphe 30.

[32] De même, les décideurs administratifs sont relativement plus libres lorsque les dispositions légales leur confèrent un large pouvoir discrétionnaire : voir *Vavilov*, au paragraphe 108, *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; et *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; et, à notre Cour, voir, p. ex., *Heffel* et *Forest Ethics*.

[33] D'autre part, lorsque les décideurs administratifs sont moins libres en raison de dispositions légales précises ou de décisions judiciaires bien établies, leurs décisions peuvent être annulées s'ils ne tiennent pas compte de ces limites : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 113, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Abraham*, aux paragraphes 37 à 50; *Commission canadienne des droits de la personne*, au paragraphe 14; *Farwaha*, aux paragraphes 93 à 97; et *Emerson Milling*, au paragraphe 70.

[34] Administrative decisions more akin to the legal determinations courts make, governed by legal authorities, not policy, can be relatively constrained: *Vavilov*, at paragraphs 108–100; and in this Court, see, e.g., *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11 [*Kabul Farms*], at paragraphs 24–25; *Walchuk v. Canada (Justice)*, 2015 FCA 85, 469 N.R. 360 [*Walchuk*]; and *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, *sub nom. Globalive Wireless Management Corp. v. Public Mobile Inc.*

[35] Specific methodologies and strict language set out in statutes can be like recipes that must be followed. They too can constrain and, if they are not respected, reversal can result: *Vavilov*, at paragraphs 108–110; and in this Court, see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205, 50 C.R. (7th) 1 [*Sharif*], at paragraph 34; and *Heffel*, at paragraph 34.

[36] As well, decisions of great significance to the individual call for administrative decision makers to supply more justification and explanation: *Vavilov*, at paragraphs 133–135; and in this Court, see, e.g., *Farwaha*, at paragraphs 91–92; *Boogaard*, at paragraph 49; *Walchuk*, at paragraph 33; *Sharif*, at paragraph 11; *Erasmus v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 129, 473 N.R. 245; and *Kabul Farms*, at paragraphs 24–26.

[37] The parties argued their cases under *Dunsmuir* but mindful throughout of this Court’s jurisprudence. Therefore, it was not necessary to invite them to provide further submissions concerning *Vavilov*. The reasons that follow cite primarily to *Vavilov*. But if *Vavilov* did not exist, these same reasons would have been given, with appropriate citation to the existing jurisprudence of this Court.

[38] The applications for judicial review before this Court challenge the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1). It is apposite to set out what reviewing courts should expect from administrative decision makers

[34] Les décisions administratives qui s’apparentent davantage aux décisions des tribunaux judiciaires et sont régies par le droit et non par des questions de politique générale sont assujetties à relativement plus de contraintes : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143 [*Kabul Farms*], aux paragraphes 24 et 25; *Walchuk c. Canada (Justice)*, 2015 CAF 85 [*Walchuk*]; et *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, *sub nom. Globalive Wireless Management Corp. c. Public Mobile Inc.*

[35] Lorsque la loi prévoit une méthode précise et que le libellé est strict, elle peut ressembler à une méthode contraignante qu’il faut suivre; sinon, il peut en découler une annulation : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205 [*Sharif*], au paragraphe 34; et *Heffel*, au paragraphe 34.

[36] De même, lorsque la décision revêt une grande importance pour le particulier, le décideur administratif doit fournir davantage de justifications et d’explications : voir *Vavilov*, aux paragraphes 133 à 135, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Farwaha*, aux paragraphes 91 et 92; *Boogaard*, au paragraphe 49; *Walchuk*, au paragraphe 33; *Sharif*, au paragraphe 11; *Erasmus c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 129; et *Kabul Farms*, aux paragraphes 24 à 26.

[37] Les parties ont présenté leurs observations en tenant compte de l’arrêt *Dunsmuir*, mais elles ont également tenu compte de la jurisprudence de notre Cour. Par conséquent, il n’était pas nécessaire de les inviter à fournir des observations supplémentaires concernant l’arrêt *Vavilov*. Les motifs qui suivent renvoient principalement à l’arrêt *Vavilov*. Cependant, si l’arrêt *Vavilov* n’existait pas, la Cour aurait prononcé les mêmes motifs en renvoyant à la jurisprudence existante de notre Cour.

[38] Les demandes de contrôle judiciaire dont notre Cour est saisie contestent l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission. Il convient de dire ce dont les cours de révision s’attendent des décideurs

when they interpret statutory provisions, as this is one of the ways the Board veered off course.

[39] For a while now, this Court has held that administrative decision makers interpreting legislative provisions must consider the text, context and purpose of the provisions in order to arrive at the authentic meaning of the provisions: see *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556 [*Hillier*], at paragraphs 18–33; *Sharif*, at paragraphs 18–29; and *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376 [*Schmidt*], at paragraphs 24–32, all of which follow the leading decisions of the Supreme Court in this area such as *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 [*Bell ExpressVu*]; and *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10. This Court has also held that administrative decision makers must interpret legislative provisions in a non-result-oriented manner, refraining from pursuing policy preferences alien to the governing legislation: see *Hillier*, *Sharif* and *Schmidt*; see also *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174 [*Williams*], at paragraphs 41–52 and *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328, at paragraphs 77–80.

[40] The empowering legislation of some administrative decision makers gives them a policy-making or policy-applying role and some have expertise and specialization. These features may make them well-equipped to discern and appreciate the policy genuinely behind particular legislation. But it is not for them—or the courts for that matter—to amend that legislation. Absent specific and proper delegation of the power to legislate, making and changing legislation remains the exclusive preserve of those we elect: *Williams*, at paragraph 49; *Sharif*, at paragraph 51; *Atlas Tube Canada ULC v. Canada (National Revenue)*, 2019 FCA 120, 2019 D.T.C. 5062, at paragraphs 4–5. Administrative decision makers, like courts, are limited to discerning the authentic meaning of legislation and applying that meaning faithfully—not ignoring or distorting that meaning to get a result in a particular case or to achieve whatever they imagine is best or right.

administratifs lorsqu'ils interprètent des dispositions légales, car c'est l'une des façons dont la Commission s'est égarée.

[39] Depuis un certain temps, notre Cour dit que les décideurs administratifs qui interprètent des dispositions légales doivent prendre en compte le texte, le contexte et l'objet des dispositions afin de parvenir au sens véritable des dispositions : voir *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44 [*Hillier*], aux paragraphes 18 à 33; *Sharif*, aux paragraphes 18 à 29; et *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376 [*Schmidt*], aux paragraphes 24 à 32, décisions qui suivent les arrêts de principe de la Cour suprême dans ce domaine, comme *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; et *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10. Notre Cour a également jugé que les décideurs administratifs doivent interpréter les dispositions légales d'une manière qui ne favorise pas un résultat précis et qu'ils doivent s'abstenir de viser une politique générale qui ne ressort pas de la législation en vigueur : voir *Hillier*, *Sharif* et *Schmidt*; voir également *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174 [*Williams*], aux paragraphes 41 à 52 et *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328, aux paragraphes 77 à 80.

[40] La loi habilitante de certains décideurs administratifs leur confère la tâche d'établir ou d'appliquer des politiques, et certains d'entre eux ont une connaissance spécialisée. Cela peut faire qu'ils soient en mesure de discerner et d'appliquer la politique qui sous-tend véritablement une loi précise. Mais ce n'est pas à eux — ni aux tribunaux, d'ailleurs — de modifier la loi. En l'absence d'une délégation précise et appropriée du pouvoir de légiférer, l'établissement et la modification de la loi relèvent de ceux que nous élisons : voir *Williams*, au paragraphe 49; *Sharif*, au paragraphe 51; et *Atlas Tube Canada ULC c. Canada (Revenu national)*, 2019 CAF 120, aux paragraphes 4 et 5. Les décideurs administratifs, comme les tribunaux judiciaires, ne peuvent que discerner le sens véritable de la loi et l'appliquer fidèlement, sans négliger ce sens et sans le déformer pour obtenir un résultat dans une affaire précise ou pour atteindre ce qu'ils croient être préférable ou juste.

[41] *Vavilov* is now the most recent word on this from the Supreme Court. In effect, it reiterates and ratifies the foregoing principles set out by this Court without modification, emphasizing that legislative intent “can be understood only by reading the language chosen by the legislature in light of the purpose of the provision and the entire relevant context”: at paragraph 118.

[42] An administrative decision maker that pays mere lip service to text, context and purpose rather than conducting a genuine analysis may well have its legislative interpretation quashed. The same fate will befall an analysis that is expedient, result-oriented or skewed to advance a policy extraneous to the legislation. In *Vavilov*, the Supreme Court put it this way (at paragraphs 120–121):

... the merits of an administrative decision maker’s interpretation of a statutory provision must be consistent with the text, context and purpose of the provision. In this sense, the usual principles of statutory interpretation apply equally when an administrative decision maker interprets a provision. Where, for example, the words used are “precise and unequivocal”, their ordinary meaning will usually play a more significant role in the interpretive exercise: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10. Where the meaning of a statutory provision is disputed in administrative proceedings, the decision maker must demonstrate in its reasons that it was alive to these essential elements.

The administrative decision maker’s task is to interpret the contested provision in a manner consistent with the text, context and purpose, applying its particular insight into the statutory scheme at issue. It cannot adopt an interpretation it knows to be inferior — albeit plausible — merely because the interpretation in question appears to be available and is expedient. The decision maker’s responsibility is to discern meaning and legislative intent, not to “reverse-engineer” a desired outcome.

(For other recent decisions of the Supreme Court on the need for those interpreting legislation to avoid expedient, result-oriented approaches see *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, 433 D.L.R. (4th) 1 and *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, 442 D.L.R. (4th) 539; and see also Mark Mancini, “The

[41] L’arrêt *Vavilov* est maintenant la plus récente intervention de la Cour suprême à cet égard. En bref, il confirme sans modification les principes susmentionnés énoncés par notre Cour, en soulignant qu’on peut saisir l’intention du législateur « uniquement à partir du texte de loi, de l’objet de la disposition législative et du contexte dans son ensemble » (au paragraphe 118).

[42] Si le décideur administratif ne fait que prétendre s’intéresser au texte, au contexte et à l’objet plutôt que de procéder à une véritable analyse, son interprétation légale pourrait être annulée. Le même sort sera réservé à une analyse rapide qui favorise un résultat précis ou vise une politique générale qui ne fait pas partie de la législation. Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a énoncé ce qui suit (aux paragraphes 120 et 121) :

[...] le fond de l’interprétation [d’une disposition législative] par le décideur administratif doit être conforme à son texte, à son contexte et à son objet. En ce sens, les principes habituels d’interprétation législative s’appliquent tout autant lorsqu’un décideur administratif interprète une disposition. Par exemple, lorsque le libellé d’une disposition est « précis et non équivoque », son sens ordinaire joue normalement un rôle plus important dans le processus d’interprétation : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10. Lorsque le sens d’une disposition législative est contesté au cours d’une instance administrative, il incombe au décideur de démontrer dans ses motifs qu’il était conscient de ces éléments essentiels.

La tâche du décideur administratif est d’interpréter la disposition contestée d’une manière qui cadre avec le texte, le contexte et l’objet, compte tenu de sa compréhension particulière du régime législatif en cause. Toutefois, le décideur administratif ne peut adopter une interprétation qu’il sait de moindre qualité—mais plausible—simplement parce que cette interprétation paraît possible et opportune. Il incombe au décideur de véritablement s’efforcer de discerner le sens de la disposition et l’intention du législateur, et non d’échafauder une interprétation à partir du résultat souhaité.

(D’autres décisions récentes de la Cour suprême sur le devoir d’éviter d’interpréter les lois de façon expéditive afin d’atteindre un résultat précis sont *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144 et *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51, et voir également Mark Mancini, « The “Return” of “Textualism” at the

‘Return’ of ‘Textualism’ at the SCC[?]” (9 April 2019), online (blog): *Double Aspect* <<https://doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>>).

[43] In *Vavilov* (at paragraph 124), the Supreme Court instructs us that reviewing courts conducting reasonableness review are “not to perform a *de novo* analysis or to determine the ‘correct’ interpretation of a disputed provision” [emphasis in original]; that would be insufficiently deferential correctness review, not reasonableness review. Similarly, the reviewing court should not conduct its own analysis and then measure the administrative interpretation against it. That would be “disguised correctness”. See *Vavilov*, at paragraph 116; in this Court, see, e.g., *Delios*, at paragraph 28; *Heffel*, at paragraph 50; *Schmidt*, at paragraph 39; and *Hillier*, at paragraph 14.

[44] Not every failure to examine a pertinent aspect of text, context or purpose will result in unreasonableness. But if “it is clear that the administrative decision maker may well ... have arrived at a different result” had it considered “a key element of a statutory provision’s text, context or purpose”, its “failure to consider that element would be indefensible, and unreasonable in the circumstances”: *Vavilov*, at paragraph 122. Thus, there are cases where the administrative decision maker’s interpretation is impossible to sustain. Overall, the critical question is “whether the omitted aspect of the analysis causes the reviewing court to lose confidence in the outcome reached by the decision maker”: *Vavilov*, at paragraph 122.

[45] When engaging in reasonableness review, courts are entitled to insist that administrative decision makers explain their reasoning and justify their conclusions on issues of legislative interpretation: *Vavilov*, at paragraphs 109 and 116; see also *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269, at paragraph 29. Insistence on explanation and justification ensures that the administrative decision maker has “meaningfully grapple[d] with

SCC[?] » (9 avril 2019), en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>>).

[43] Dans l’arrêt *Vavilov*, au paragraphe 124, la Cour suprême nous enseigne que « la cour qui effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne doit pas procéder à une analyse *de novo* ni déterminer l’interprétation “correcte” d’une disposition contestée » [caractères italiques dans l’original]. Une telle analyse ne serait pas un contrôle du caractère raisonnable et serait plutôt un contrôle selon la norme de la décision correcte ne faisant pas preuve de retenue suffisante. De même, la cour de révision ne doit pas procéder à sa propre analyse et comparer ensuite l’interprétation administrative à celle-ci. Il s’agirait d’un contrôle « déguisé selon la norme de la décision correcte ». Voir *Vavilov*, au paragraphe 116, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Delios*, au paragraphe 28; *Heffel*, au paragraphe 50; *Schmidt*, au paragraphe 39; et *Hillier*, au paragraphe 14.

[44] Le défaut d’examiner un aspect pertinent du texte, du contexte ou de l’objet ne mènera pas nécessairement à une décision déraisonnable. Cependant, « s’il est manifeste que le décideur administratif aurait pu fort bien arriver à un résultat différent s’il avait pris en compte un élément clé du texte, du contexte ou de l’objet d’une disposition législative, le défaut de tenir compte de cet élément pourrait alors être indéfendable et déraisonnable dans les circonstances » : voir *Vavilov*, au paragraphe 122. Ainsi, il existe des cas où l’interprétation du décideur administratif est indéfendable. Dans l’ensemble, « il s’agit principalement de savoir si l’aspect omis de l’analyse amène la cour de révision à perdre confiance dans le résultat auquel est arrivé le décideur » (*Vavilov*, au paragraphe 122.).

[45] Lorsqu’ils procèdent au contrôle du caractère raisonnable, les tribunaux judiciaires sont en droit d’exiger que les décideurs administratifs expliquent leur raisonnement et justifient leurs conclusions sur les questions d’interprétation légale : voir *Vavilov*, aux paragraphes 109 et 116. Voir également *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67, au paragraphe 29. Le fait d’exiger une explication et une justification assure que le décideur

key issues or central arguments raised by the parties” and “was actually alert and sensitive to the matter before it”: *Vavilov*, at paragraph 128; in this Court, pre-*Vavilov*, see *D’Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167; *Yantzi v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 193, at paragraph 4 and *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2018 FCA 136, 44 Admin. L.R. (6th) 71, at paragraphs 87–94. Where reasons read in light of the record “contain a fundamental gap or reveal that the decision is based on an unreasonable chain of analysis”, the court should not “ordinarily ... fashion its own reasons in order to buttress the administrative decision”: *Vavilov*, at paragraph 96.

[46] It is unnecessary to consider the standard of review in much more detail in this case. For the reasons set out below, the decision of the Board cannot stand.

[47] Even under the standard of review of reasonableness, the Board was heavily constrained in what it could acceptably do by:

- the text, context and purpose of subsection 2.4(1.1) and the accepted methodology for considering these elements (see *Vavilov*, at paragraphs 120–121 and pre-*Vavilov* authorities, above);
- case law decided in this area such as *Entertainment Software Association* and *Rogers Communications Inc.* concerning the meaning of a “communication to the public by telecommunication” (*Vavilov*, at paragraphs 111–112 and pre-*Vavilov* authorities, above);
- case law concerning the interrelationship between domestic law and international law and the general primacy of the former over the latter (*Vavilov*, at paragraphs 111–114 and pre-*Vavilov* authorities, above).

administratif se soit attaqué « de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties » et qu’il fût « effectivement attentif et sensible à la question qui lui était soumise » : voir *Vavilov*, au paragraphe 128, et, à notre Cour, avant l’arrêt *Vavilov*, voir *D’Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95; *Yantzi c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 193, au paragraphe 4; et *Bonnybrook Industrial Park Development Co. Ltd c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 136, aux paragraphes 87 à 94. Lorsque, en tenant compte du dossier, les motifs « comportent une lacune fondamentale ou révèlent une analyse déraisonnable, il ne convient habituellement pas que la cour de révision élabore ses propres motifs pour appuyer la décision administrative » : voir *Vavilov*, au paragraphe 96.

[46] Il n’est pas nécessaire d’examiner en plus de détail la norme de contrôle en l’espèce. Pour les motifs énoncés ci-dessous, la décision de la Commission ne peut être fondée.

[47] Même selon la norme de contrôle de la décision raisonnable, la Commission était fortement limitée dans ce qu’elle pouvait faire de manière acceptable par ce qui suit :

- le texte, le contexte et l’objet du paragraphe 2.4(1.1) et la méthode acceptée pour examiner ces éléments (voir *Vavilov*, aux paragraphes 120 et 121, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée);
- la jurisprudence dans ce domaine, comme *Entertainment Software Association* et *Rogers Communications Inc.*, au sujet du sens de l’expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre » (voir *Vavilov*, aux paragraphes 111 et 112, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée);
- la jurisprudence concernant les liens entre le droit national et le droit international et la primauté générale du premier sur le second (voir *Vavilov*, aux paragraphes 111 à 114, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée).

[48] In its interpretation of subsection 2.4(1.1), the Board offended these constraints and reached an unreasonable decision.

B. Analysis

[49] Nowhere did the Board explicitly say that it had a desired result in mind and that it was going to interpret subsection 2.4(1.1) in a manner to get that result. But looking at the reasons as a whole, whether it intended to do so or not, that is exactly what the Board did: it skewed its analysis in favour of one particular result.

[50] Two general features of unacceptability are evident in the Board's reasons:

- (1) *Unacceptable legislative interpretation.* The Board did set out the accepted method of interpreting legislation and the need to look at the text, context and purpose of legislation: at para. 95. But the analysis that follows leaves out important elements, particularly contextual elements such as the Supreme Court's decision in *Entertainment Software Association*. And, along the way, the Board made some leaps of reasoning that cannot be justified. These fundamental defects result in a fatal loss of confidence in the Board's interpretation of subsection 2.4(1.1).
- (2) *Misapprehension of the interrelationship between international law and domestic law.* One element of the legislative purpose and context behind subsection 2.4(1.1), indeed an important element, is Article 8 of the Treaty. But the Board went beyond seeing it as just an element: it developed its own robust view of Article 8, offering nothing in support, and forced subsection 2.4(1.1), a provision in domestic legislation, to fit its view, calling subsection 2.4(1.1) a "deeming provision". In so doing, the Board acted contrary to binding jurisprudence that limits the ways in which international law can influence the interpretation of domestic law.

[48] Lors de son interprétation du paragraphe 2.4(1.1), la Commission a enfreint ces contraintes et est parvenue à une décision déraisonnable.

B. Analyse

[49] La Commission ne dit jamais explicitement qu'elle avait un résultat souhaité à l'esprit et qu'elle allait interpréter le paragraphe 2.4(1.1) de manière à obtenir ce résultat. Cependant, en examinant les motifs dans leur ensemble, que ce soit délibéré ou non, c'est exactement ce que la Commission a fait : elle a biaisé son analyse en faveur d'un résultat précis.

[50] Deux indices généraux du caractère inacceptable ressortent des motifs de la Commission :

- 1) *Une interprétation légale inacceptable* — La Commission a exposé la méthode acceptée d'interprétation des lois et la nécessité d'examiner le texte, le contexte et l'objet de la loi, au paragraphe 95. Cependant, l'analyse qui suit omet des éléments importants, notamment des éléments contextuels comme l'arrêt de la Cour suprême *Entertainment Software Association*. Ainsi, en cours de route, la Commission a fait dans son raisonnement des sauts qui ne peuvent être justifiés. Ces défauts fondamentaux entraînent une perte de confiance fatale dans l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission.
- 2) *Une mauvaise compréhension des liens entre le droit international et le droit national* — Un élément de l'objet et du contexte du paragraphe 2.4(1.1), voire un élément important, est l'article 8 du Traité. Toutefois, la Commission ne s'est pas contentée de le considérer comme un simple élément : elle a développé sa propre vue d'ensemble de l'article 8, ne l'étayant aucunement, et a imposé au paragraphe 2.4(1.1), une disposition légale nationale, un sens qui correspondait à son point de vue, qualifiant le paragraphe 2.4(1.1) de « disposition déterminative ». Ce faisant, la Commission a contrevenu à la jurisprudence contraignante qui limite les façons dont le droit international peut influencer l'interprétation du droit national.

(1) *Unacceptable legislative interpretation*

[51] In the Board’s view, the act of making a work available to the public is a “communication by telecommunication” that exists apart from any later act of transmission, such as by further communication in the form of a stream or reproduction in the form of a download. This means that two tariffs can be applied: one for the making available to the public and a later one for transmission over the Internet: at paragraph 16. Some of the parties focus their attack on this: memorandum of fact and law of Apple Inc. and Apple Canada Inc. at paragraphs 36 and 89–92; memorandum of fact and law of Pandora Media, Inc., at paragraphs 4, 5, 14 and 24–30.

[52] The Board provided no meaningful reasons to support the idea that subsection 2.4(1.1) operates in this way.

[53] It invoked the preamble to the *Copyright Modernization Act* (at paragraph 98) but in no way does the preamble support the Board’s interpretation. The portion of the preamble invoked by the Board reads as follows:

Whereas the *Copyright Act* is an important marketplace framework law and cultural policy instrument that, through clear, predictable and fair rules, supports creativity and innovation and affects many sectors of the knowledge economy;

Whereas advancements in and convergence of the information and communications technologies that link communities around the world present opportunities and challenges that are global in scope for the creation and use of copyright works or other subject-matter;

Whereas in the current digital era copyright protection is enhanced when countries adopt coordinated approaches, based on internationally recognized norms;

Whereas those norms are reflected in the World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty, adopted in Geneva in 1996;

1) *Une interprétation légale inacceptable*

[51] De l’avis de la Commission, le fait de mettre une œuvre à la disposition du public est une « communication au public par télécommunication » qui existe indépendamment de toute transmission ultérieure, telle qu’une communication ultérieure sous la forme d’une diffusion ou un acte de reproduction sous la forme d’un téléchargement. Cela signifie que deux tarifs s’appliquent, un pour la mise à la disposition du public et un autre pour la transmission ultérieure sur Internet (au paragraphe 16). Certaines parties fondent leur contestation sur cela : voir le mémoire des faits et du droit de Apple Inc. et de Apple Canada Inc., aux paragraphes 36 et 89 à 92, et le mémoire des faits et du droit de Pandora Media Inc., aux paragraphes 4, 5, 14 et 24 à 30.

[52] La Commission n’a fourni aucun motif valable pour affirmer que le paragraphe 2.4(1.1) a cet effet.

[53] Elle a invoqué le préambule de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur* (au paragraphe 98), mais en aucun cas le préambule n’étaye l’interprétation de la Commission. La partie du préambule invoquée par la Commission est la suivante :

Attendu :

que la *Loi sur le droit d’auteur* est une loi-cadre importante du marché et un instrument indispensable de la politique culturelle qui, au moyen de règles claires, prévisibles et équitables, favorise la créativité et l’innovation et touche de nombreux secteurs de l’économie du savoir;

que le développement et la convergence des technologies de l’information et des communications qui relient les collectivités du monde entier présentent des possibilités et des défis qui ont une portée mondiale pour la création et l’utilisation des œuvres ou autres objets du droit d’auteur protégés;

que la protection du droit d’auteur, à l’ère numérique actuelle, est renforcée lorsque les pays adoptent des approches coordonnées, fondées sur des normes reconnues à l’échelle internationale;

que ces normes sont incluses dans le Traité de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d’auteur et dans le Traité de l’Organisation

Whereas those norms are not wholly reflected in the *Copyright Act*;

The preamble is at a level of generality that does not support the interpretation reached by the Board. It also suggests that the *Copyright Modernization Act* is aimed at implementing certain norms in international law, but it is vague as to the extent to which it does so. It certainly does not encourage anyone to ignore the specific terms of the Act and just interpret and apply international law wholesale.

[54] Next, the Board looked to government statements surrounding the enactment of the *Copyright Modernization Act*. These are also at a level of generality that does not support the interpretation reached by the Board.

[55] First was the government's statement upon introduction of the legislation: at paragraph 101. It is devoid of any guidance on subsection 2.4(1.1) that would support the Board's interpretation:

The *Copyright Modernization Act* provides copyright industries with a clear framework in which to invest in creative content, reach new markets, engage in new business models and combat infringement in a digital environment. Copyright owners are often artists and creators. The *Copyright Modernization Act* promotes creativity, innovation and culture by introducing new rights and protections for artists and creators. It will help these people protect their work and ensure they are fairly compensated for their efforts

[...]

The WIPO Copyright Treaty and the Performances and Phonograms Treaty, collectively known as the WIPO Internet treaties, establish new rights and protections for authors, performers and producers. Canada signed the treaties in 1997. The proposed Bill will implement the

mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adoptés à Genève en 1996;

que ces normes ne se trouvent pas toutes dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

Le préambule est énoncé de façon si générale qu'il n'étaye pas l'interprétation à laquelle est parvenue la Commission. Le préambule laisse également penser que la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* vise à mettre en œuvre certaines normes du droit international, mais il est vague quant à la mesure dans laquelle la loi le fait. Il n'encourage certainement pas qu'on ne tienne pas compte du libellé précis de la *Loi sur le droit d'auteur* et qu'on ne fasse qu'interpréter et appliquer le droit international dans son intégralité.

[54] La Commission s'est ensuite penchée sur les déclarations du gouvernement lors de l'adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*. Celles-ci sont également si générales qu'elles n'appuient pas l'interprétation à laquelle est parvenue la Commission.

[55] Il y a tout d'abord la déclaration du gouvernement lors de la présentation de la loi, au paragraphe 101. Elle ne dit rien à l'égard du paragraphe 2.4(1.1) qui pourrait étayer l'interprétation de la Commission :

Le projet de loi intitulé *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* donne aux secteurs reposant sur le droit d'auteur un cadre clair pour investir dans le contenu créatif, atteindre de nouveaux marchés, lancer de nouveaux modèles d'affaires et combattre la violation du droit d'auteur dans un environnement numérique. Les titulaires du droit d'auteur sont souvent des artistes et des créateurs. La nouvelle *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* favorise la créativité, l'innovation et la culture en introduisant de nouveaux droits et mesures de protection pour les artistes et les créateurs. Elle aidera ces gens à protéger leurs œuvres et veillera à ce qu'ils reçoivent une rémunération équitable pour leurs efforts.

[...]

Le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, appelés collectivement *Traité Internet de l'OMPI*, établissent les nouveaux droits et mesures de protection des auteurs, interprètes et producteurs. Le

associated rights and protections to pave the way for a future decision on ratification. All copyright owners will now have a “making available right,” which is an exclusive right to control the release of copyrighted material on the Internet. This will further clarify that the unauthorized sharing of copyrighted material over peer-to-peer networks constitutes an infringement of copyright. [Footnote omitted.]

[56] Far from supporting the Board’s interpretation, that passage would seem to undercut it. It suggests that subsection 2.4(1.1) is a narrow, limited-purpose provision aimed at “clarify[ing] that the unauthorized sharing of copyrighted material over peer-to-peer networks constitutes an infringement of copyright”. But the Board did not address that obstacle in its journey to the result it reached. Instead, it proceeded to another government document, entitled “Balanced Copyright—Glossary”: at paragraph 102.

[57] That document said nothing to support the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1). It explained only that the “making available right” is an “exclusive right of copyright owners to authorize the communication of their work or other related subject-matter in a manner in which the time and place of receiving the communication can be individually chosen by members of the public (e.g., iTunes).”

[58] As far as context is concerned, the Board noted that the concept of “making available” appears elsewhere in the Act, and did not draw any significance from those other instances: at paragraph 106. Indeed, it conceded that “[t]hese provisions do not appear to shed light on the issue”: at paragraph 106.

[59] The Board then turned to the all-important decision of the Supreme Court in *Entertainment Software Association*, noting that “communication by telecommunication” was “fundamentally a performance right, and the term ‘communicate’ did not extend to reproduction-based activities”: at paragraph 109. It then proceeded to set aside *Entertainment Software Association*

Canada a signé ces traités en 1997. Le projet de loi permettra de mettre en œuvre les droits et mesures de protection connexes, afin qu’une future décision soit prise concernant la ratification de ces traités. Tous les titulaires du droit d’auteur auront désormais le « droit de mettre à disposition », à savoir le droit exclusif de contrôler l’affichage d’œuvres protégées par le droit d’auteur sur Internet. Ainsi, il sera plus facile de déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d’auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d’auteur. [Note en bas de page omise.]

[56] Plutôt qu’étayer l’interprétation de la Commission, ce passage semble l’infirmier. Il semble indiquer que le paragraphe 2.4(1.1) est une disposition étroite, à objet limité, visant à rendre plus facile de « déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d’auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d’auteur ». Mais la Commission ne s’est pas arrêtée à cet obstacle dans son cheminement vers le résultat qu’elle a atteint. Au lieu de cela, elle est passée à un autre document gouvernemental, intitulé « Droit d’auteur équilibré — Glossaire », au paragraphe 102.

[57] Ce document ne dit rien qui étaye l’interprétation de la Commission du paragraphe 2.4(1.1). Il explique seulement que la « mise à disposition » constitue un « [d]roit exclusif pour les titulaires du droit d’auteur d’autoriser la communication au public de leur œuvre ou d’un autre objet protégé de façon à ce que le temps et l’endroit de la réception de la communication puissent être individuellement choisis par les membres du public (p. ex., iTunes) ».

[58] En ce qui concerne le contexte, la Commission a noté que l’expression « mise à la disposition » figure ailleurs dans la loi, et elle n’a pas tiré de conclusion de ce fait, au paragraphe 106. En fait, elle reconnaît que ces « dispositions ne semblent pas faire la lumière sur la question » (au paragraphe 106).

[59] La Commission s’est ensuite penchée sur l’importante décision de la Cour suprême *Entertainment Software Association*. La Cour suprême a affirmé que la « communication par télécommunication » était fondamentalement un droit d’exécution, et que le terme « communiquer » n’englobait pas des activités apparentées à la reproduction (au paragraphe 109). La Commission a

because it predated the Treaty: at paragraph 110. Indeed, from that point on, the Board no longer looked to anything else to do with the text, context or purpose of subsection 2.4(1.1). The Treaty became everything.

[60] And without offering any reasoning in support, the Board asserted its own very expansionist view of what the Treaty did (at paragraph 111):

... The new protection for the act of making a work available by telecommunication was intended to provide rights holders with a basis to hold liable those who make copyrighted works available to the public online even where no evidence of reproduction or actual communication to the public was present.

[61] To bolster its view of the word “communicate” in subsection 2.4(1.1), so that subsection 2.4(1.1) could fit its view of what the Treaty required, the Board looked (at paragraphs 113–114) to the dictionary definition of “communicate” and not the Supreme Court’s jurisprudence, particularly *Entertainment Software Association*. But those definitions, which spoke of the conveying of information, did not neatly fit with the wording of subsection 2.4(1.1). And the Supreme Court in *Entertainment Software Association* specifically rejected this sort of abstract use of dictionary definitions without consideration of the context: at paragraph 31.

[62] This did not stop the Board from reaching its preferred definition. In its view, subsection 2.4(1.1) acted as a deeming provision (at paragraph 115):

Since the making available of a work does not require any actual transmission to take place, the ordinary meaning of the phrase “communicate [...] to the public by telecommunication” cannot bear the meaning ascribed to it by subsection 2.4(1.1) of the Act. The provision therefore has the effect of a deeming clause.

[63] The Board described a deeming clause as “a statutory fiction that imports into a word or expression an additional meaning that it would not otherwise have”:

ensuite écarté l’arrêt *Entertainment Software Association* parce qu’il est antérieur au Traité (au paragraphe 110). En fait, à partir de là, la Commission ne s’est plus intéressée au texte, au contexte ou à l’objet du paragraphe 2.4(1.1). Le Traité a pris toute la place.

[60] Sans offrir de raisonnement à l’appui, la Commission a exposé sa propre vision très expansionniste du Traité (au paragraphe 111) :

[...] La nouvelle protection concernant la mise à disposition d’une œuvre par télécommunication visait à fournir aux titulaires de droits des outils pour poursuivre ceux qui mettent des œuvres à la disposition du public en ligne, même sans preuve de reproduction ou de communication.

[61] Pour étayer son interprétation du verbe « communiquer » au paragraphe 2.4(1.1) afin que ce paragraphe corresponde à son point de vue sur les exigences du Traité, la Commission a examiné (aux paragraphes 113 et 114) la définition que donnent les dictionnaires du verbe « communiquer », et non la jurisprudence de la Cour suprême, plus précisément l’arrêt *Entertainment Software Association*. Cependant, ces définitions, où il est question de la transmission de renseignements, ne correspondent pas convenablement au libellé du paragraphe 2.4(1.1). Par ailleurs, la Cour suprême, dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, a expressément rejeté ce genre d’utilisation abstraite des définitions de dictionnaires sans tenir compte du contexte (au paragraphe 31).

[62] Cela n’a pas empêché la Commission de parvenir à la définition qu’elle préférait. À son avis, le paragraphe 2.4(1.1) était une disposition déterminative (au paragraphe 115) :

Étant donné que la mise à disposition d’une œuvre ne requiert pas qu’une transmission ait lieu, le sens ordinaire de l’énoncé « communiquer au public, par télécommunication » ne saurait correspondre au sens que lui donne le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi, lequel a donc l’effet d’une disposition déterminative.

[63] La Commission a expliqué qu’une disposition déterminative est « une fiction juridique qui donne à un mot ou à une expression un sens autre que celui qu’on leur

at paragraph 116. In effect, despite the plain meaning of the word “communicate”, the Board made subsection 2.4(1.1) fit its view of what the Treaty required.

[64] The proper methodology was to explain the meaning of “communication to the public by telecommunication” by examining the text, context and purpose of that phrase in a genuine and meaningful way. The Board abandoned that methodology and imposed a meaning derived from its own view of the Treaty, papering over the incongruence by calling subsection 2.4(1.1) a deeming provision.

[65] The Supreme Court’s decision in *Entertainment Software Association* warrants closer examination because on any rational analysis it speaks to the authentic meaning of subsection 2.4(1.1) and constrains the Board. In *Entertainment Software Association*, the Supreme Court considered whether the word “communicate” in paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* captured downloads of copyrighted works. The Supreme Court concluded that it did not.

[66] The Supreme Court came to that conclusion after a careful examination of the evolution of the ways in which a work could be performed, first in the theatrical sense before a live audience, then by radio communication to a remote audience, and then by communication to the public by telecommunication in cable television and ultimately, the Internet age. It was open to Parliament to depart from the Court’s construction of “communication to the public by telecommunication” but, as with departures from the principle of technological neutrality, clear legislative text would be required: *Entertainment Software Association*, at paragraph 9. The implication for the case at bar is obvious: only clear legislative text in subsection 2.4(1.1) could support the Board’s position. As discussed above, the general statements cited by the Board do not amount to Parliamentary license to ignore this constraint. But that is what the Board’s interpretation did: it broadened communication by telecommunication to include the preparatory steps (making available) for downloads.

reconnaît habituellement » (au paragraphe 116). Malgré le sens normal du mot « communiquer », la Commission a fait en sorte que le paragraphe 2.4(1.1) corresponde à son point de vue sur les exigences du Traité.

[64] La méthode convenable était d’expliquer le sens de l’expression « communication au public par télécommunication » en examinant le texte, le contexte et l’objet de cette expression d’une manière réelle et utile. La Commission a abandonné cette méthode et a imposé un sens tiré de sa propre vision du Traité en cachant l’incohérence en qualifiant le paragraphe 2.4(1.1) de disposition déterminative.

[65] La décision de la Cour suprême *Entertainment Software Association* mérite un examen plus approfondi parce que, selon toute analyse rationnelle, elle renvoie au sens véritable du paragraphe 2.4(1.1) et limite la Commission. Dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, la Cour suprême a examiné si le mot « communiquer » à l’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* visait les téléchargements d’œuvres protégées par le droit d’auteur. La Cour suprême a conclu que ce n’était pas le cas.

[66] La Cour suprême est parvenue à cette conclusion après avoir examiné attentivement l’évolution des modes d’exécution d’une œuvre, d’abord en présence d’un auditoire sur place, puis par radiodiffusion à un auditoire éloigné, puis par communication au public par télécommunication grâce à la câblodistribution et, enfin, par Internet. Le législateur pouvait s’écarter de l’interprétation faite par la Cour suprême de l’expression « communication au public, par télécommunication », mais, à l’instar d’une dérogation au principe de la neutralité technologique, il faudrait un texte légal clair : voir *Entertainment Software Association*, au paragraphe 9. Les conséquences en l’espèce sont évidentes : il faudrait que le paragraphe 2.4(1.1) ait un libellé clair pour qu’il étaye la thèse de la Commission. Comme nous l’avons vu plus haut, les déclarations générales auxquelles renvoie la Commission ne signifient pas que le législateur l’ait autorisée à ne pas tenir compte de cette contrainte. C’est cependant ce qu’a fait l’interprétation de la Commission : elle a élargi le sens de la communication par télécommunication pour inclure les étapes préparatoires (la mise à la disposition) aux téléchargements.

[67] The Board’s interpretation also runs counter to constraints imposed by previous Supreme Court rulings. The Supreme Court has warned against duplicate layers of regulation and fees that would cause inefficiency and needless costs. In *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at paragraph 31, the Supreme Court ruled that the proper balance between copyright owners and users requires a consideration of regulatory efficiency. It added to this line of thinking in *Entertainment Software Association* when it found that the Act should be interpreted to avoid imposing “an additional layer of protections and fees based solely on the *method of delivery* of the work to the end user”. To do otherwise is to “impose a gratuitous cost for the use of more efficient Internet-based technologies”: at paragraph 9 [emphasis in original].

[68] Overall, the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1) cannot be sustained on any acceptable basis.

(2) *Misapprehension of the interrelationship between international law and domestic law*

[69] The text of subsection 2.4(1.1) refers to “communication to the public by telecommunication”. Under the accepted method of legislative interpretation, this should have been the starting point. But rather than starting there, the Board went elsewhere.

[70] As noted above, the Board took Article 8 of the Treaty, interpreted it, and then made subsection 2.4(1.1) conform with that interpretation. It interpreted Article 8 of the Treaty as intending to provide protection for the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public: at paragraph 111. It assumed without analysis that subsection 2.4(1.1) implemented that particular meaning of Article 8: at paragraph 99. Therefore, subsection 2.4(1.1) protected the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public, such as the posting of works to an internet server to be downloaded by end-users: at paragraph 117.

[67] L’interprétation de la Commission contrevient également aux contraintes imposées par les arrêts antérieurs de la Cour suprême. La Cour suprême a mis en garde contre la duplication des niveaux de règlements et de frais qui seraient source d’inefficacité et de coûts inutiles. Dans l’arrêt *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, au paragraphe 31, la Cour suprême a conclu qu’un juste équilibre entre les titulaires de droits d’auteur et les utilisateurs exige qu’on tienne compte de l’efficacité réglementaire. Elle a ajouté à cette ligne de pensée dans l’arrêt *Entertainment Software Association* lorsqu’elle a estimé que la loi devait être interprétée « de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d’exigibilité d’une redevance qui soit uniquement fondé sur le *mode de livraison* de l’œuvre à l’utilisateur ». Sinon, on « imposerait en fait un coût injustifié pour l’utilisation de technologies Internet plus efficaces » (au paragraphe 9 [italique dans l’original]).

[68] Dans l’ensemble, l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission ne repose sur aucun fondement acceptable.

2) *Une mauvaise compréhension des liens entre le droit international et le droit national*

[69] Les termes du paragraphe 2.4(1.1) sont : « communication au public par télécommunication ». Selon la méthode acceptée d’interprétation des lois, cela aurait dû être le point de départ. Mais plutôt que de partir de là, la Commission s’y est prise autrement.

[70] Comme il est indiqué ci-dessus, la Commission a pris l’article 8 du Traité, l’a interprété, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à cette interprétation. Elle a interprété l’article 8 du Traité comme visant à protéger la mise à la disposition d’une œuvre par télécommunication, même en l’absence de transmission au public (au paragraphe 111). Elle a supposé, sans analyse, que le paragraphe 2.4(1.1) mettait en œuvre ce sens précis de l’article 8 (au paragraphe 99). Par conséquent, le paragraphe 2.4(1.1) protégeait le fait de rendre une œuvre accessible par télécommunication même en l’absence de transmission au public, comme la mise d’œuvres sur un serveur Internet en vue de leur téléchargement par les utilisateurs (au paragraphe 117).

[71] As we have seen, the Board justified this result, without any supporting analysis, by asserting that subsection 2.4(1.1) acted as a deeming provision. In effect, the Board made subsection 2.4(1.1) fit its view of the Treaty to the extent of making the *Copyright Act* mean something other than what it says. It is as if the Board considered the Treaty—in particular its view of what the Treaty means—to be the superior law that governs domestically in Canada and made the domestic statute passed by Parliament fit with that meaning.

[72] The respondents defend this approach, urging that we apply the Supreme Court’s decision in *Office of the Children’s Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398 [*Balev*]. They submit that, for all practical purposes, *Balev* makes the Treaty binding in Canadian law. Thus, they submit, the Board’s methodology—interpreting Article 8 of the Treaty and then assuming that subsection 2.4(1.1) implemented that interpretation wholesale—was sound.

[73] *Balev* says no such thing. In *Balev*, the Supreme Court considered provincial legislation that adopted and incorporated, explicitly, wholesale and without modification, the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* [The Hague, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35 (Convention)]. Thus, in that case, the statutory interpretation exercise required the Court to interpret the Convention itself. That is different from the case at bar where subsection 2.4(1.1) does not explicitly adopt or incorporate Article 8 of the Treaty wholesale and without modification.

[74] Just because Canadian domestic legislation is enacted against the backdrop of a treaty that Canada has signed and just because the preamble to legislation, as here, suggests that it is aimed at implementing a treaty, it cannot be assumed that Parliament has adopted the treaty wholesale, no more and no less. Parliament, in fact, may have whittled down the provisions of the treaty or may have extended them. Indeed, it may have done something completely different.

[71] Comme nous l’avons vu, la Commission a justifié ce résultat, sans aucune analyse à l’appui, en affirmant que le paragraphe 2.4(1.1) était une disposition déterminative. La Commission a fait en sorte que le paragraphe 2.4(1.1) corresponde à son point de vue sur le Traité au point de faire en sorte que la *Loi sur le droit d’auteur* signifie autre chose que ce qu’elle énonce. C’est comme si la Commission avait considéré le Traité — plus précisément son avis sur ce que signifie le Traité — comme étant le droit supérieur qui régit le droit national au Canada et comme si la Commission avait fait en sorte que la loi interne adoptée par le législateur corresponde à ce sens.

[72] Les défendeurs défendent cette approche et nous demandent d’appliquer la décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Bureau de l’avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398 [*Balev*]. Ils affirment que, dans les faits, l’arrêt *Balev* rend le Traité en cause dans cette affaire contraignant en droit canadien. Ainsi, selon eux, la méthode de la Commission, soit interpréter l’article 8 du Traité et supposer ensuite que le paragraphe 2.4(1.1) a mis en œuvre cette interprétation dans son intégralité, était bonne.

[73] Ce n’est pas ce que dit l’arrêt *Balev*. Dans cet arrêt, la Cour suprême a examiné la loi provinciale qui a adopté et intégré, explicitement, intégralement et sans modification, la *Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants* [La Haye, 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35 (la Convention)]. Ainsi, dans cette affaire, la Cour suprême devait interpréter la Convention elle-même. Cela est différent de l’espèce, où le paragraphe 2.4(1.1) n’adopte ou n’intègre pas explicitement l’article 8 du Traité intégralement et sans modification.

[74] Ce n’est pas parce que la législation nationale canadienne est adoptée alors que le Canada a signé un traité et que le préambule de la loi, comme ici, indique qu’elle vise à mettre en œuvre un traité qu’on peut supposer que le législateur a en fait adopté le traité intégralement. En fait, le législateur peut avoir restreint les dispositions du traité ou les avoir étendues. Il peut même avoir fait quelque chose complètement différent.

[75] The Board’s decision and many of the submissions supporting it suffer from a misunderstanding of the relationship between Canadian domestic law and international law.

- (a) The proper interrelationship between international law and domestic law

[76] When developing a legal argument, some members of the legal academy, the Bar, administrative decision makers and the judiciary invoke international law—or sometimes just the vibe of it—because they see it as always relevant, persuasive and binding. Others see it as a make-weight, hoping to sway the impressionable with its grand provenance and sometimes broad acceptance. Still others see it as a supply of preferred values and ideological standards, handy ammunition to fire in support of a cause. In a courtroom ruled by doctrine, these are misuses of international law.

[77] Too often these days, we see these misuses. International law enters legal debates before courts and administrative decision-makers only in specific, defined ways that are consistent with settled doctrine and our constitutional framework: *Gitxaala Nation v. Canada*, 2015 FCA 73 [*Gitxaala Nation (2015)*].

[78] It is true that some treaties and conventions have been signed by many, some of them most significant. And it is true that prohibitive rules of customary international law do form part of our common law: see *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 [*Hape*], at paragraph 39; and *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, 443 D.L.R. (4th) 183 [*Nevsun*]. But domestic law—such as a statute, regulation or order in council—that says something different always prevails. For this reason, when domestic law and international law both potentially bear upon a legal problem, one must always start by discerning the authentic meaning of the domestic law.

[79] Let us not forget why domestic law prevails. In the territory of Canada, the Constitution of Canada is supreme: *Constitution Act, 1982*, section 52. Under

[75] La décision de la Commission et de nombreuses observations à l’appui de celle-ci démontrent une mauvaise compréhension des liens entre le droit national canadien et le droit international.

- a) Les liens justes entre le droit international et le droit national

[76] Lorsqu’ils préparent un argument juridique, certains professeurs de droit, avocats, décideurs administratifs et juges invoquent le droit international — ou parfois simplement l’impression qu’il donne — parce qu’ils le considèrent comme toujours pertinent, convaincant et contraignant. D’autres le considèrent comme un argument supplémentaire et espèrent convaincre ceux qui se laissent facilement influencer par sa provenance prestigieuse et parfois par sa large acceptation. D’autres encore y voient une source de valeurs à privilégier et de normes idéologiques, des munitions pratiques à l’appui d’une cause. Devant une Cour régit par les règles de droit, il s’agit là d’un abus du droit international.

[77] Nous constatons ces abus trop souvent de nos jours. Le droit international n’entre dans les débats judiciaires et administratifs que de manière précise et conforme aux règles de droit établies et à notre cadre constitutionnel : voir *Nation Gitxaala c. Canada*, 2015 CAF 73 [*Nation Gitxaala (2015)*].

[78] Il est vrai que certains traités et conventions ont été signés par nombre de pays, dont certains très importants. Il est également vrai que les règles prohibitives du droit international coutumier font partie de notre common law : voir *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 [*Hape*], au paragraphe 39; et *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5 [*Nevsun*]. Mais le droit national — comme une loi, un règlement ou un décret — qui énonce autre chose prévaut toujours. C’est pourquoi lorsque le droit national et le droit international sont tous deux susceptibles d’être pertinents à un problème juridique, il faut toujours commencer par discerner le sens véritable du droit national.

[79] N’oublions pas pourquoi le droit national prévaut. Sur le territoire du Canada, la Constitution du Canada est la loi suprême : voir la *Loi constitutionnelle de 1982*,

that Constitution, elected representatives in the federal Parliament and the provincial legislatures have the exclusive right to make laws: sections 91–95 of the *Constitution Act, 1867*; *Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 FCA 63, [2020] 3 F.C.R. 231, at paragraph 31; *Williams*, at paragraph 49; *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686, at paragraph 26. Under our Constitution, the power to make laws is not vested in anyone else and certainly not the unelected functionaries abroad who draft and settle upon international instruments. Unless legislative power has been properly delegated to the executive, even it does not have the power to make laws: *Williams*, at paragraph 49; *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2017] 2 W.L.R. 583, at paragraphs 40–46. Aside from the exceptional power to make laws under the Crown prerogative, a power explicitly preserved by section 9 of the *Constitution Act, 1867*, we are subject only to legislation passed by those we elect and anyone exercising legislative powers validly delegated to them (see, e.g., *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117). To be sovereign and autonomous within our territory and to live in a democratic state is to be ruled by laws made by the people we elect.

[80] For this fundamental reason, international instruments cannot become Canadian law without domestic legislative action. Put another way, international instruments are not self-executing in Canadian domestic law. They must be incorporated into Canadian domestic law by legislation that adopts the international instrument in whole or in part or enacts standards borrowed from or related to that instrument: *Capital Cities Comm. v. C.R.T.C.*, [1978] 2 S.C.R. 141, (1977), 81 D.L.R. (3d) 609, at pages 171–172 S.C.R.; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 [*Baker*]; and many others. If Parliament decides not to adopt a particular international instrument, that instrument does not become binding domestic law: *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, (1998), 166 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 137. Those who want it to be

article 52. Aux termes de la Constitution, les représentants élus au Parlement fédéral et aux législatures provinciales ont le pouvoir exclusif de faire des lois : voir les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 CAF 63, [2020] 3 R.C.F. 231, au paragraphe 31; *Williams*, au paragraphe 49; et *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686, au paragraphe 26. En application de notre Constitution, personne d'autre n'a le pouvoir d'établir des lois, et certainement pas les fonctionnaires non élus à l'étranger qui rédigent et règlent les instruments internationaux. À moins que le législateur n'ait fait de délégation valable au pouvoir exécutif, même celui-ci n'a pas le pouvoir de faire des lois : *Williams*, au paragraphe 49; *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61, aux paragraphes 40 à 46. Sauf pour le pouvoir exceptionnel de faire des lois en vertu de la prérogative de la Couronne, un pouvoir que prévoit explicitement l'article 9 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous ne sommes soumis qu'aux lois adoptées par ceux que nous élisons et par ceux qui exercent des pouvoirs législatifs qui leur ont été valablement délégués : voir, p. ex., *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117. Être souverain et autonome sur notre territoire et vivre dans un État démocratique, c'est être régi par des lois adoptées par les personnes que nous élisons.

[80] Pour cette raison fondamentale, les instruments internationaux ne peuvent pas devenir des lois canadiennes sans un acte législatif national. Autrement dit, les instruments internationaux ne sont pas automatiquement exécutoires dans le droit national canadien. Ils doivent être intégrés au droit national canadien par une loi qui adopte l'instrument international en tout ou en partie ou qui établit des normes empruntées à l'instrument ou liées à celui-ci : voir *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, aux pages 171 et 172; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, et bien d'autres décisions. Si le législateur décide de ne pas adopter un instrument international précis, cet instrument ne devient pas une loi nationale contraignante : voir *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, au paragraphe 137.

binding law have only one recourse: they must persuade some politicians to make it so.

[81] Sometimes international instruments prompt legislation or influence its terms in whole or in part. Thus, international instruments can play an important role in legislative interpretation, legitimately entering into the analysis of the text, context and purpose of legislation. But this is no result-oriented free-for-all where anything goes: they enter the analysis, but only in specific ways for specific purposes.

[82] Sometimes the text of a legislative provision explicitly adopts the international instrument wholesale. In such a case, there is no doubt and so the task of legislative interpretation boils down to interpreting the international instrument. *Balev* is that sort of case.

[83] Sometimes the text of a legislative provision is ambiguous but international law may have influenced its purpose or context. In such a case, the relevant international instrument should be examined as part of the overall task of discerning the authentic meaning of the legislation. In this context, ambiguity means that the provision is “reasonably capable of more than one meaning”, has “two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute” or “the words are ambiguous enough to induce two people to spend good money in backing two opposing views as to their meaning”: *Bell ExpressVu*, at paragraphs 29–30; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.), at page 222; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, (1999), 171 D.L.R. (4th) 733, at paragraph 14; John Willis, “Statute Interpretation in a Nutshell” (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at pages 4–5.

[84] Sometimes the text of a provision seems clear but there is international law surrounding the subject-matter of the provision. In such a case, one should still examine the international law to see whether there are latent ambiguities in the legislative text to be resolved and, if so, to use it alongside other elements of context and purpose

Ceux qui veulent qu’il soit une loi contraignante n’ont qu’un seul recours : ils doivent persuader certains politiciens de le faire.

[81] Parfois, les instruments internationaux mènent à une loi ou en influencent les termes en totalité ou en partie. Ainsi, les instruments internationaux peuvent jouer un rôle important dans l’interprétation des lois, en faisant légitimement partie de l’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi. Mais il ne s’agit pas d’une mêlée générale axée sur les résultats : ils entrent dans l’analyse, mais uniquement de manière précise et dans un but précis.

[82] Parfois, le texte d’une loi adopte explicitement l’instrument international intégralement. Dans un tel cas, il n’y a aucun doute, et la tâche d’interprétation se résume donc à l’interprétation de l’instrument international. Il en est ainsi dans l’arrêt *Balev*.

[83] Parfois, le texte d’une loi est ambigu, mais le droit international peut avoir influencé son objet ou son contexte. Dans un tel cas, il convient d’examiner l’instrument international pertinent lors de la détermination du sens véritable de la loi. Dans ce contexte, une ambiguïté signifie que la disposition est « raisonnablement susceptible de donner lieu à plus d’une interprétation », qu’elle a « deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur », ou que « le texte est suffisamment ambigu pour inciter deux personnes à dépenser des sommes considérables pour faire valoir deux interprétations divergentes » : voir *Bell ExpressVu*, aux paragraphes 29 et 30; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L. (Eng.)), à la page 222; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, au paragraphe 14; et John Willis, « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *Rev. B. can.* 1, aux pages 4 et 5.

[84] Parfois, le texte d’une disposition semble clair, mais l’objet de la disposition est visé par le droit international. Dans un tel cas, il faut néanmoins examiner le droit international pour voir s’il existe des ambiguïtés latentes à résoudre dans le texte légal et, dans l’affirmative, l’utiliser avec les autres éléments du contexte

to resolve the latent ambiguity: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Baker; Canada v. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 F.C. 113, (1995), 184 N.R. 364 (C.A.); *Pembina County Water Resource District v. Manitoba (Government)*, 2017 FCA 92, 409 D.L.R. (4th) 719. This is nothing more than a particular application of the general rule that even where the legislative text is clear, the context and purpose of the legislation nevertheless must be examined in order to see whether there are latent ambiguities that must be resolved: *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 48; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, at paragraph 10; see also *CIBC World Markets Inc. v. Canada*, 2019 FCA 147, [2019] G.S.T.C. 36, at paragraph 27; and *Hillier*, at paragraph 24.

[85] If, after interpreting the domestic legislation in this way, the Court concludes that the legislation is clear and has no patent or latent ambiguities, the Court must give it its authentic meaning and apply it. This must be done even if it conflicts with international law: *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at paragraph 35; *Hape*, at paragraph 54; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at paragraph 50; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, 69 Imm. L.R. (4th) 297; *Gitxaala Nation (2015)*, at paragraph 16. Given our constitutional arrangements, international law cannot be used to displace or amend the authentic meaning of domestic legislation.

[86] The consideration of international law in legislative interpretation, like legislative interpretation itself, must be done in a neutral, non-results-oriented, non-tendentious way: *Williams*, at paragraphs 46 and 48; *Hillier*, at paragraph 26; *Sharif*, at paragraph 51.

[87] The foregoing principles apply to administrative decision makers as well as courts. Like courts, administrative decision-makers must interpret legislation by examining its text, context and purpose: *Vavilov*, at paragraphs 120–121. As discussed above, under that method, international law enters into the analysis only in certain ways.

et de l'objet pour résoudre l'ambiguïté latente : voir *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Baker; Canada c. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 C.F. 113 (C.A.); et *Pembina County Water Resource District c. Manitoba (Gouvernement)*, 2017 CAF 92. Il ne s'agit là que d'une application particulière de la règle générale qui veut que même lorsque le texte de la loi est clair, il faut néanmoins examiner le contexte et l'objet de la loi afin de voir s'il existe des ambiguïtés latentes à résoudre : voir *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 48; et *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, au paragraphe 10; et voir également *CIBC World Markets Inc. c. Canada*, 2019 CAF 147, au paragraphe 27; et *Hillier*, au paragraphe 24.

[85] Si, après avoir ainsi interprété la loi nationale, la Cour conclut que la loi est claire et ne présente aucune ambiguïté patente ou latente, la Cour doit lui donner son sens véritable et l'appliquer. Cela doit être fait même en cas de conflit avec le droit international : voir *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, au paragraphe 35; *Hape*, au paragraphe 54; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, au paragraphe 50; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700 et *Nation Gitxaala (2015)*, au paragraphe 16. En raison de notre régime constitutionnel, le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale.

[86] La prise en compte du droit international dans l'interprétation légale, comme l'interprétation légale elle-même, doit être neutre, sans être axée sur le résultat et sans être tendancieuse : voir *Williams*, aux paragraphes 46 et 48; *Hillier*, au paragraphe 26; et *Sharif*, au paragraphe 51.

[87] Ces principes s'appliquent aux décideurs administratifs ainsi qu'aux tribunaux judiciaires. Comme les tribunaux judiciaires, les décideurs administratifs doivent interpréter les lois en examinant leur texte, leur contexte et leur objet : voir *Vavilov*, aux paragraphes 120 et 121. Comme nous l'avons vu plus haut, en utilisant

[88] But administrative decision makers, such as the Board, are different from courts in that they have no inherent or plenary jurisdiction. They have only the powers granted to them explicitly or implicitly by legislation and they must apply only the explicit and implicit standards contained in the legislation that binds them: *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, (1989), 62 D.L.R. (4th) 577; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, at paragraph 16; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609. Those standards may incorporate international law or allow, even implicitly, international law to be taken into account. As well, unless modified by, inconsistent with or precluded by legislation, rules of customary international law form part of Canadian common law and can be considered by administrative decision-makers in the exercise of their discretion: *Vavilov*, at paragraph 114; *Baker*; *Hape*, at paragraph 39; *Nevsun*.

[89] In defence of the Board's decision, some of the respondents have urged upon us the presumption that domestic legislation conforms with international law. It is true that certain cases speak of a "presumption of conformity": see, e.g., *Vavilov*, at paragraph 182; *Hape*; *GreCon Dimter Inc. v. J. R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at paragraphs 39ff.; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176. But the word "presumption" can lead some dangerously off track.

[90] Domestic legislation is presumed to conform with a relevant treaty, just as benefits legislation is presumed to be ameliorative and all legislation should be given a large and liberal interpretation, but the focus, as always, must be on what the legislator actually did in its legislation: *Hillier*, at paragraphs 37–38. As always, that requires a rigorous, dispassionate and objective search for the authentic meaning of the legislation by analyzing its text, context and purpose.

cette méthode, le droit international n'entre dans l'analyse que de certaines manières précises.

[88] Cependant, les décideurs administratifs comme la Commission sont différents des tribunaux judiciaires puisqu'ils n'ont pas de compétence inhérente ou plénière. Ils ne disposent que des pouvoirs que la loi leur confère explicitement ou implicitement et ils ne doivent appliquer que les normes explicites et implicites prévues par la loi qui les lie : voir *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, au paragraphe 16; et *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394. Ces normes peuvent intégrer le droit international ou permettre, même implicitement, la prise en compte du droit international. De plus, les règles du droit international coutumier font partie de la common law canadienne, sauf si les lois canadiennes les modifient ou en interdisent l'application ou si les lois canadiennes sont incompatibles avec elles, et les décideurs administratifs peuvent tenir compte de ces règles dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire : voir *Vavilov*, au paragraphe 114; *Baker*; *Hape*, au paragraphe 39; et *Nevsun*.

[89] Pour défendre la décision de la Commission, certains des défendeurs ont fait valoir qu'il faut présumer que la législation nationale est conforme au droit international. Il est vrai qu'une certaine jurisprudence fait état d'une « présomption de conformité » : voir, p. ex., *Vavilov*, au paragraphe 182; *Hape*; *GreCon Dimter Inc. c. J. R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, au paragraphe 39 et suivants; et *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176. Mais le mot « présomption » peut induire dangereusement en erreur.

[90] Les lois nationales sont présumées conformes à un traité pertinent, tout comme les lois accordant des bénéfices sont présumées avoir un objet d'amélioration et comme les lois sont présumées s'interpréter de façon équitable et large, mais l'accent, comme toujours, doit être mis sur ce que le législateur a réellement fait dans la loi : voir *Hillier*, aux paragraphes 37 et 38. Comme toujours, cela exige une recherche rigoureuse, impartiale

[91] Properly seen, the presumption requires the Court and administrative decision makers to take into account any relevant international law as part of the context surrounding the enactment of legislation, as explained above, unless the legislation is clear to the contrary: *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704. But the presumption does not permit those interpreting domestic legislation to leap to the conclusion, without analysis, that its authentic meaning is the same as some international law. Nor does it permit them to twist or amend the authentic meaning of domestic law to make it accord with international law. These would be steps too far: something forbidden under our constitutional arrangements and fundamental orderings.

[92] Seen in this way, the presence of international law is not an invitation for us to depart from the normal, accepted method of interpreting legislation; rather, in certain, defined circumstances, international law is appropriately considered as part of that method.

(b) What the Board did in this case

[93] In this case, in essence, the Board went to Article 8 of the Treaty, asserted its view of that article's meaning without any supporting reasoning, and then made subsection 2.4(1.1) conform to its view. This is not a legally acceptable methodology. This is a misuse of international law. The Board exalted international law over domestic law. In so doing, it violated the constraints imposed by binding case law and fundamental principle.

[94] Overall, for the foregoing reasons, there is no basis for the Board's interpretation of subsection 2.4(1.1). It cannot stand.

et objective du sens véritable de la loi en analysant son texte, son contexte et son objet.

[91] En fait, la présomption exige que la Cour et les décideurs administratifs tiennent compte du droit international pertinent comme élément du contexte de l'adoption de la loi, comme il est expliqué ci-dessus, à moins que la loi n'indique clairement le contraire : voir *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704. Mais la présomption ne permet pas à ceux qui interprètent la loi nationale de conclure hâtivement, sans analyse, que son sens véritable est le même que celui d'un quelconque élément du droit international. Elle ne leur permet pas non plus de déformer ou de modifier le sens véritable de la loi nationale pour la rendre conforme au droit international. Ce serait aller trop loin; notre régime constitutionnel et nos dispositions fondamentales l'interdisent.

[92] Vu de cette façon, la présence du droit international ne nous invite pas à nous écarter de la méthode normale et acceptée d'interprétation des lois; plutôt, dans certaines circonstances bien définies, le droit international est considéré à juste titre comme faisant partie de cette méthode.

b) La démarche de la Commission en l'espèce

[93] En l'espèce, en fait, la Commission s'est penchée sur l'article 8 du Traité, a fait valoir son point de vue sur le sens de cet article sans aucune justification, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à son point de vue. Ce n'est pas une méthode juridique acceptable. Il s'agit d'un mauvais usage du droit international. La Commission a accordé un statut supérieur au droit international par rapport au droit national. Ce faisant, elle a contrevenu aux règles imposées par la jurisprudence contraignante et les principes fondamentaux.

[94] Dans l'ensemble, pour les motifs qui précèdent, l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission n'est pas fondée. Elle ne peut pas être confirmée.

(3) *Where does this leave subsection 2.4(1.1)?*

[95] While the applicants and the respondents supporting them have argued that the Board's decision is wrong and have sought declarations to that effect, they have not put forward a comprehensive view of the authentic meaning of subsection 2.4(1.1). For that reason, this Court should not attempt to offer comprehensive guidance.

[96] On the submissions made, this much can be said. Subsection 2.4(1.1) does not create a new exclusive right. The Board used a "deeming provision" to create a right which, simultaneously, was and was not part of the communication right. When the deeming provision is set aside, all that is left is what the Board itself described (at paragraph 117) as a "preparatory act". This is consistent with Parliament's use of the word "includes" in subsection 2.4(1.1). It would be contrary to the policy of the Act to establish a tariff on a preparatory step as this would constitute disaggregating rights for the purpose of adding an additional layer of royalties: *C.B.C.*, at paragraph 63; *Entertainment Software Association*, at paragraph 9.

[97] If there is no new exclusive right, there is no basis for the Board's conclusion that a stream does not merge with the making-available which preceded it so as to justify payment of two separate fees. Since there is only one right at stake, the only issue is whether the right has been triggered, and the only fees payable are those payable for the exercise of the right.

(4) *Remedy*

[98] After a reviewing court has determined that a statutory interpretation reached by the administrative decision maker cannot be sustained, the reviewing court must consider the issue of remedy.

[99] The usual remedy is to quash the administrative decision and send it back for re-decision because the legislature has made the administrator, not

3) *Qu'en est-il alors du paragraphe 2.4(1.1)?*

[95] Bien que les demanders, et les défendeurs qui les soutiennent, aient fait valoir que la décision de la Commission est erronée et qu'ils aient demandé des déclarations à cet égard, ils n'ont pas présenté de vision d'ensemble du sens véritable du paragraphe 2.4(1.1). C'est pourquoi notre Cour ne devrait pas tenter de fournir une orientation complète.

[96] On peut dire ce qui suit en tenant compte des observations présentées. Le paragraphe 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit exclusif. La Commission a utilisé une « disposition déterminative » pour créer un droit qui, simultanément, faisait et ne faisait pas partie du droit de communication. Lorsque la disposition déterminative est mise de côté, il ne reste plus que ce que la Commission elle-même a décrit (au paragraphe 117) comme un « acte préparatoire ». Ceci est conforme à l'utilisation par le législateur des mots « constitue notamment » au paragraphe 2.4(1.1). Il serait contraire au régime de la loi d'établir un tarif pour un acte préparatoire, car cela serait une division des droits dans le but d'ajouter une couche supplémentaire de redevances : voir *Radio-Canada*, au paragraphe 63; et *Entertainment Software Association*, au paragraphe 9.

[97] S'il n'y a pas de nouveau droit exclusif, rien ne permet à la Commission de conclure qu'une diffusion ne fait pas partie de la mise à la disposition qui l'a précédée, de sorte qu'il convient d'exiger deux redevances distinctes. Comme il n'y a qu'un seul droit en jeu, la seule question est de savoir si le droit a été déclenché, et les seules redevances à payer sont celles exigibles pour l'exercice du droit.

4) *Les mesures de redressement*

[98] Après qu'une cour de révision a jugé que l'interprétation de la loi par le décideur administratif ne peut être maintenue, elle doit examiner la question des mesures de redressement.

[99] Le redressement habituel est d'annuler la décision administrative et de la renvoyer pour nouvelle décision parce que le législateur a fait du décideur administratif,

the reviewing court, the merits-decider: *Vavilov*, at paragraphs 140–141. But that is not always the case. Remedies are discretionary: *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1 (the discretion to grant or not grant remedies in procedural cases); *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6 (the discretion to grant or not grant remedies for substantive defects).

[100] On occasion, the usual remedy has not been granted because no purpose would be served by sending the matter back to the administrative decision maker for re-decision: see, e.g., *Renaud v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855, (1999), 184 D.L.R. (4th) 441; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, [2012] 1 F.C.R. D-2; *Robbins v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 24; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175; *Sharif*, at paragraphs 53–54. This discretion must be carefully exercised bearing in mind that the administrative decision maker, not the reviewing court, is the merits-decider: *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, (1991), 78 D.L.R. (4th) 175, at page 361 S.C.R.; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297, at paragraphs 16–19.

[101] The Supreme Court has now reaffirmed the validity of the remedial jurisprudence mentioned above: *Vavilov*, at paragraphs 139–142.

[102] In this case, it is clear that no purpose would be served by sending the matter back to the administrator for re-decision. In its related decision dated August 25, 2017 (CB-CDA 2017-086), the Board found that insufficient evidence had been adduced for it to reach a conclusion about what the tariff should be in this case for the “making available” activity. This Court has now upheld the related decision: 2020 FCA 101. Sending subsection 2.4(1.1) back to the Board for reinterpretation would

et non de la cour qui effectue le contrôle, le décideur du fond : voir *Vavilov*, aux paragraphes 140 et 141. Cependant, ce n’est pas toujours le cas. Les mesures de redressement sont discrétionnaires : voir *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202 (qui porte sur le pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non des mesures de redressement dans les affaires procédurales), et *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6 (qui porte sur le pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non des mesures de redressement pour des vices de fond).

[100] Parfois, la Cour n’accorde pas le redressement habituel parce qu’il ne servirait à rien de renvoyer l’affaire au décideur administratif pour une nouvelle décision : voir, p. ex., *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, [2012] 1 R.C.F. F-3; *Robbins c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 24; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d’inspection des aliments)*, 2017 CAF 45; et *Sharif*, aux paragraphes 53 et 54. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec soin, en gardant à l’esprit que c’est le décideur administratif, et non le tribunal qui effectue le contrôle, qui est le décideur du fond : voir *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, à la page 361; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22, aux paragraphes 16 à 19.

[101] La Cour suprême a depuis confirmé la validité de la jurisprudence sur les réparations susmentionnée : voir *Vavilov*, aux paragraphes 139 à 142.

[102] En l’espèce, il est clair qu’il ne servirait à rien de renvoyer l’affaire au décideur administratif pour une nouvelle décision. Dans sa décision connexe du 25 août 2017 (CB-CDA 2017-086), la Commission a estimé que les éléments de preuve présentés étaient insuffisants pour lui permettre de tirer une conclusion sur ce que devrait être le tarif dans ce cas pour le fait de « mettre à la disposition ». Notre Cour a maintenant confirmé la décision connexe : 2020 CAF 101. Renvoyer

not change the result on the merits—no tariff would be set for the “making-available” activity.

[103] The applicants request declarations as to the proper interpretation of subsection 2.4(1.1). They do not offer any reasons in support of their request. So we do not know why they desire declarations here.

[104] In the experience of this Court, many parties seek declarations only to highlight their remedy, somehow transforming it, so-to-speak, from a remedy typed in lower case to a remedy typed in upper-case. But that is not the role of declarations: they are not the equivalent of the caps-lock key on a keyboard, to be pushed whenever one wishes to shout out one’s point.

[105] Declarations, potentially available under paragraph 18(1)(a) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, are extraordinary remedies, granted only when necessary and of practical utility: *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332. They are available to condemn, in a way that binds all, specific public acts, decisions or legislative provisions as being contrary to law. They are also available to delineate, in a concrete way that binds all, the legal rights, the legal state of affairs or the legal status of parties before the Court when the delineation will have some practical use: William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11th ed. (New York: Oxford University Press, 2014), at pages 483–491. The key concept underlying the availability of declarations is practical utility: *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99.

[106] Turning to this case, declarations are not awarded just to take reasons for judgment setting aside an improper interpretation of a legislative provision—which are already binding on other parties, the Board and courts—and boost them to a different level for no practical reason. When reasons for judgment suffice, the added remedy of a declaration is of no practical use and will

le paragraphe 2.4(1.1) à la Commission pour nouvelle interprétation ne changerait pas le résultat sur le fond; aucun tarif ne serait fixé pour le fait de « mettre à la disposition ».

[103] Les demandresses sollicitent des déclarations quant à l’interprétation juste du paragraphe 2.4(1.1). Elles ne donnent aucun motif à l’appui de leur demande. Nous ne savons donc pas pourquoi elles souhaitent des déclarations en l’espèce.

[104] Selon l’expérience de la Cour, de nombreuses parties ne demandent des déclarations que pour mettre en évidence leur redressement, pour le transformer, pour ainsi dire, de redressement en minuscules en redressement en majuscules. Cependant, ce n’est pas le rôle des déclarations; elles ne sont pas comme la touche « Verr. Maj. » sur un clavier, qu’on taperait pour crier.

[105] Les déclarations, qu’on peut accorder en application de l’alinéa 18(1)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, constituent des recours extraordinaires qu’on n’accorde uniquement lorsque cela est nécessaire et utile : voir *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332. On peut y avoir recours pour dénoncer, de manière contraignante pour tous, des actes publics, des décisions ou des dispositions légales précises qui sont contraires à la loi. On peut également y avoir recours pour délimiter, de manière concrète et contraignante pour tous, les droits ou la situation juridique des parties devant la Cour lorsque la délimitation aura une certaine utilité pratique : voir William Wade et Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11^e éd., New York : Oxford University Press, 2014, aux pages 483 à 491. Le concept clé qui sous-tend l’accessibilité aux déclarations est l’utilité pratique : voir *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99.

[106] En l’espèce, on ne prononce pas de déclaration uniquement pour donner aux motifs d’un jugement annulant une interprétation incorrecte d’une disposition légale — qui lie déjà les autres parties, la Commission et les cours — un éclat supplémentaire sans raison pratique. Lorsque les motifs du jugement suffisent, le redressement supplémentaire qu’est une déclaration n’est d’aucune

not be granted: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 158; *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 23, at paragraph 7.

[107] Further, in this case, a declaration as to the definitive, comprehensive meaning and use of subsection 2.4(1.1) is not possible. We have not received full argument on this. As well, it would have no practical bearing on the outcome of the case: on the state of the evidence before it on the “making-available” activity in this case, the Board has decided not to approve a tariff.

[108] In this case, the appropriate remedy is to quash the decision of the Board concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1), grant the applicants their costs, and no more.

C. Proposed disposition

[109] For the foregoing reasons, I would quash the decision of the Board concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act*, with costs to the applicants at the midpoint of column III of Tariff B.

PELLETIER J.A.: I agree.

NEAR J.A.: I agree

utilité pratique et ne sera pas accordé : voir *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 158 et *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 23, au paragraphe 7.

[107] En outre, en l’espèce, il n’est pas possible de prononcer de déclaration quant au sens et à l’effet définitifs et complets du paragraphe 2.4(1.1). Nous n’avons pas eu d’argumentation complète à ce sujet. En outre, cela n’aurait aucune incidence pratique sur le résultat de l’instance : compte tenu des éléments de preuve dont elle disposait à l’égard du fait de « mettre à la disposition » en l’espèce, la Commission a décidé de ne pas approuver de tarif.

[108] En l’espèce, la mesure de redressement appropriée est d’annuler la décision de la Commission concernant l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) avec dépens aux demandresses, et rien de plus.

C. Dispositif proposé

[109] Pour les motifs qui précèdent, j’annulerais la décision de la Commission sur l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* avec dépens aux demandresses calculés selon le milieu de la colonne III du tarif B.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LE JUGE NEAR, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.