

**Canadian Broadcasting Corporation**  
*Appellant*

v.

**SODRAC 2003 Inc. and  
Society for Reproduction Rights of Authors,  
Composers and Publishers in Canada  
(SODRAC) Inc.** *Respondents*

and

**Centre for Intellectual Property Policy,  
Ariel Katz, Samuelson-Glushko Canadian  
Internet Policy and Public Interest Clinic,  
Canadian Musical Reproduction  
Rights Agency Ltd., Canadian Music  
Publishers Association,  
International Confederation of  
Music Publishers, Music Canada,  
International Federation of the  
Phonographic Industry, Canadian Council  
of Music Industry Associations,  
Canadian Independent Music  
Association and Association québécoise  
de l'industrie du disque, du spectacle  
et de la vidéo** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP. v.  
SODRAC 2003 INC.**

**2015 SCC 57**

File No.: 35918.

2015: March 16; 2015: November 26.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Intellectual property — Copyright — Licences — Col-  
lective societies — SODRAC administering reproduction  
rights as collective society — Application by SODRAC  
to set terms and conditions of licence for reproduction  
by CBC of musical works in SODRAC's repertoire from*

**Société Radio-Canada** *Appelante*

c.

**SODRAC 2003 Inc. et  
Société du droit de reproduction des auteurs,  
compositeurs et éditeurs au Canada  
(SODRAC) Inc.** *Intimées*

et

**Centre des politiques en propriété intellectuelle,  
Ariel Katz, Clinique d'intérêt public  
et de politique d'internet du Canada  
Samuelson-Glushko, Agence canadienne  
des droits de reproduction musicaux ltée,  
Association canadienne des éditeurs  
de musique, Confédération internationale  
des éditeurs de musique, Music Canada,  
Fédération internationale de  
l'industrie phonographique, Conseil canadien  
des associations de l'industrie musicale,  
Association canadienne de la musique  
indépendante et Association québécoise  
de l'industrie du disque, du spectacle  
et de la vidéo** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c.  
SODRAC 2003 INC.**

**2015 CSC 57**

N° du greffe : 35918.

2015 : 16 mars; 2015 : 26 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner,  
Gascon et Côté.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences  
— Sociétés de gestion collective — SODRAC assurant la  
gestion des droits de reproduction en tant que société de  
gestion collective — Demande de la SODRAC de fixer  
pour les années 2008 à 2012 les modalités d'une licence*

*2008 to 2012 — CBC making ephemeral synchronization copies, including musical works, as producer and ephemeral broadcast-incidentals copies, including musical works, as broadcaster — Synchronization copies made during production subject to licence — Whether broadcast-incidentals copies engage reproduction right — If so, whether licence for broadcast-incidentals copies should be implied in synchronization licences — If reproduction licence required for broadcast-incidentals copies, whether Board erred in valuation of licence — Whether Board applied principles of technological neutrality and balance properly — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(d).*

*Intellectual property — Copyright — Interim licences — Collective societies — Board decision setting terms and conditions of licence released after expiry of licence period — Board setting interim licence based on status quo — 2008-2012 licence selected as status quo — Whether Board erred in setting terms of interim licence — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 66.51.*

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board — Appropriate standard of review — Whether specific standard of review should be ascribed to each issue arising in decision under review.*

CBC is both a producer and a broadcaster of television programs: it broadcasts its own original programs as well as those that it has licensed or bought from third parties, and it shows these programs on television and the Internet. SODRAC is a collective society organized to manage the reproduction rights of its members. When broadcasters, including CBC, produce a program, they make several kinds of copies. “Synchronization copies” incorporate musical works into an audiovisual program. A “master copy” is the final copy created when synchronization is complete. CBC loads the master copy into its digital content management system and makes several copies of the completed program, and thus of the music incorporated into the program, for internal use. Where these copies are made to facilitate broadcasting, they are called “broadcast-incidentals copies”.

*de reproduction, par la SRC, d’œuvres musicales contenues dans le répertoire de la SODRAC — Copies de synchronisation éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que producteur, et copies accessoires de diffusion éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que diffuseur — Copies de synchronisation créées en cours de production assujetties à une licence — Les copies accessoires de diffusion mettent-elles en jeu le droit de reproduction? — Si oui, y a-t-il lieu d’inférer des licences de synchronisation l’existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion? — Si une licence de reproduction est requise pour les copies accessoires de diffusion, la Commission a-t-elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence? — La Commission a-t-elle appliqué correctement les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 3(1)d).*

*Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Licences provisoires — Sociétés de gestion collective — Décision de la Commission fixant les modalités d’une licence rendue après l’expiration de la licence — Modalités de la licence provisoire fixées par la Commission en fonction du statu quo — Statu quo fondé sur la licence 2008-2012 — La Commission a-t-elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 66.51.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission du droit d’auteur — Norme de contrôle applicable — Une norme de contrôle donnée doit-elle être assignée à chaque question que soulève la décision faisant l’objet du contrôle?*

La SRC est à la fois un producteur et un diffuseur d’émissions de télévision : elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que celles qui lui sont cédées par licence ou qu’elle achète auprès de tierces parties, et elle le fait à la télévision et sur Internet. La SODRAC est une société collective constituée pour assurer la gestion des droits de reproduction de ses membres. Lorsque les diffuseurs, y compris la SRC, produisent une émission, ils font plusieurs sortes de copies. Les « copies de synchronisation » incorporent les œuvres musicales dans une émission audiovisuelle. La « copie maîtresse » est la copie finale créée une fois complété le processus de synchronisation. La SRC intègre la copie maîtresse dans son système de gestion du contenu numérique et confectionne plusieurs copies de l’émission complétée — et, par conséquent, de la musique que celle-ci contient — à des fins d’utilisation interne. Dans les cas où elles visent à faciliter la diffusion, ces copies sont appelées « copies accessoires de diffusion ».

Following *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, in which it was held that “ephemeral” copies engaged the reproduction right in s. 3(1)(d) of the *Copyright Act* and that the right to make those copies is not implied by law in a broadcast licence, SODRAC began to differentiate between synchronization copies and copies made for other purposes. Initially, it granted free synchronization licences to licence holders, but it began asking producers to pay for those licences in or about 2006. In 2008, when SODRAC and CBC were unable to come to an agreement for the renewal of CBC’s licence, SODRAC asked the Board to set the terms of a licence for November 14, 2008, to March 31, 2012. CBC argues that broadcast-incidentals do not engage the reproduction right, or, in the alternative, that if a licence covering broadcast-incidentals is required, it should be implied from its synchronization licences or the synchronization licences of third party producers.

In 2012, the Copyright Board held that CBC’s broadcast-incidentals copying activity engaged the reproduction right, that a licence for such copies could not be implied from synchronization licences covering the production process, and that CBC required a separate reproduction licence to legitimize its broadcast-incidentals copying. The Board valued this licence based on a ratio used in the commercial radio context and found to be equally applicable to the television context. The Board later issued an interim licence to take effect after the expiry of the 2008-2012 licence that extended the terms of that licence on an interim basis, subject to minor modifications. The Federal Court of Appeal upheld both the 2008-2012 licence and the interim licence that followed, subject to minor amendments.

*Held* (Abella and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeal should be allowed; the 2008-2012 licence and the interim licence should both be set aside and the decisions of the Copyright Board should be remitted to the Board for reconsideration.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon and Côté JJ.: Because of the unusual statutory scheme under which the Board and the court may each have to consider the same legal question at first instance, the standard of correctness applies

Suivant l’arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, dans lequel la Cour a statué que les copies « éphémères » mettent en jeu le droit de reproduction visé à l’al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d’auteur* et qu’une licence de diffusion ne permet pas d’inférer en droit celui de faire de telles copies, la SODRAC a commencé à distinguer les copies de synchronisation des copies faites à d’autres fins. Elle a d’abord octroyé des licences de synchronisation gratuitement aux titulaires de licence, mais en 2006 ou vers 2006, elle a commencé à demander aux producteurs de payer ces licences. En 2008, après que la SODRAC et la SRC eurent été incapables d’en arriver à une entente sur le renouvellement de la licence de la SRC, la SODRAC a demandé à la Commission de fixer les modalités d’une licence pour la période allant du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012. La SRC plaide que les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en jeu le droit de reproduction ou, à titre subsidiaire, que, si elle est requise, la licence couvrant ses copies accessoires de diffusion doit s’inférer de ses licences de synchronisation ou des licences de synchronisation de producteurs tiers.

En 2012, la Commission du droit d’auteur a conclu que l’activité de la SRC consistant à faire des copies accessoires de diffusion mettait en cause le droit de reproduction. En outre, selon elle, on ne pouvait inférer des licences de synchronisation visant le processus de production l’existence d’une licence permettant à la SRC de faire de telles copies. Ainsi, la SRC devait obtenir une licence de reproduction distincte pour légitimer ses activités de confection de copies accessoires de diffusion. La Commission a fixé la valeur de la licence en fonction d’un ratio utilisé antérieurement dans le contexte de la radio commerciale et qu’elle estimait également applicable au contexte télévisuel. La Commission a subséquemment délivré une licence provisoire devant prendre effet après l’expiration de la licence 2008-2012 et proroger les modalités de cette dernière à titre provisoire, sous réserve de modifications mineures. La Cour d’appel fédérale a maintenu la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire qui a suivi, sous réserve de modifications mineures.

*Arrêt* (les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes) : Le pourvoi est accueilli; la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire sont annulées et les décisions de la Commission du droit d’auteur sont renvoyées devant elle pour un nouvel examen.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté : Étant donné le caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur

to whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right, and thus whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidental copying. A standard of reasonableness applies to each of the remaining issues.

The Board was correct in finding that broadcast-incidental copying engages the reproduction right, consistent with this Court's decision in *Bishop* and the context of the statutory scheme set out in the *Copyright Act*. Though this Court's subsequent decisions in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, and *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] S.C.R. 231, have refined the understanding of the purposes of copyright law, the central holding in *Bishop*, that ephemeral copies engage the reproduction right, remains sound. Ephemeral copies are not exempted by ss. 30.8 and 30.9, and nothing in the text, context or legislative history of ss. 3(1), 30.8 or 30.9 supports the view that broadcast-incidental copies are not reproductions under the Act. While balance between user and right-holder interests and technological neutrality are central to Canadian copyright law, they cannot change the express terms of the Act.

The Board was also correct in finding that a licence to make broadcast-incidental copies should not be implied from synchronization licences issued by SODRAC. The synchronization licences do not give any indication that they included the right to make broadcast-incidental copies. The separation of synchronization and broadcast-incidental licences does not offend technological neutrality. Recognizing production and broadcasting as distinct activities validly subject to disaggregated licences does not impose new layers of protections and fees based solely on technological change. Economic considerations also justified the practice of dividing synchronization and broadcast-incidental copy licences.

un même point de droit, la norme de la décision correcte s'applique à l'égard de la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction, et donc de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC. La norme de la décision raisonnable s'applique à l'égard de chacune des autres questions.

La Commission a conclu à juste titre que l'activité consistant à faire des copies accessoires de diffusion met en cause le droit de reproduction, une décision conforme à l'arrêt de la Cour dans *Bishop* et au régime législatif mis en place par la *Loi sur le droit d'auteur*. Si les décisions rendues subséquentement par la Cour dans les arrêts *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, et *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, ont précisé la compréhension des objectifs du droit d'auteur, la conclusion centrale de l'arrêt *Bishop*, soit que les copies éphémères mettent en cause le droit de reproduction, demeure valide. Les copies éphémères ne sont pas soustraites à l'application de ce droit par les art. 30.8 et 30.9 et rien dans le libellé du par. 3(1) et des art. 30.8 et 30.9, dans leur contexte ou dans leur historique législatif n'étaye l'opinion selon laquelle les copies accessoires de diffusion ne constituent pas des reproductions au sens de la *Loi*. Bien que le principe de mise en équilibre des intérêts de l'utilisateur et de ceux du titulaire d'un droit et celui de neutralité technologique soient au cœur du droit canadien en matière de droit d'auteur, ils ne peuvent modifier le libellé de la *Loi*.

La Commission a également eu raison de conclure qu'il faut se garder d'inférer des licences de synchronisation octroyées par la SODRAC l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion. Les licences de synchronisation n'indiquent nulle part qu'il faut y voir le droit de faire des copies accessoires de diffusion. La distinction entre les licences de synchronisation et les licences accessoires de diffusion ne porte pas atteinte à la neutralité technologique. Reconnaître le caractère distinct de la production et de la diffusion justifiant l'octroi de licences distinctes n'impose pas de nouveaux paliers de protection et d'exigibilité d'une redevance sur le seul fondement d'un changement technologique. Des considérations économiques justifiaient aussi la pratique qui consiste à séparer la licence de synchronisation et les licences de copies accessoires de diffusion.

However, the Board erred in failing to consider the principles of technological neutrality and balance in setting the valuation of this licence. The principle of technological neutrality recognizes that, absent parliamentary intent to the contrary, the Act should not be interpreted or applied to favour or discriminate against any particular form of technology. In the regulatory context, the principle of technological neutrality applies to valuation of a reproduction licence, so the Board should compare the value derived from the use of reproduction in the old and new technologies in its valuation analysis.

To maintain a balance between user and right-holder interests, the Board must also assess the respective contributions of the user and the copyright-protected works to the value enjoyed by the user. It must have regard for factors it considers relevant in striking a balance between user and right-holder rights when fixing licence fees. Relevant factors will include the risks taken by the user, the extent of the investment made by the user in the new technology, and the nature of the copyright-protected work's use in the new technology.

The 2008-2012 licence is set aside as it relates to the valuation of CBC's television and Internet broadcast-incidentals copies and the decision of the Board in that regard is remitted to the Board for reconsideration of that valuation in accordance with the principles of technological neutrality and balance. The Board's valuation methodology did not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered in the way it fixed the SODRAC reproduction royalties payable by CBC. The Board did not compare the value contributed by the copyright-protected reproductions in the old and new technology. It also failed to take into account the relative contributions made by the use of copyright-protected works and the risk and investment by the user in its new technology, as required by the balance principle.

It was reasonable to use the interim licence to maintain the status quo and to use the 2008-2012 statutory licence

Cela dit, la Commission aurait dû prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour déterminer la valeur de cette licence. Selon le principe de neutralité technologique, en l'absence d'une intention contraire du législateur, la *Loi* ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Dans le contexte réglementaire, le principe de neutralité technologique s'applique à l'évaluation d'une licence de reproduction, et la Commission devrait, dans son analyse de la valeur, comparer la valeur tirée de l'utilisation d'une reproduction au moyen de la technologie antérieure et la valeur tirée au moyen de la nouvelle technologie.

Afin de maintenir un équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires du droit d'auteur, la Commission doit aussi évaluer les contributions respectives de l'utilisateur et des œuvres protégées par le droit d'auteur par rapport à la valeur dont profite l'utilisateur. Lorsqu'elle fixe des redevances, elle doit tenir compte des facteurs qu'elle juge pertinents pour mettre en équilibre les droits de l'utilisateur et ceux du titulaire des droits. Les facteurs pertinents incluent notamment les risques pris par l'utilisateur, l'ampleur de son investissement dans la nouvelle technologie ainsi que la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur dans la nouvelle technologie.

La licence 2008-2012 est annulée en ce qui a trait à la fixation des redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC et la décision de la Commission à cet égard lui est renvoyée pour qu'elle procède à un nouvel examen de la fixation des redevances en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre. La méthode d'évaluation utilisée par la Commission n'a donné aucune indication selon laquelle les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ont été pris en compte pour fixer les redevances que devait payer la SRC à la SODRAC. La Commission n'a pas comparé la valeur générée par les reproductions d'œuvres protégées lorsque la SRC utilisait la technologie antérieure par rapport à cette valeur lorsqu'elle utilise sa nouvelle technologie. Elle a également omis de prendre en considération les contributions relatives découlant de l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur par rapport au risque qu'a pris l'utilisateur et à son investissement pour acquérir sa technologie nouvelle, tel que l'exige le principe de mise en équilibre.

Il était raisonnable d'utiliser la licence provisoire afin de maintenir le statu quo et d'utiliser la licence légale

as the status quo in this case. However, because the interim licence was based on the terms of the 2008-2012 licence, it is set aside and the Board's decision in that regard is also remitted for reconsideration consistent with the principles guiding the redetermination of the 2008-2012 licence.

Finally, the Board has the statutory authority to fix the terms of licences pursuant to s. 70.2, but the user retains the ability to accept or decline those terms.

*Per* Abella J. (dissenting): The Board's decision to impose royalty fees for broadcast-incidental copies was unreasonable.

The *Copyright Act* strikes a careful balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of creative works, and obtaining a just reward for creators. Maintaining the balance that best supports the public interest in creative works is the central purpose of the *Copyright Act*. The question is how to preserve this balance in the face of new technologies that are transforming the mechanisms through which creative works are produced, reproduced and distributed. The answer lies in applying a robust vision of technological neutrality as a core principle of statutory interpretation under the *Copyright Act*.

A reasonable interpretation of the scope of the reproduction right must consider the wording of ss. 3(1) and 3(1)(d) in the context of the overarching purpose of the *Copyright Act* and the central principle of technological neutrality. Adopting a literal interpretation of the right in s. 3(1)(d) would leave no room for the principle of technological neutrality, which is rooted in the words "to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever". Technological neutrality ensures that copyright attaches to a particular activity based on the essential character of the activity or output, rather than to the process by which it occurs. Technological neutrality consists of media neutrality and functional equivalence. Media neutrality seeks to ensure that copyright doctrine evolves to embrace new technologies, preserving copyright not only in the medium in which the work is created but all existing and future media in which the work might be expressed. As long as the creative expression survives the transfer to a new medium, copyright in the work will survive.

2008-2012 comme statu quo dans la présente affaire. Toutefois, puisque la licence provisoire reposait sur les modalités de la licence légale 2008-2012, elle est annulée et la décision de la Commission est également renvoyée pour nouvel examen en conformité avec les principes qui s'appliquent aux fins de la nouvelle décision sur la licence 2008-2012.

Enfin, la Commission a le pouvoir de fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2, mais l'utilisateur reste libre d'accepter ou de refuser ces modalités.

*La juge* Abella (dissidente) : La décision de la Commission d'imposer des redevances pour les copies accessibles de diffusion était déraisonnable.

La *Loi sur le droit d'auteur* établit un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres créatives et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur. Maintenir l'équilibre qui favorise le mieux l'intérêt du public quant aux œuvres créatives est l'objet principal de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il faut se demander comment préserver cet équilibre face aux nouvelles technologies qui transforment les mécanismes de production, de reproduction et de distribution des œuvres créatives. La réponse repose sur l'application d'une vision solide de la neutralité technologique en tant que principe central de l'interprétation législative de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Une interprétation raisonnable de la portée du droit de reproduction doit tenir compte des libellés du par. 3(1) et de l'al. 3(1)(d) dans le contexte de l'objet prépondérant de la *Loi sur le droit d'auteur* et du principe central de neutralité technologique. L'adoption d'une interprétation littérale du droit énoncé à l'al. 3(1)(d) ne laissera aucune place pour le principe de neutralité technologique, qui émane des termes « produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité technologique garantit qu'une activité donnée est assujettie à un droit d'auteur en fonction du caractère essentiel de l'activité ou de son résultat plutôt que du processus par lequel elle survient. La neutralité technologique se compose de la neutralité du support et de l'équivalence fonctionnelle. La neutralité du support vise à assurer que la doctrine du droit d'auteur évolue de façon à incorporer les nouvelles technologies, en préservant le droit d'auteur non seulement sur le support sur lequel l'œuvre est créée, mais sur tous les supports actuels et futurs sur lesquels l'œuvre pourrait être exprimée. Dans la mesure où l'expression créative survit au transfert sur un nouveau support, le droit d'auteur rattaché à l'œuvre survivra.

Functional equivalence, on the other hand, focuses on what the technology at issue is doing, rather than on the technical modalities of *how* it is doing it. This leads to interpretations of the *Act* that give functionally equivalent technologies similar treatment. It also avoids imposing copyright liability on technologies and activities that only incidentally implicate copyright. This case involves an application of functional equivalence.

Broadcast-incidental copies are those created to achieve a broadcast by providing the necessary technical modalities. In the context of copyright law, their creation cannot be seen as distinct from the core activity of broadcasting. A broadcast-incidental copy is not transformed into a separate reproduction of the work simply because the technical imperatives of effecting a broadcast require the presence of multiple copies. Broadcast-incidental copies do not, as a result, attract separate royalties. To conclude otherwise is to doom both technological neutrality and the ability of copyright law to preserve the delicate balance between the rights of copyright holders and the public's interest in the dissemination of creative works.

SODRAC holds only the reproduction rights in the works in its repertoire. It is not entitled to royalties associated with the broadcasting of those works, which are paid to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN). SODRAC is attempting to claim royalties in this case for the *method* of broadcasting the musical works to the public, despite never before receiving royalties for broadcasting activities.

Sections 30.8 and 30.9 of the *Copyright Act* were a legislative response to this Court's holding in *Bishop*, which was based on a literal interpretation of s. 3(1)(d). It held that the licensing of a performance right did not implicitly authorize ephemeral recordings of the performance for the purposes of effecting the broadcast. These discrete legislative responses to a specific judicial interpretation of the *Copyright Act* are far from representing the kind of express statutory language needed to displace such fundamental objectives and principles underpinning the *Copyright Act* as technological neutrality and balance. They were meant to provide greater certainty that certain classes of ephemeral recording are not to attract copyright liability and to maintain technological neutrality, not

Par ailleurs, le principe de l'équivalence fonctionnelle met l'accent sur la fonction de la technologie en cause plutôt que sur les modalités techniques de son *fonctionnement*, ce qui oriente les tribunaux vers une interprétation de la *Loi* qui traite les technologies fonctionnellement équivalentes de façon similaire. On évite également ainsi de rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur aux technologies et aux activités qui ne font intervenir le droit d'auteur que de façon accessoire. L'application du principe de l'équivalence fonctionnelle intervient en l'espèce.

Les copies accessoires de diffusion sont créées pour réaliser une diffusion en fournissant les modalités techniques nécessaires. En matière de droit d'auteur, leur création ne peut être perçue comme distincte de l'activité centrale de diffusion. Une copie accessoire de diffusion ne devient pas une reproduction distincte de l'œuvre simplement parce que les impératifs techniques de la diffusion exigent la création de multiples copies. Par conséquent, elles ne donnent pas droit à des redevances distinctes. Conclure autrement reviendrait à condamner tant la neutralité technologique que la capacité du droit d'auteur à préserver l'équilibre délicat établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et l'intérêt du public à ce que les œuvres créatives soient diffusées.

La SODRAC est seulement titulaire des droits de reproduction des œuvres contenues dans son répertoire. Elle n'a pas droit aux redevances relatives à la diffusion de ces œuvres; ces redevances sont versées à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN). En l'espèce, la SODRAC tente de percevoir des redevances sur le *mode* de diffusion des œuvres musicales au public, en dépit du fait qu'elle n'ait jamais reçu auparavant de redevances pour des activités de diffusion.

Les articles 30.8 et 30.9 de la *Loi sur le droit d'auteur* constituaient la réponse du législateur à la décision de la Cour dans l'arrêt *Bishop*, laquelle reposait sur une interprétation littérale de l'al. 3(1)(d). La Cour avait conclu que le fait de céder les droits d'exécution n'autorisait pas implicitement les enregistrements éphémères d'une exécution de l'œuvre dans le but de servir la diffusion. Ces réponses législatives distinctes à une interprétation judiciaire précise de la *Loi sur le droit d'auteur* sont loin du libellé législatif exprès requis pour supplanter des objectifs et principes aussi fondamentaux qui sous-tendent la *Loi sur le droit d'auteur* que ceux de la neutralité technologique et de la mise en équilibre. Elles visaient à assurer que certaines catégories d'enregistrements éphémères

to be a defining statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it.

The Federal Court of Appeal's suggestion that "more copies mean more value and thus, more royalties" violates technological neutrality by imposing additional copyright liability on the use of more efficient copy-dependent broadcasting technologies, by erroneously tying the compensation owed to creators of copyrighted works to how efficiently the user exercises the right that was bargained for, and by artificially raising the cost of broadcasting. It also fails to take account of the fact that broadcasters are required to make certain broadcast-incident copies in order to comply with CRTC regulations and that the CBC already pays royalty fees for broadcasting rights to SOCAN.

The principle of technological neutrality requires that the interpretation and application of the *Copyright Act* focus on the essential character of the activity and not on the technical modalities by which it is achieved. Modern digital technologies that are dependent on the creation of incidental copies do not change the essence of the broadcasting activity, and imposing additional fees for such copies raises the cost of broadcasting, an expense the consumer will be made to bear. Attaching copyright liability to incidental copies created as a result of improvements in broadcasting technologies therefore penalizes broadcasters and the public for utilizing new and improved technologies and artificially creates entitlements to compensation for creators that were never intended to be given under the *Act*.

The majority's articulation and application of the principle of technological neutrality on the issue of valuation is wholly inconsistent with the established case law in that it ties copyright-holder compensation to actions of the user that are unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works, and focuses the inquiry on the value that the technology is creating for the user. The majority proposes two novel factors for the Board to consider when striking a balance between user and copyright-holder interests: (1) the nature of the copyright-protected work's use in the new technology; and (2) the risks taken and the extent of the investment made by the user in the new technology. While the first factor is consistent with the balance articulated in *Théberge*, the second is not. If this new second factor is followed

ne soient pas assujetties à des redevances et à maintenir la neutralité technologique; elles ne constituaient pas un énoncé précis du contenu du droit de reproduction ni ne dressaient la liste des types de copies qui le feront intervenir.

L'affirmation de la Cour d'appel fédérale selon laquelle « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » contrevient au principe de neutralité technologique en imposant des redevances supplémentaires sur l'utilisation de technologies de diffusion plus efficaces qui dépendent de la création de copies, en liant erronément la rémunération des créateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur à l'efficacité avec laquelle l'utilisateur de ces œuvres exerce le droit qui lui a été accordé, et en augmentant artificiellement le coût de diffusion. En outre, cette affirmation ne tient pas compte du fait que les diffuseurs sont tenus d'effectuer certaines copies accessoires de diffusion afin de respecter la réglementation du CRTC et que la SRC paie déjà à SOCAN des redevances pour les droits de diffusion.

Le principe de neutralité technologique exige que l'interprétation et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* soient centrées sur le caractère essentiel de l'activité, et non sur les modalités techniques grâce auxquelles elle est réalisée. Les technologies numériques modernes dépendantes de la création de copies accessoires ne modifient pas le caractère essentiel du processus de diffusion, et l'imposition de frais additionnels pour ces copies augmente le coût de diffusion, une dépense que les consommateurs devront absorber. Imposer le versement de redevances pour toute copie accessoire créée en raison de l'amélioration des technologies de diffusion pénalise donc les diffuseurs et le public pour l'utilisation des technologies nouvelles et améliorées et confère artificiellement aux créateurs le droit à une rémunération qui n'a jamais été prévue par la *Loi*.

La façon dont les juges majoritaires énoncent le principe de neutralité technologique et l'appliquent à la question de l'évaluation est complètement contraire à la jurisprudence établie en ce qu'elle lie la compensation du titulaire du droit d'auteur aux actions de l'utilisateur qui n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et qui ne sont pas pertinentes, et qu'elle fait porter l'examen principalement sur la valeur que crée la technologie pour l'utilisateur. Les juges majoritaires proposent que la Commission tienne compte de deux nouveaux facteurs lorsqu'elle procède à la mise en équilibre des intérêts des utilisateurs et de ceux des titulaires du droit d'auteur : (1) la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur avec la nouvelle technologie et (2) les risques pris par l'utilisateur et l'étendue de

to its logical conclusion, users who make a sufficiently large investment or take sufficiently high risks may, by doing so, deprive the copyright holder of *any* entitlement to compensation for the use of the protected works.

As this Court confirmed in *Entertainment Software Association*, technological neutrality operates to prevent imposing additional, gratuitous fees on the user simply for the use of more efficient technologies. Focusing the inquiry on the value that the technology is creating for the user, as opposed to the functional result created by the technology, misconstrues technological neutrality. A technological innovation may well create value for the user by increasing efficiencies, driving down costs, or allowing the user to remain competitive. But SODRAC, the copyright holder, is not entitled to be compensated for how efficiently the CBC uses technology to achieve its broadcast.

The question of whether the Copyright Board ought to have imposed royalty fees on the CBC for the creation of incidental copies that arise as a technical part of the digital broadcasting process, is at the heart of the Copyright Board's specialized mandate and therefore reviewable on a reasonableness standard. Extricating the various components of the Board's decision and subjecting each to its own standard of review analysis represents a significant and inexplicable change in this Court's standard of review jurisprudence. It risks creating an unworkable framework for the judicial review of administrative decision-making and may well be seen as a way to give reviewing courts wider discretion to intervene in administrative decisions, as had been done in the pre-*Dunsmuir* era through the use of the "preliminary question doctrine".

*Per* Karakatsanis J. (dissenting): There is agreement with Abella J.'s decision on the merits and in the result, but not with her position on the standard of review. Instead, there is agreement with the majority's conclusion that the correctness standard applies to whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right and that the reasonableness standard applies to

son investissement dans la nouvelle technologie. S'il est vrai que le premier facteur est compatible avec la mise en équilibre décrite dans *Théberge*, le second ne l'est pas. Si l'on suit ce nouveau second facteur jusqu'à sa conclusion logique, les utilisateurs qui font un investissement suffisamment important ou qui prennent un risque suffisamment grand peuvent, ce faisant, priver le titulaire du droit d'auteur de *quelque* droit *que ce soit* à une compensation pour l'utilisation des œuvres protégées.

Comme la Cour l'a confirmé dans *Entertainment Software Association*, la neutralité technologique sert à éviter d'imposer des redevances additionnelles et injustifiées à l'utilisateur uniquement parce qu'il utilise des technologies plus efficaces. Faire porter l'examen sur la valeur que crée la technologie pour l'utilisateur, plutôt que sur le résultat fonctionnel créé par la technologie, revient à interpréter erronément le principe de neutralité technologique. Une innovation technologique peut créer de la valeur pour l'utilisateur en augmentant l'efficacité des processus, en réduisant les coûts ou en lui permettant de rester compétitif. Mais la SODRAC, le titulaire du droit d'auteur, n'a pas le droit de recevoir une compensation pour l'efficacité avec laquelle la SRC se sert de la technologie pour mener à bien ses activités de diffusion.

La question de savoir si la Commission du droit d'auteur aurait dû imposer des redevances à la SRC pour la création de copies accessoires qui découlent de la partie technique du processus de diffusion numérique est au cœur du mandat spécialisé de la Commission du droit d'auteur et est, par conséquent, susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Distinguer les diverses parties de la décision de la Commission et assujettir chacune d'entre elles à sa propre analyse de la norme de contrôle représente un changement important et inexplicable dans la jurisprudence de la Cour en matière de norme de contrôle. Cet exercice risque de créer un modèle non fonctionnel pour le contrôle judiciaire des décisions administratives et pourrait bien être perçu comme une façon de conférer aux cours chargées de contrôles judiciaires un pouvoir discrétionnaire plus large pour intervenir dans les décisions administratives, comme le permettait, avant l'arrêt *Dunsmuir*, l'application de la « doctrine de la condition préalable ».

*La* juge Karakatsanis (dissidente) : Je suis d'accord avec la décision de la juge Abella quant au fond et quant au résultat, mais non pour ce qui est de la norme de contrôle. Je suis plutôt d'accord avec les juges majoritaires pour dire que la norme de la décision correcte s'applique à la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction, et que

the balance of the decisions of the Copyright Board. However, the general approach taken by the majority to their analysis of the standard of review is not endorsed. In this respect, although this Court's jurisprudence permits the isolation of a particular question of law on an exceptional basis, it does not require a separate standard of review analysis for each issue. An issue-by-issue approach, within each decision, unnecessarily complicates an already overwrought area of the law.

### Cases Cited

By Rothstein J.

**Applied:** *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Statement of Royalties to be Collected by CMRRA/SODRAC Inc. for the Reproduction of Musical Works, in Canada, by Commercial Radio Stations in 2001, 2002, 2003 and 2004*, decision of the Board, file No. 2001-2004, March 28, 2003 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2003/20030328-rm-b.pdf>); *Statement of Royalties to be Collected by SOCAN, Re: Sound, CSI, AVLA/SOPROQ and Artisti in Respect of Commercial Radio Stations*, decision of the Board, July 9, 2010 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2010/20100709.pdf>); *Gosling v. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470; *Attorney-General v. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348; *Hanfstaengl v. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109.

la norme de la décision raisonnable s'applique au reste des décisions de la Commission du droit d'auteur. Cela dit, je ne souscris pas à l'approche générale adoptée par les juges majoritaires pour analyser la norme de contrôle. À cet égard, même si la jurisprudence de la Cour permet d'isoler exceptionnellement une question de droit en particulier, elle n'exige pas de procéder à une analyse distincte de la norme de contrôle pour chaque question. Une approche qui se penche sur les questions une à la fois complique inutilement un domaine du droit déjà tarabiscoté.

### Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

**Arrêts appliqués :** *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Performing Right Society, Ltd. c. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales en 2001, 2002, 2003 et 2004*, décision de la Commission, n° de dossier 2001-2004, 28 mars 2003 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2003/20030328-rm-b.pdf>); *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Ré: Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et Artisti à l'égard des stations de radio commerciale*, décision de la Commission, 9 juillet 2010 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2010/20100709.pdf>); *Gosling c. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470; *Attorney-General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348; *Hanfstaengl c. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109.

By Abella J. (dissenting)

*Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

By Karakatsanis J. (dissenting)

*Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283.

#### Statutes and Regulations Cited

*Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2.4, 3(1), 30.7 [ad. 1997, c. 24, s. 18(1)], 30.8 [idem], 30.9 [idem], 66.51, 66.6(1), 70.2, 70.4.  
*Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, summary.  
*Television Broadcasting Regulations, 1987*, SOR/87-49, s. 10(5).

#### Authors Cited

*Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada*, 19 mars 1992, art. 2.  
 Craig, Carys J. “Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

*Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20, sommaire.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.4, 3(1), 30.7 [aj. 1997, c. 24, art. 18(1)], 30.8 [idem], 30.9 [idem], 66.51, 66.6(1), 70.2, 70.4.  
*Règlement de 1987 sur la télédiffusion*, DORS/87-49, art. 10(5).

#### Doctrine et autres documents cités

*Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada*, 19 mars 1992, art. 2.  
 Craig, Carys J. « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*

- Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 271.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Gurry, Francis. “The Future of Copyright”, speech delivered at the Blue Sky Conference, Queensland University of Technology, Sydney, February 25, 2011 (online: [http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg\\_blueskyconf\\_11.html](http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html)).
- Hagen, Gregory R. “Technological Neutrality in Canadian Copyright Law”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 307.
- Hutchison, Cameron J. “Case Comment: The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality” (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589.
- Hutchison, Cameron J. “Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC*” (2015), 13 *C.J.L.T.* 101.
- Katz, Ariel. “Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?”, in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*. Toronto: Irwin Law, 2009, 449.
- Licence authorizing the Canadian Broadcasting Corporation to reproduce works in the repertoire of SODRAC for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012*, file No. 70.2-2008-01, November 2, 2012, revised March 31, 2014, ss. 2.01, 5.03(2) (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/licence-src-modifiee.pdf>).
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2015, release 4).
- Pallante, Maria A. “The Next Great Copyright Act” (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315.
- Richard, Hugues G., and Laurent Carrière et al., eds. *Canadian Copyright Act Annotated*, vol. 3. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2015, release 8).
- Syrtash, Veronica. “Supra-National Limitations on Copyright Exceptions: Canada’s Ephemeral Exception and the “Three-Step Test”” (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521.
- Tussey, Deborah. “Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies” (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 271.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
- Gurry, Francis. « L’avenir du droit d’auteur », discours prononcé à la Blue Sky Conference, Université de technologie du Queensland, Sydney, 25 février 2011 (en ligne : [http://www.wipo.int/about-wipo/fr/dgo/speeches/dg\\_blueskyconf\\_11.html](http://www.wipo.int/about-wipo/fr/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html)).
- Hagen, Gregory R. « Technological Neutrality in Canadian Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 307.
- Hutchison, Cameron J. « Case Comment : The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589.
- Hutchison, Cameron J. « Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC* » (2015), 13 *C.J.L.T.* 101.
- Katz, Ariel. « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature? », in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*, Toronto, Irwin Law, 2009, 449.
- Licence autorisant la Société Radio-Canada à reproduire les œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC entre le 14 novembre 2008 et le 31 mars 2012*, n° de dossier 70.2-2008-01, 2 novembre 2012, révisé 31 mars 2014, art. 2.01, 5.03(2) (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/licence-src-modifiee.pdf>).
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2015, release 4).
- Pallante, Maria A. « The Next Great Copyright Act » (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315.
- Richard, Hugues G., and Laurent Carrière et al., eds. *Canadian Copyright Act Annotated*, vol. 3, Toronto, Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2015, release 8).
- Syrtash, Veronica. « Supra-National Limitations on Copyright Exceptions : Canada’s Ephemeral Exception and the “Three-Step Test” » (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521.
- Tussey, Deborah. « Technology Matters : The Courts, Media Neutrality, and New Technologies » (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Pelletier and Trudel JJ.A.), 2014 FCA 84, [2015] 1 F.C.R. 509, 457 N.R. 156, 118 C.P.R. (4th) 79, [2014] F.C.J. No. 321 (QL), 2014 CarswellNat 808 (WL Can.), setting aside in part a decision of the Copyright Board of Canada, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf>), [2012] C.B.D. No. 11 (QL), and affirming a decision of the Copyright Board of Canada, file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>). Appeal allowed, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting.

*Marek Nitoslowski and Joanie Lapalme*, for the appellant.

*Colette Matteau and Lisane Bertrand*, for the respondents.

*Howard P. Knopf, David Lametti and Ariel Katz*, for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz.

*David Fewer and Jeremy de Beer*, for the intervenor the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

*Casey M. Chisick, Peter J. Henein and Eric Mayzel*, for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Music Publishers Association and the International Confederation of Music Publishers.

*Barry B. Sookman and Daniel G. C. Glover*, for the interveners Music Canada, the International Federation of the Phonographic Industry, the Canadian Council of Music Industry Associations, the Canadian Independent Music Association and Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Pelletier et Trudel), 2014 CAF 84, [2015] 1 R.C.F. 509, 457 N.R. 156, 118 C.P.R. (4th) 79, [2014] A.C.F. n° 321 (QL), 2014 CarswellNat 809 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada, dossiers n°s 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf>), [2012] C.B.D. No. 11 (QL), et confirmé une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada, dossier n° 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>). Pourvoi accueilli, les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes.

*Marek Nitoslowski et Joanie Lapalme*, pour l'appelante.

*Colette Matteau et Lisane Bertrand*, pour les intimées.

*Howard P. Knopf, David Lametti et Ariel Katz*, pour les intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz.

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

*Casey M. Chisick, Peter J. Henein et Eric Mayzel*, pour les intervenantes l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, l'Association canadienne des éditeurs de musique et la Confédération internationale des éditeurs de musique.

*Barry B. Sookman et Daniel G. C. Glover*, pour les intervenants Music Canada, la Fédération internationale de l'industrie phonographique, le Conseil canadien des associations de l'industrie musicale, l'Association canadienne de la musique indépendante et l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon and Côté JJ. was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — Broadcasting a program that uses copyright-protected music engages the right to communicate the work to the public by telecommunication — a right that rests exclusively with the copyright holder for that musical work. Thus, broadcasters must secure a licence to communicate the work. Broadcasting activities are complex, however, and broadcasters often engage not only in the telecommunication of musical works as part of the airing of a program, but also in making copies of programs, and thus of the music incorporated therein, for internal use. Where these copies are made to facilitate broadcasting, they may be described as broadcast-incidental copies.

[2] Making copies of a copyright-protected work implicates the reproduction right, which also rests exclusively with the copyright holder. This case concerns the relationship between broadcast-incidental copies and the reproduction right established by s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.

[3] In 2012, the Copyright Board, in setting the terms of a licence between Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) and SODRAC 2003 Inc. and the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. (collectively, “SODRAC”) for the 2008-2012 period, held that CBC’s broadcast-incidental copying activity engaged the reproduction right, that a licence for such copies could not be implied from synchronization licences covering the production process, and that CBC required a separate reproduction licence to legitimize its broadcast-incidental copying. The Board further found that the appropriate valuation for this licence was more than nominal, and issued a licence authorizing CBC to reproduce works in the SODRAC repertoire in conjunction

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — La diffusion d’une émission incorporant une musique protégée par un droit d’auteur met en jeu le droit de communiquer l’œuvre au public par voie de télécommunication — un droit qui appartient exclusivement au titulaire du droit d’auteur sur l’œuvre musicale en question. C’est pour cette raison que les diffuseurs qui communiquent l’œuvre doivent obtenir une licence. Cela dit, les activités de diffusion sont complexes, et il arrive souvent que les diffuseurs non seulement effectuent la télécommunication d’œuvres musicales dans le cadre de la diffusion d’une émission, mais aussi confectionnent des copies d’émissions — et, par conséquent, de la musique que celles-ci contiennent — à des fins d’utilisation interne. Dans les cas où elles visent à faciliter la diffusion, ces copies peuvent être qualifiées de copies accessoires de diffusion.

[2] La confection de copies d’une œuvre protégée par un droit d’auteur met en jeu le droit de reproduction, qui appartient, lui aussi, exclusivement au titulaire du droit d’auteur. Le présent pourvoi porte sur le rapport qui existe entre les copies accessoires de diffusion et le droit de reproduction visé à l’al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42 (« LDA » ou « Loi »).

[3] Lorsqu’en 2012, elle a été appelée à fixer les modalités afférentes à la licence conclue entre la Société Radio-Canada (« SRC ») et la SODRAC 2003 Inc. ainsi que la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (collectivement « SODRAC ») pour la période de 2008 à 2012, la Commission du droit d’auteur a conclu que l’activité de la SRC consistant à faire des copies accessoires de diffusion mettait en cause le droit de reproduction. En outre, selon elle, on ne pouvait inférer des licences de synchronisation visant le processus de production l’existence d’une licence permettant à la SRC de faire de telles copies. Ainsi, pour la Commission, la SRC devait obtenir une licence de reproduction distincte pour légitimer ses activités de confection de copies accessoires de

with a list of activities, including the production of CBC's in-house programs and the broadcasting of programs on CBC's television services and on the Internet: *Licence authorizing the Canadian Broadcasting Corporation to reproduce works in the repertoire of SODRAC for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012* (online) ("2008-2012 statutory licence" or "2008-2012 licence"), s. 2.01.

[4] It later issued an interim licence to take effect after the expiry of the 2008-2012 licence that extended the terms of that licence on an interim basis, subject to minor modifications. The Federal Court of Appeal upheld both the 2008-2012 licence and the interim licence that followed, subject to minor amendments.

[5] The Board was correct in finding that broadcast-incidental copying engages the reproduction right, consistent with this Court's decision in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, and the context of the statutory scheme set out in the *Copyright Act*. Though this Court's subsequent decisions in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, and *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 ("ESA"), have refined our understanding of the purposes of copyright law, the central holding in *Bishop*, that ephemeral copies engage the reproduction right, remains sound. I further agree with the Board and the Federal Court of Appeal that a licence to make broadcast-incidental copies should not be implied from synchronization licences issued by SODRAC.

[6] However, in my respectful opinion, the Board erred in failing to consider the principles of technological neutrality and balance in setting the valuation

diffusion. Après avoir conclu également qu'il convenait d'attribuer à cette licence une valeur plus que symbolique, la Commission a octroyé à la SRC une licence l'autorisant à reproduire des œuvres tirées du répertoire de la SODRAC en conjonction avec une liste d'activités, y compris la production des émissions maison de la SRC et la diffusion d'émissions sur ses services de télévision et sur Internet : *Licence autorisant la Société Radio-Canada à reproduire les œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC entre le 14 novembre 2008 et le 31 mars 2012* (en ligne) (« licence légale 2008-2012 » ou « licence 2008-2012 »), art. 2.01.

[4] La Commission a subséquemment délivré une licence provisoire devant prendre effet après l'expiration de la licence 2008-2012 et proroger les modalités de cette dernière à titre provisoire, sous réserve de modifications mineures. La Cour d'appel fédérale a maintenu la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire qui a suivi, sous réserve de modifications mineures.

[5] La Commission a conclu à juste titre que l'activité consistant à faire des copies accessoires de diffusion met en cause le droit de reproduction, une décision conforme à la décision de la Cour dans l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, et avec le régime législatif mis en place par la LDA. Si les décisions rendues subséquemment par la Cour dans les arrêts *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, et *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« ESA »), ont précisé notre compréhension des objectifs du droit d'auteur, la conclusion centrale de l'arrêt *Bishop*, soit que les copies éphémères mettent en cause le droit de reproduction, demeure valide. En outre, j'estime, à l'instar de la Commission et de la Cour d'appel fédérale, qu'il faut se garder d'inférer des licences de synchronisation octroyées par la SODRAC l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion.

[6] Cela dit, à mon avis, la Commission aurait dû prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour

of this licence. I would remit this matter to the Board for reconsideration of the valuation of the 2008-2012 licence for CBC's television and Internet broadcast- incidental copies applying the principles of technological neutrality and balance. Because the interim licence that followed was based on the terms of the 2008-2012 licence, I would also set it aside and remit it for redetermination.

### I. Facts

[7] The appellant CBC is both a producer and a broadcaster of television programs: it broadcasts its own original programs as well as those that it has licensed or bought from third parties, and it shows these programs on television and the Internet. Where a program contains copyright-protected musical works, CBC must ensure that it has secured all necessary licences for that work in order to reproduce and broadcast the work as part of a television program. Production and broadcasting may implicate both reproduction and the telecommunication rights in a work. This appeal is concerned primarily with the reproduction right established by s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*.

[8] The respondent the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. is a collective society organized to manage the reproduction rights of its members. Its focus is on French-language music reproduction rights. Its members assign their reproduction rights to the collective society, which then stands in place of individual right holders in negotiations with parties who seek permission to reproduce works in its repertoire. This repertoire comprises the majority of French-language works written by Canadians.

déterminer la valeur de cette licence. Ainsi, je suis d'avis de lui renvoyer le dossier pour qu'elle applique ces principes dans le cadre d'un nouvel examen de la valeur de la licence 2008-2012 pour les copies accessoires de diffusion aux fins des services de télévision et sur Internet de la SRC. Puisqu'elle reposait sur les modalités de la licence 2008-2012, j'estime que la licence provisoire délivrée subsé- quemment doit être annulée et renvoyée devant la Commission pour faire l'objet d'une nouvelle décision.

### I. Faits

[7] L'appelante, la SRC, est à la fois un producteur et un diffuseur d'émissions de télévision : elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que celles qui lui sont cédées par licence ou qu'elle achète auprès de tierces parties, et elle le fait à la télévision et sur Internet. Lorsqu'une émission contient des œuvres musicales protégées par un droit d'auteur, la SRC doit veiller à obtenir toutes les licences nécessaires relativement à ces œuvres pour pouvoir en effectuer la reproduction et la diffusion dans le cadre d'une émission de télévision. La production et la diffusion peuvent mettre en cause à la fois le droit de reproduction et le droit de télécommunication d'une œuvre. Le présent pour- voi s'intéresse principalement au droit de reproduction visé à l'al. 3(1)d) de la *LDA*.

[8] L'intimée la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. est une société collective constituée pour assurer la gestion des droits de reproduction de ses membres. Elle s'intéresse surtout aux droits de reproduction de la musique de langue française. Ses membres lui cèdent leurs droits de reproduction, puis elle agit pour le compte des titulaires de droits individuels dans le cadre des négociations qu'elle mène avec des parties qui souhaitent obtenir la permission de reproduire des œuvres comprises dans son répertoire. Ce dernier comprend la majorité des œuvres de langue française composées par des Canadiens.

A. *Synchronization Copies and Broadcast-Incidental Copies*

[9] A producer who wishes to use a musical work in an audiovisual program must incorporate that work into the production copy of the program, a process known in the industry as “synchronization”. The parties do not dispute that the synchronization process is an exercise of the reproduction right, and thus requires a licence if the musical work being incorporated is under copyright. Once the synchronization process is complete, the final product is referred to as a “master” copy. Where the producer is not also a broadcaster, this copy is then passed on once the program has been sold or licensed to a broadcaster.

[10] Once CBC is in possession of the master copy of a program, whether it has been produced in-house or by an independent producer, the master copy is loaded into CBC’s digital content management system, a practice that has become widespread among broadcasters in recent years. Digital systems generally involve the storage of copies as electronic files on hard drives, while older analog systems stored copies on physical tapes. CBC makes use of its digital content management system to perform a number of functions that help prepare a program for broadcast.

[11] These processes result in the creation of several copies, which are at the heart of this appeal. The parties refer to these copies as “broadcast-incidental copies”. Broadcast-incidental copies may be made for several purposes. For example, a copy may be made to reformat the master copy to suit CBC’s technical requirements, or to edit the copy for timing, language or closed captioning purposes. One or more additional copies may also be made to allow for screening of the program by various teams within CBC before broadcast.

A. *Les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion*

[9] Le producteur qui souhaite se servir d’une œuvre musicale dans une émission audiovisuelle doit incorporer cette œuvre dans la copie de production de l’émission, un processus que les initiés appellent la « synchronisation ». Les parties ne contestent pas que le processus de synchronisation constitue un exercice du droit de reproduction et qu’il requière l’octroi d’une licence si l’œuvre musicale qui est incorporée est protégée par un droit d’auteur. Le produit créé grâce au processus de synchronisation est appelé la copie « maîtresse ». Si le producteur n’est pas un diffuseur, cette copie est transmise lors de la vente ou de la concession en licence de l’émission à un diffuseur.

[10] Dès qu’elle est en possession de la copie maîtresse d’une émission — que celle-ci ait été conçue à l’interne ou par un producteur indépendant —, la SRC l’intègre dans son système de gestion du contenu numérique, une pratique qui s’est répandue chez les diffuseurs au cours des dernières années. Les systèmes numériques supposent généralement que des copies soient entreposées sur des disques durs sous forme de fichiers électroniques, tandis que les systèmes analogiques plus anciens supposaient un entreposage des copies sur des rubans physiques. La SRC se sert de son système de gestion du contenu numérique pour exécuter un certain nombre de fonctions dans le cadre de la préparation d’une émission en vue de sa diffusion.

[11] Ces processus donnent lieu à la création de plusieurs copies, celles qui sont au cœur du présent pourvoi. Les parties les appellent : « copies accessoires de diffusion ». Celles-ci peuvent être faites à plusieurs fins, par exemple pour reformater la copie maîtresse afin qu’elle corresponde aux exigences techniques de la SRC, ou encore pour la modifier à des fins de synchronisation, de langue ou de sous-titrage codé. Une ou plusieurs copies supplémentaires peuvent aussi être faites pour que diverses équipes de la SRC puissent visionner l’émission avant sa diffusion.

## B. *Licensing Practices*

[12] Broadly speaking, reproduction licences may take two forms: transactional or blanket. In a transactional licence, a prospective user seeks out the holder of the reproduction right in a particular work that the producer wishes to include in a program and negotiates an individual licence agreement. Blanket licences are negotiated between a producer and a collective society, and grant the producer the right to reproduce all works within the collective's repertoire, subject to the negotiated terms of the licence.

[13] Parties negotiating a reproduction licence may also choose to structure it as a "through-to-the-viewer" licence, in which the right holder grants the authority to make all reproductions necessary to take a program from production through to its ultimate broadcast to viewers. Alternately, they may choose to structure it as a "bare" synchronization licence, which grants the authority to make synchronization copies but does not cover additional copies made to facilitate broadcasting: decision of the Copyright Board, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online) ("Statutory Licence Decision"), at paras. 15-16. As will be discussed below, however, CBC disputes whether bare synchronization licences are possible, or whether they must include an implied licence to make broadcast-incidental copies.

[14] Where CBC acts as a producer, its practice has been to seek transactional synchronization licences from individual right holders where possible. When synchronizing French-language music, SODRAC exercises collective authority over the substantial majority of such works, and CBC has used blanket licences. Where CBC acts as a broadcaster of third party programs, it does not seek synchronization licences, as those licences will have

## B. *Les pratiques de concession de licences*

[12] De façon générale, les licences de reproduction peuvent revêtir deux formes : soit elles sont ponctuelles, soit elles sont générales. Dans le cas d'une licence ponctuelle, l'utilisateur éventuel s'adresse au titulaire du droit de reproduction d'une œuvre en particulier que le producteur souhaite inclure dans une émission et il négocie un accord de licence individuel. Pour sa part, une licence générale est négociée entre un producteur et une société de gestion et elle accorde au producteur le droit de reproduire toutes les œuvres comprises dans le répertoire collectif, sous réserve des modalités négociées prévues dans la licence.

[13] Les parties qui négocient une licence de reproduction peuvent aussi choisir de structurer celle-ci comme une licence « libre de tous droits ». Dans ce cas, le titulaire d'un droit accorde l'autorisation de faire toutes les reproductions nécessaires pour mener une émission de l'étape de la production jusqu'à celle de sa diffusion à l'intention des téléspectateurs. Les parties peuvent également choisir de structurer cette licence comme une « simple » licence de synchronisation. Dans ce cas, le texte accorde l'autorisation de faire des copies de synchronisation, mais ne couvre pas les copies supplémentaires visant à faciliter la diffusion : décision de la Commission du droit d'auteur, dossiers n<sup>os</sup> 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne) (« Décision sur la licence légale »), par. 15-16. Ainsi qu'il en sera question plus loin, la SRC conteste que les simples licences de synchronisation en question puissent exister, et en infère que les licences de synchronisation sont nécessairement assorties d'une licence implicite de faire des copies accessoires de diffusion.

[14] Si elle agit à titre de productrice, la SRC a comme pratique de tenter d'obtenir, dans la mesure possible, des licences de synchronisation ponctuelles auprès de chacun des titulaires d'un droit. Lorsqu'elle synchronise de la musique de langue française, la SRC utilise des licences générales, la SODRAC exerçant un pouvoir collectif à l'égard d'une importante majorité de telles œuvres. Lorsqu'elle agit à titre de diffuseur d'émissions de

been obtained by the producer before the final master copy of the program is handed over to CBC.

[15] The issues in dispute on appeal arise in part from the history of dealings between CBC and SODRAC with regard to reproduction licences. It is helpful to review this history in understanding the arguments presented by both parties.

[16] In 1990, this Court, per McLachlin J. (as she then was), issued its decision in *Bishop*, holding that “the right to broadcast a performance under s. 3(1) of the Act does not include the right to make ephemeral recordings for the purpose of facilitating the broadcast”: p. 485. Thus, reproductions made to facilitate broadcasting need to be authorized separate from the authorization to broadcast a performance to the public.

[17] Following *Bishop*, in 1992, CBC and SODRAC first entered into a negotiated licence agreement permitting CBC to make synchronization copies and other reproductions of works within the SODRAC repertoire: *Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada*, March 19, 1992 (“1992 Licence”), A.R., vol. IV, at p. 1. This agreement did not disaggregate synchronization copies and broadcast-incident copies, but rather granted to CBC the authority to make any copies of works in SODRAC’s repertoire in connection with its broadcasting activities: 1992 Licence, art. 2. The 1992 Licence was thus a blanket, through-to-the-viewer licence. This licence also extended upstream authorization to third party producers to make synchronization copies in works commissioned for broadcast by CBC: Statutory Licence Decision, at para. 72.

[18] In 1998, SODRAC began to differentiate between synchronization copies made by producers

tierces parties, la SRC ne tente pas d’obtenir de licences de synchronisation, car celles-ci ont déjà été obtenues par le producteur avant que la copie maîtresse définitive de l’émission ne lui soit remise pour qu’elle la diffuse.

[15] Les questions en litige en appel découlent en partie de l’historique des ententes conclues entre la SRC et la SODRAC en ce qui concerne les licences de reproduction. Il est utile de passer cet historique en revue pour comprendre les arguments avancés par l’une et l’autre partie.

[16] En 1990, sous la plume de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), la Cour a rendu dans *Bishop* une décision selon laquelle « le droit de diffuser l’exécution d’une œuvre en vertu du par. 3(1) de la Loi ne comporte pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion » : p. 485. Ainsi, l’autorisation d’effectuer des reproductions visant à faciliter la diffusion doit être accordée séparément de l’autorisation de diffuser une exécution à l’intention du public.

[17] En 1992, la SRC et la SODRAC ont, dans un premier temps, conclu un accord de licence négocié permettant à la SRC de faire des copies de synchronisation et autres reproductions d’œuvres comprises dans le répertoire de la SODRAC : *Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada*, 19 mars 1992 (« Licence 1992 »), d.a., vol. IV, p. 1. Plutôt que d’établir une distinction entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion, cette convention permettait à la SRC de faire tous types de copies d’œuvres relevant du répertoire de la SODRAC pour ses activités de diffusion : Licence 1992, art. 2. Cette licence était donc une licence générale, libre de tous droits. Elle avait également pour effet d’accorder aux producteurs tiers l’autorisation en amont de faire des copies de synchronisation d’œuvres commandées pour télédiffusion par la SRC : Décision sur la licence légale, par. 72.

[18] En 1998, la SODRAC a commencé à distinguer les copies de synchronisation effectuées par

and copies for other purposes made by broadcasters. It did so by announcing its intent to require producers to obtain synchronization licences, though it granted such licences for free where programs were commissioned by broadcasters who held licences to SODRAC's repertoire, on the understanding that the broadcaster had paid for the licence necessary to cover the producer's copying: Statutory Licence Decision, at para. 72.

[19] In or about 2006, SODRAC began asking producers to pay for their synchronization licences. These licences were structured to permit producers to make synchronization copies, but virtually all of them expressly barred producers from authorizing further downstream copying by broadcasters: Statutory Licence Decision, at para. 73.

[20] In November 2008, after SODRAC and CBC were unable to come to an agreement for the renewal of CBC's existing licence, SODRAC asked the Board, pursuant to s. 70.2 of the *Copyright Act*, to set the terms of a licence between the parties covering the reproduction by CBC of works in SODRAC's repertoire for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012: Statutory Licence Decision, at para. 3.

## II. Proceedings Below

### A. *Statutory Licence Decision*

[21] The Board issued its decision regarding the terms of the 2008-2012 statutory licence between CBC and SODRAC on November 2, 2012. This decision also set the terms of a licence between Les Chaînes Télé Astral and Teletoon ("Astral") and SODRAC, and of a tariff covering certain reproduction activities related to the distribution of cinematographic works. Neither the Astral licence nor the tariff is at issue before this Court.

les producteurs des copies faites à d'autres fins par les diffuseurs. En effet, elle a fait part de son intention d'exiger des producteurs qu'ils obtiennent des licences de synchronisation, bien qu'elle ait octroyé de telles licences gratuitement lorsque les émissions étaient commandées par des diffuseurs détenant des licences à l'égard du répertoire de la SODRAC, étant entendu que ceux-ci avaient payé la licence dont ils avaient besoin pour couvrir les activités de confection de copies du producteur : Décision sur la licence légale, par. 72.

[19] En 2006 ou vers 2006, la SODRAC a commencé à demander aux producteurs de payer leurs licences de synchronisation. Ces licences étaient structurées de manière à permettre aux producteurs de faire des copies de synchronisation, mais pour ainsi dire toutes ces licences leur interdisaient expressément d'autoriser la confection en aval de copies supplémentaires par les diffuseurs : Décision sur la licence légale, par. 73.

[20] En novembre 2008, après que la SODRAC et la SRC eurent été incapables d'en arriver à une entente sur le renouvellement de la licence de la SRC existante, la SODRAC a demandé à la Commission, en application de l'art. 70.2 de la *LDA*, de fixer les modalités d'une licence entre les parties couvrant la reproduction par la SRC d'œuvres relevant du répertoire de la SODRAC pour la période allant du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012 : Décision sur la licence légale, par. 3.

## II. Les instances inférieures

### A. *Décision sur la licence légale*

[21] La Commission a rendu sa décision sur les modalités de la licence légale 2008-2012 entre la SRC et la SODRAC le 2 novembre 2012. Dans cette décision, elle a également fixé les modalités d'une licence conclue entre Les Chaînes Télé Astral et Télétoon (« Astral ») et la SODRAC ainsi que le tarif couvrant certaines activités de reproduction relatives à la distribution d'œuvres cinématographiques. Ni la licence d'Astral ni le tarif ne sont en litige devant la Cour.

[22] The Board conducted its analysis from the understanding that broadcast-incidental copies are reproductions within the meaning of the *Copyright Act*, and that they are not subject to an exception for ephemeral copies under the Act: see Statutory Licence Decision, at paras. 12 and 72.

[23] CBC and Astral argued in part that SODRAC's layered licence strategy — under which both producers and broadcasters would each be expected to pay a licence fee for their respective reproduction activities — went against prevailing industry practice, and was inconsistent with a through-to-the-viewer licensing approach: Statutory Licence Decision, at paras. 41-42 and 65. The Board remarked that the focus in this proceeding “must be to a large extent on SODRAC's practices”: Statutory Licence Decision, at para. 64. Broader licensing practices were relevant, but not dispositive.

[24] The Board found that “outright [through-to-the-viewer] buyouts are not the dominant model in Canada”, and that SODRAC “has issued few, if any, through-to-the-viewer [licences]”: Statutory Licence Decision, at para. 71. Thus, the Board did not find that the weight of industry practice or of SODRAC's past practices established through-to-the-viewer licensing as a binding norm that would invalidate a layered approach to licensing.

[25] The Board turned to the question of how royalty payments under the licence should be valued. Regarding the relationship between technological innovation and licence valuation, the Board observed that

[t]he adoption of copy-dependent technologies allows broadcasters to remain competitive and to protect their core business even when it does not generate direct profits.

[22] La Commission a procédé à son analyse étant entendu que les copies accessoires de diffusion sont des reproductions au sens de la *LDA* et qu'elles ne sont pas visées par une exception touchant les copies éphémères prévue par la *Loi* : Décision sur la licence légale, par. 12 et 72.

[23] La SRC et Astral ont fait valoir notamment que la stratégie de la SODRAC d'octroyer des licences à plusieurs niveaux — suivant laquelle tant les producteurs que les diffuseurs doivent acquitter des redevances pour mener leurs activités de reproduction respectives — ne concordait pas avec la pratique en vigueur dans ce secteur d'activités et n'était pas conforme à une méthode de concession de licences libres de tous droits : Décision sur la licence légale, par. 41-42 et 65. La Commission a fait remarquer que, dans l'instance qui nous intéresse, « il faut s'attacher principalement aux pratiques de la SODRAC » : Décision sur la licence légale, par. 64. En outre, selon la Commission, si elles sont pertinentes, les pratiques plus générales de concession de licences ne tranchent cependant pas le débat.

[24] La Commission a conclu que « les licences définitives [libres de tous droits] ne constituent pas le modèle dominant au Canada » et que la SODRAC « a délivré très peu, s'il en est, de licences libres de tous droits » : Décision sur la licence légale, par. 71. Donc, selon la Commission, ni le poids de la pratique dans ce domaine d'activités ni celui des pratiques passées de la SODRAC ne permettraient de revêtir l'octroi de licences libres de tous droits du caractère d'une norme obligatoire qui invaliderait la méthode de concession de licences à plusieurs niveaux.

[25] La Commission s'est ensuite penchée sur la manière de déterminer les redevances payables en application de la licence. En ce qui concerne la relation entre l'innovation technologique et l'évaluation de la licence, la Commission a signalé ce qui suit :

L'adoption de technologies nécessitant la réalisation de copies permet aux télédiffuseurs de demeurer concurrentiels et de protéger leurs activités principales même

These technologies are necessary for Astral and CBC to remain relevant so that services continue to be seen by the public. These are clear benefits arising from the copy-dependant technologies. Since these technologies involve the use of additional copies, some of the benefits associated with the technologies must be reflected in the remuneration that flows from these incidental, additional copies. [Endnote omitted; para. 81.]

[26] The Board set out its analysis of the appropriate valuation of the royalties covering CBC's television-related copying activity. Regarding the broadcast-incidental copies at issue before this Court, the Board employed a ratio methodology and found that the appropriate royalty payable to SODRAC for these reproductions was to be determined as a percentage of the royalties CBC paid to secure communication rights for music that it broadcast on radio and television: Statutory Licence Decision, at paras. 108-9. The Board applied its reasoning regarding television broadcast-incidental copies to copies related to Internet delivery as well: Statutory Licence Decision, at para. 148.

#### B. *Interim Licence Decision*

[27] Following the release of its final decision regarding the 2008-2012 licence, the Board issued an interim decision in January 2013 extending the terms of the 2008-2012 licence on an interim basis pending the Board's final determination of appropriate licence terms for the period from April 1, 2012 to March 31, 2016: Copyright Board file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online) ("Interim Licence Decision").

[28] In the Interim Licence Decision, the Board observed that "the best way to achieve the objectives of an interim decision is to maintain the status quo while avoiding a legal vacuum", though circumstances may sometimes warrant a departure from the status quo: Interim Licence Decision, at para. 18. The Board then found that the 2008-2012

lorsque ces copies ne génèrent pas de bénéfices directs. Astral et la SRC ont besoin de ces technologies pour demeurer pertinents et que le public continue de les visionner. Il s'agit de nets bénéfices découlant de technologies nécessitant la réalisation de copies. Puisque ces technologies supposent l'utilisation de copies supplémentaires, certains des avantages associés à ces technologies doivent se refléter dans la rémunération découlant de ces copies accessoires supplémentaires. [Note en fin d'ouvrage omise; par. 81.]

[26] La Commission a énoncé son analyse de l'évaluation applicable des redevances couvrant la confection pour la télévision de copies par la SRC. En ce qui concerne les copies accessoires de diffusion en cause devant la Cour, la Commission a retenu une méthodologie privilégiant le ratio et en est arrivée à la conclusion que les redevances payables à la SODRAC au titre de ces reproductions devaient être fixées en tant que pourcentage des redevances que la SRC avait dû verser pour obtenir le droit de communiquer la musique qu'elle diffusait à la radio et à la télévision : Décision sur la licence légale, par. 108-109. La Commission a appliqué aux copies se rapportant à la diffusion sur Internet le même raisonnement qu'elle a suivi à l'égard des copies accessoires de diffusion télévisuelle : Décision sur la licence légale, par. 148.

#### B. *Décision sur la licence provisoire*

[27] Après avoir rendu une décision finale sur la licence 2008-2012, soit en janvier 2013, la Commission a rendu une décision provisoire qui maintenait l'effet des modalités de la licence 2008-2012 à titre provisoire jusqu'à ce qu'elle se prononce définitivement sur les modalités dont il fallait assortir la licence pour la période allant du 1<sup>er</sup> avril 2012 au 31 mars 2016 : dossier de la Commission du droit d'auteur n° 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne) (« Décision sur la licence provisoire »).

[28] Dans la Décision sur la licence provisoire, la Commission a fait remarquer que « la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique », bien que les circonstances puissent parfois justifier une dérogation au *statu quo* : Décision sur la licence provisoire, par. 18. La Commission

licence was a more appropriate representation of the status quo than the 1992 agreement that preceded it: Interim Licence Decision, at para. 19.

[29] Accordingly, the terms of the 2008-2012 licence were used to frame the interim licence. This structure included, among other things, a blanket synchronization fee, despite CBC's expressed desire to move to a transactional model: Interim Licence Decision, at para. 8.

C. *Federal Court of Appeal, 2014 FCA 84, [2015] 1 F.C.R. 509* ("FCA Decision")

[30] The principal argument before the Federal Court of Appeal concerned whether the Board's Statutory Licence Decision was inconsistent with the principle of technological neutrality as discussed by this Court in *ESA*: FCA Decision, at para. 26.

[31] In analyzing the Board's approach to valuing broadcast-incidental copies, the Federal Court of Appeal cited as a fundamental proposition the notion that,

if technological advances require the making of more copies of a musical work in order to get an audiovisual work that incorporates it to market, those additional copies add value to the enterprise. As a result, they attract additional royalties, not necessarily on a per-copy basis but on the basis of the additional value generated by those copies. Simply put, more copies mean more value and thus, more royalties. [para. 28]

It discussed the statements in *ESA* concerning the nature of technological neutrality, but did not find sufficient guidance to warrant its application to the facts of this case: paras. 40 and 44.

[32] The Federal Court of Appeal affirmed the Board's Statutory Licence Decision, subject to one

a ensuite conclu que la licence 2008-2012 représentait davantage le statu quo que l'accord de 1992 qui l'avait précédée : *Décision sur la licence provisoire*, par. 19.

[29] Les modalités de la licence 2008-2012 ont donc servi à encadrer la licence provisoire. Cette structure incluait entre autres choses des frais généraux de synchronisation, en dépit de la volonté exprimée par la SRC d'adhérer à un modèle ponctuel : *Décision sur la licence provisoire*, par. 8.

C. *Cour d'appel fédérale, 2014 CAF 84, [2015] 1 R.C.F. 509* (« *Décision de la CAF* »)

[30] Le principal argument avancé devant la Cour d'appel fédérale posait la question de savoir si la *Décision sur la licence légale de la Commission* allait à l'encontre du principe de neutralité technologique que la Cour a formulé dans l'arrêt *ESA* : *Décision de la CAF*, par. 26.

[31] Dans son analyse de la méthode d'évaluation des copies accessoires de diffusion retenue par la Commission, la Cour d'appel fédérale a cité comme étant une proposition fondamentale la notion selon laquelle,

si l'évolution technologique fait en sorte qu'il est nécessaire de faire plus de copies d'une œuvre musicale afin que l'œuvre audiovisuelle dans laquelle cette œuvre musicale est incorporée puisse être vendue, ces copies additionnelles ajoutent à la valeur de l'entreprise. Elles donnent donc droit à des redevances additionnelles qu'il ne convient pas nécessairement de calculer selon un taux par copie, mais plutôt selon un taux fondé sur la valeur additionnelle générée par ces copies. En termes simples, plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances. [par. 28]

Si elle a analysé les remarques formulées dans l'arrêt *ESA* sur la nature de neutralité technologique, la Cour d'appel fédérale n'y a cependant pas vu suffisamment d'indications justifiant son application aux faits de la présente affaire : par. 40 et 44.

[32] La Cour d'appel fédérale a confirmé la *Décision sur la licence légale de la Commission*, sous

technical amendment to the discount formula intended to capture CBC's use of songs already subject to through-to-the-viewer licences: paras. 78-82. The court also affirmed the Board's Interim Licence Decision: paras. 93-94.

### III. Issues

[33] This appeal raises the following issues:

- (1) What is the appropriate standard of review?
- (2) Do broadcast-incidental copies engage the reproduction right, and if so, should a licence for such copies be implied in synchronization licences?
- (3) If a licence for broadcast-incidental copies was required, did the Board err in setting the value of that licence in view of the principles of technological neutrality and balance?
- (4) Did the Board err in setting the terms of the interim licence?

### IV. Statutory Provisions

[34] The relevant statutory provisions are set out in the Appendix. The provisions most directly at issue in this appeal are ss. 3(1)(d), 30.7, 30.8, 30.9 and 70.2 of the *Copyright Act*.

### V. Analysis

#### A. *Standard of Review*

[35] Whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right, and thus whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidental copying, is a question of law. This Court has established that there is a presumption that the decisions of administrative

réserve d'une modification technique de la formule de calcul de l'escompte prenant en compte l'utilisation par la SRC de chansons faisant déjà l'objet de licences libres de tous droits : par. 78-82. La cour a également confirmé la Décision sur la licence provisoire de la Commission : par. 93-94.

### III. Questions en litige

[33] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- (1) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- (2) Les copies accessoires de diffusion déclenchent-elles l'application du droit de reproduction et, si oui, y a-t-il lieu d'inférer des licences de synchronisation l'existence d'une licence de confection de telles copies?
- (3) Si une licence relative à des copies accessoires de diffusion était requise, la Commission a-t-elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence compte tenu des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre?
- (4) La Commission a-t-elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire?

### IV. Dispositions législatives

[34] Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Celles qui sont les plus directement en cause dans le présent pourvoi sont l'al. 3(1)d) et les art. 30.7, 30.8, 30.9 et 70.2 de la *LDA*.

### V. Analyse

#### A. *La norme de contrôle*

[35] La question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction, et donc de savoir si la *LDA* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC, est une question de droit. La Cour a établi qu'il existe

bodies should receive deference when interpreting or applying their home statute. However, because of the “unusual statutory scheme under which the Board and the court may each have to consider the same legal question [under the *Copyright Act*] at first instance”, the presumption is rebutted here: *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 15. Thus, a standard of correctness applies to this issue.

[36] Whether a licence for CBC’s broadcast-incident copying is implied in the associated synchronization licences involves both the scope of the reproduction right and the interpretation of SODRAC’s synchronization licences. As this Court has recently observed, “[c]ontractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix”: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 50. The licences here fall under that principle. Accordingly, a standard of reasonableness applies when reviewing the Board’s determination regarding what may be implied from the relevant synchronization licences.

[37] The Board’s decision establishing the monetary value of a broadcast-incident copying licence involves the examination of how the user intends to make use of the licensed works in light of the legal principles relevant to the reproduction right, and thus involves questions of mixed fact and law. Accordingly, a standard of reasonableness applies: *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at para. 40; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 26.

une présomption selon laquelle il faut faire preuve d’une certaine retenue à l’endroit des décisions des organismes administratifs lorsqu’ils interprètent ou appliquent leur loi constitutive. Toutefois, étant donné le « caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur un même point de droit [sous le régime de la LDA] », cette présomption est réfutée en l’espèce : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 15. La norme de la décision correcte s’applique donc à l’égard de cette question.

[36] La question de savoir si une licence permettant à la SRC de faire des copies accessoires de diffusion s’infère des licences de synchronisation qui y sont associées met en cause à la fois la portée du droit de reproduction et l’interprétation des licences de synchronisation de la SODRAC. Ainsi que la Cour l’a fait remarquer récemment, « [I]’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 50. Les licences en cause en l’espèce sont visées par ce principe. Par conséquent, la norme de la décision raisonnable s’applique aux fins de contrôler la décision de la Commission sur ce que l’on peut inférer des licences de synchronisation en cause.

[37] La décision par laquelle la Commission fixe la valeur monétaire d’une licence de confection de copies accessoires de diffusion emporte l’examen de la manière dont l’utilisateur entend utiliser les œuvres visées par la licence à la lumière des principes juridiques pertinents relativement au droit de reproduction, et soulève donc des questions mixtes de fait et de droit. C’est pourquoi la norme de la décision raisonnable s’applique à cet égard : *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 40; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26.

[38] CBC challenges the Board's interim order on two points. First, CBC argues that the 2008-2012 licence was not an appropriate status quo baseline for the interim licence. The selection of the baseline involves the exercise of the Board's discretion to issue an interim licence under s. 66.51 of the *Copyright Act*. This exercise of discretion is not shared with the courts, and thus will be reviewed on a reasonableness standard.

[39] The second basis on which CBC challenges the interim order concerns whether the Board may impose a blanket synchronization licence on a user against that user's wishes. CBC characterizes this as a question of the Board's jurisdiction to issue certain types of licences, and argues that it should be reviewed for correctness. While it is possible to frame any interpretation of a tribunal's home statute as a question of whether the tribunal has the jurisdiction to take a particular action, this Court has rejected this definition of jurisdiction in the context of standard of review and emphasized that the category of "true questions of jurisdiction", if it exists at all, is narrow: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34. As in *Alberta Teachers' Association*, the parties have not presented argument on the question of whether the category of true questions of jurisdiction should continue to be recognized. Assuming such questions exist, this issue is not one of the "exceptional" instances of a true question of jurisdiction.

[40] The question of whether the Board is generally able to impose blanket synchronization licences under the *Copyright Act* against the wishes of a licensee is nonetheless a question of law, but it is not an interpretive question the Board shares with the courts at first instance: the courts can be seized of the question of whether the Board acted properly

[38] La SRC conteste l'ordonnance provisoire de la Commission sur deux points. Tout d'abord, elle fait valoir que la licence 2008-2012 n'était pas un point de référence du statu quo adéquat pour la licence provisoire. Le choix de ce point de référence emporte l'exercice par la Commission du pouvoir discrétionnaire d'octroyer une licence provisoire que lui confère l'art. 66.51 de la *LDA*. Comme elle n'exerce pas ce pouvoir discrétionnaire en conjonction avec les cours de justice, sa décision à cet égard sera contrôlée selon la norme de la décision raisonnable.

[39] Le deuxième motif pour lequel la SRC conteste l'ordonnance provisoire porte sur la question de savoir si la Commission peut imposer une licence de synchronisation générale à un utilisateur contre son gré. La SRC affirme que cette question touche la compétence de la Commission de délivrer certains types de licences et fait valoir qu'elle devrait être contrôlée selon la norme de la décision correcte. S'il est vrai qu'il est possible de formuler toute question d'interprétation de la loi constitutive d'un tribunal administratif comme étant une question de savoir si celui-ci est compétent pour prendre une mesure en particulier, la Cour a rejeté cette définition de la compétence dans le contexte de la décision quant à la norme de contrôle applicable et souligné que la catégorie des « véritables questions de compétence », si tant est qu'elle existe, est restrictive : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34. Comme dans cette affaire, les parties en l'espèce n'ont présenté aucun argument sur la question de savoir si la catégorie des véritables questions de compétence devrait encore être reconnue. À supposer que de telles questions existent, celle qui se pose en l'espèce ne relève pas des cas « exceptionnels » où se soulève une véritable question de compétence.

[40] La question de savoir si la Commission est généralement en mesure d'imposer des licences de synchronisation générales en vertu de la *LDA* contre le gré d'un titulaire de licence demeure néanmoins une question de droit, mais elle n'est pas une question d'interprétation sur laquelle la Commission peut se pencher en première instance en

in structuring a licence only once there is a Board-imposed licence to review. Accordingly, this issue attracts a standard of reasonableness.

[41] Justice Abella objects to the segmentation of issues for the purpose of standard of review analysis and to the confusion she says this causes. This is the same objection she raised in *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, a decision issued by this Court in April 2015. *Saguenay* is the controlling authority and, on the issue of standard of review, these reasons apply *Saguenay*.

[42] Justice Karakatsanis disagrees that a specific standard of review should be ascribed to each issue arising in the appeal. However, she herself extricates the question of whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right. Then she says that a reasonableness standard applies to the balance of the decisions under review. She does not explain how she could come to that conclusion without considering the issues in the balance of the decisions under review. With respect, every standard of review analysis requires identification of the issues under review: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 51-64. She has simply done implicitly what these reasons do explicitly.

B. *SODRAC May Choose to Require a Licence for CBC's Broadcast-Incidental Copies in Addition to Related Synchronization Licences*

(1) Broadcast-Incidental Copies Engage the Reproduction Right

[43] Section 3(1)(d) of the *Copyright Act* provides the copyright holder with the sole right “to make

conjonction avec les cours de justice; en effet, ces dernières peuvent être appelées à déterminer si la Commission a agi correctement en structurant une licence uniquement une fois qu'elle a imposé une telle licence. C'est pourquoi cette question emporte l'application de la norme de la décision raisonnable.

[41] La juge Abella s'oppose à la segmentation des questions aux fins de l'analyse de la norme de contrôle et à la confusion qui en découle selon elle. C'est le même argument que celui qu'elle a soulevé dans *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, une décision rendue par la Cour en avril 2015. Cet arrêt est celui qui fait autorité et, en ce qui a trait à la norme de contrôle, les présents motifs appliquent les principes qui y sont énoncés.

[42] La juge Karakatsanis n'est pas d'accord pour assigner une norme de contrôle donnée à chaque question soulevée dans le présent appel. Toutefois, elle-même, elle traite séparément de la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction et affirme ensuite que c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique aux autres décisions faisant l'objet du contrôle. Elle n'explique pas comment elle a pu tirer cette conclusion sans examiner les questions soulevées par ces autres décisions. Soit dit en tout respect, toute analyse de la norme de contrôle requiert d'identifier les questions faisant l'objet du contrôle : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 51-64. La juge Karakatsanis a tout simplement fait implicitement ce que les présents motifs font explicitement.

B. *La SODRAC peut choisir d'exiger une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC en plus des licences de synchronisation qui y sont associées*

(1) Les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction

[43] L'alinéa 3(1)d) de la *LDA* confère au titulaire du droit d'auteur sur une œuvre le droit exclusif

any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which [a] work may be mechanically reproduced or performed”.

[44] SODRAC’s efforts to seek licence payments for CBC’s broadcast-incidental copying have their origins in this Court’s decision in *Bishop*. This Court held that the making of “ephemeral” copies — in that case, recordings of a musical performance made to facilitate a later broadcast — does engage the reproduction right under the language of s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*, and that the right to make such copies is not implied by law in a broadcast licence: pp. 484-85.

[45] CBC’s principal argument on appeal is that broadcast-incidental copies do not engage the reproduction right, and thus do not support SODRAC’s efforts to seek licence fees for such copies. In so arguing, CBC places considerable weight on two general principles of Canadian copyright law: the balancing of user and right-holder interests as discussed by this Court in *Théberge* per Binnie J., and the principle of technological neutrality discussed most prominently by this Court in *ESA*. In CBC’s estimation, the development of these principles has resulted in a significant evolution of copyright law since *Bishop*.

[46] CBC asserts that “[t]he scope of the reproduction right is determined by a balancing exercise between the legitimate interests of copyright holders and copyright users, such as the one this Court conducted in *Théberge*” (A.F., at para. 81), and that a proper balancing of user and right-holder interests favours finding that broadcast-incidental copies do not engage the reproduction right. It also asserts that the principle of technological neutrality is a means of protecting the proper balance between users and right holders in a digital environment: A.F., at para. 66.

« d’en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l’aide desquels l’œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement ».

[44] Les efforts de la SODRAC en vue d’obtenir des redevances pour la confection de copies accessoires de diffusion par la SRC tirent leur origine de la décision rendue par la Cour dans *Bishop*. Selon cet arrêt, la confection de copies « éphémères » — dans cette affaire, les enregistrements d’une prestation musicale visant à en faciliter la diffusion à une date ultérieure — met en jeu le droit de reproduction au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 3(1)d) de la *LDA*, et une licence de diffusion ne permet pas d’inférer en droit celui de faire de telles copies : p. 484-485.

[45] Le principal argument de la SRC en appel porte sur le fait que les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en jeu le droit de reproduction et donc qu’elles ne donnent pas à la SODRAC le droit d’exiger des redevances pour de telles copies. La SRC accorde ainsi beaucoup de poids à deux principes généraux du droit canadien en matière de droit d’auteur : d’une part, la mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit — ainsi que la Cour en a fait l’analyse dans *Théberge*, motifs du juge Binnie — et, d’autre part, le principe de neutralité technologique — que la Cour a analysé plus particulièrement dans l’arrêt *ESA*. De l’avis de la SRC, l’émergence de ces principes a engendré une importante évolution du droit d’auteur depuis *Bishop*.

[46] Selon la SRC, [TRADUCTION] « [l]a portée du droit de reproduction est fonction d’un exercice de mise en équilibre des intérêts légitimes des titulaires d’un droit d’auteur et des utilisateurs de ce droit, de la nature de celui qu’a effectué la Cour dans *Théberge* » (m.a., par. 81). La SRC soutient en outre que le juste équilibre entre les intérêts de l’utilisateur et ceux du titulaire d’un droit milite en faveur de la conclusion selon laquelle les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en cause le droit de reproduction. Enfin, elle ajoute que le principe de neutralité technologique permet de protéger le juste équilibre en question dans un environnement numérique : m.a., par. 66.

[47] To be sure, *Théberge* demonstrates how this Court's understanding of the purpose of the *Copyright Act* has evolved since the pronouncement in *Bishop* that the "single object" of the Act was to benefit authors: *Bishop*, at pp. 478-79, quoting *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, at p. 127. *Théberge* observed that, when weighing competing policy interests under copyright, "[t]he proper balance . . . lies not only in recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature": para. 31. Similarly, in *ESA*, this Court observed that the principle of technological neutrality guards against "impos[ing] a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies": para. 9, per Abella and Moldaver JJ. But in neither case did the Court go so far as to allow these principles to override express statutory terms. The scope of a right under the *Copyright Act* is determined, first and foremost, by the Act itself. The principles at work in *Théberge* and *ESA* can inform the interpretation and application of the terms of the Act, but they cannot supplant them.

[48] The modern approach to statutory interpretation requires that we examine the "words of an Act . . . in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, approved and adopted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[49] The ordinary meaning of the text of the *Copyright Act* indicates that broadcast-incidental copying activities do engage the reproduction right. As this Court held in *Bishop*, the text of s. 3(1)(d) covers such activity by its terms. Making broadcast-incidental copies is the making of a "sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed": s. 3(1)(d). Though this Court's understanding of the purpose of copyright

[47] Bien sûr, l'arrêt *Théberge* témoigne de l'évolution de la manière dont la Cour interprète l'objet de la *LDA* depuis la décision *Bishop*, selon laquelle le « but unique » de la *Loi* devait profiter aux auteurs : *Bishop*, p. 478-479, citant *Performing Right Society, Ltd. c. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, p. 127. Dans l'arrêt *Théberge*, la Cour a fait remarquer que, lorsqu'on soupèse des objectifs de politique générale qui s'opposent dans le domaine du droit d'auteur, « [o]n atteint le juste équilibre [. . .] non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qui convient à la nature limitée de ces droits » : par. 31. De même, dans l'arrêt *ESA*, la Cour a signalé que le principe de neutralité technologique protège contre l'imposition d'« un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces » : par. 9, motifs des juges Abella et Moldaver. Cependant, dans ni l'une ni l'autre de ces décisions la Cour n'est allée jusqu'à permettre que ces principes l'emportent sur des dispositions législatives explicites. La portée d'un droit créé par la *LDA* est déterminée, d'abord et avant tout, par la loi même. Les principes en cause dans les arrêts *Théberge* et *ESA* peuvent servir de guide dans l'interprétation des dispositions de la *LDA* et dans leur application, mais ils ne peuvent les supplanter.

[48] La méthode moderne d'interprétation législative exige que nous examinions les termes « d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87, méthode approuvée et adoptée dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

[49] Suivant le sens ordinaire du texte de la *LDA*, les activités relatives aux copies accessoires de diffusion mettent effectivement en jeu le droit de reproduction. Ainsi que la Cour l'a conclu dans *Bishop*, le libellé même de l'al. 3(1)d) couvre une telle activité. La confection de copies accessoires de diffusion équivaut à faire un « enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement » : al. 3(1)d).

has evolved since the observation in *Bishop* that its “sole purpose” is protecting author interests, no recourse to this observation is required to read s. 3(1)(d) as being engaged by broadcast-incidental copying activities: p. 470. The plain language of the statute itself establishes this much.

[50] The broader statutory context of the Act further provides strong indications that the legislature intended for broadcast-incidental copies to engage the reproduction right. Most significantly, ss. 30.8 and 30.9 (set out in full in the Appendix), enacted as part of a series of amendments to the Act in 1997, establish specific circumstances in which “[i]t is not an infringement of copyright” to make copies to facilitate broadcasting: S.C. 1997, c. 24, s. 18(1). In order to gain the benefit of ss. 30.8 or 30.9, broadcasters must meet a list of stringent conditions concerning, among other things, the timing, record keeping, and destruction of the copies. As counsel for CBC acknowledged during the hearing before this Court, CBC’s broadcast-incidental copying activities do not fit within the language of ss. 30.8 or 30.9: transcript, at p. 26.

[51] If it were true, as CBC urges, that the *Copyright Act* should properly be read such that broadcast-incidental copying does not engage the reproduction right, there would have been no need for the legislature to enact ss. 30.8 and 30.9. Their existence is strong evidence that Parliament intended, as a baseline, that broadcast-incidental copies engage the reproduction right. As noted above, though the principles of balancing user and right-holder interests and of technological neutrality are central to Canadian copyright law, they cannot change the express terms of the *Copyright Act*.

Bien que la manière dont la Cour interprète l’objet du droit d’auteur ait évolué depuis la remarque énoncée dans *Bishop* selon laquelle son « seul but » est de protéger les droits de l’auteur, il n’est pas nécessaire de se référer à cette remarque pour en arriver à la conclusion que l’al. 3(1)d) est mis en cause par les activités relatives aux copies accessoires de diffusion : p. 470. Le libellé ordinaire de la loi même le confirme.

[50] Le contexte législatif plus général de la *LDA* illustre en outre clairement le souhait du législateur que les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction. Plus important encore, les art. 30.8 et 30.9 — reproduits intégralement en annexe et édictés comme partie intégrante d’une série de modifications apportées à la *LDA* en 1997 —, établissent les circonstances exactes dans lesquelles la confection de copies pour en faciliter la diffusion « [n]e constitue pas une violation du droit d’auteur » : L.C. 1997, c. 24, par. 18(1). Afin de pouvoir tirer profit des art. 30.8 ou 30.9, les diffuseurs doivent satisfaire à une série de conditions rigoureuses se rapportant notamment au choix de la date, à la tenue de registres et à la destruction des copies. Ainsi que l’avocat de la SRC l’a reconnu pendant l’audience tenue devant la Cour, les activités de la SRC relatives aux copies accessoires de diffusion ne relèvent pas du libellé des art. 30.8 ou 30.9 : transcription, p. 26.

[51] S’il était vrai, ainsi que la SRC le fait valoir, qu’il convient d’interpréter la *LDA* de manière que les activités relatives aux copies accessoires de diffusion ne mettent pas en cause le droit de reproduction, le législateur n’aurait pas eu besoin d’édicter les art. 30.8 et 30.9. Leur existence démontre clairement que le législateur souhaitait, à tout le moins, que les copies accessoires de diffusion déclenchent l’application du droit de reproduction. Comme je l’ai souligné précédemment, bien que le principe de mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit et celui de neutralité technologique soient au cœur du droit canadien en matière de droit d’auteur, ils ne peuvent modifier le libellé de la *LDA*.

[52] Abella J. is of the opinion that, in reaching this conclusion, these reasons employ a “literal approach to the interpretation of s. 3(1)(d), reading the words of the provision without the benefit of the purpose and context of the *Act* to ascertain its true meaning”: para. 170. It is rather my colleague who uses the principle of technological neutrality to displace the words Parliament has used. With respect, through her use of the principle of technological neutrality, she does not give sufficient attention to the text and context and the legislative history that explain the carve out from the reproduction right provided by ss. 30.8 and 30.9 and the residual broad scope of s. 3(1)(d).

[53] Subsequent to *Bishop*, in 1997, Parliament enacted ss. 30.8 and 30.9. Abella J. writes that these exceptions are not to be understood as a “comprehensive statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it”: para. 175. But before ss. 30.8 and 30.9 received royal assent, broadcasters asked Parliament to expand their scope. In their view, ss. 30.8 and 30.9 unduly favoured the rights of copyright holders. The pleas of the broadcasters, however, went unanswered: see V. Syrtash, “Supra-National Limitations on Copyright Exceptions: Canada’s Ephemeral Exception and the ‘Three-Step Test’” (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521, at pp. 530-32; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 23-62 and 23-63. Thus, the scope of ss. 30.8 and 30.9 was specific and deliberate. Parliament could have adopted broader provisions. It chose not to. It is not for the Court to do by “interpretation” what Parliament chose not to do by enactment.

[54] The necessary implication of s. 30.7, also enacted in 1997, is that it absolves incidental, non-deliberate, inclusion of a work from infringement — a sterile provision and of no practical effect had Parliament considered incidental inclusion to

[52] La juge Abella estime qu’en concluant de la sorte, les présents motifs « interprète[nt] littéralement l’al. 3(1)d), en lisant les termes de la disposition sans tirer bénéfice de l’objet et du contexte de la *Loi* pour vérifier sa véritable signification » : par. 170. C’est plutôt ma collègue qui utilise le principe de neutralité technologique pour déformer le texte utilisé par le législateur. En effet, soit dit en tout respect, en utilisant le principe de neutralité technologique comme elle le fait, elle ne s’attarde pas suffisamment sur le libellé des dispositions législatives, sur leur contexte et sur l’historique législatif qui expliquent la mise à l’écart du droit de reproduction prévu aux art. 30.8 et 30.9 ainsi que la large portée résiduelle de l’al. 3(1)d).

[53] En 1997, soit après que la décision a été rendue dans *Bishop*, le législateur a édicté les art. 30.8 et 30.9. Selon la juge Abella, il ne faut pas interpréter ces exceptions comme un « énoncé complet du contenu du droit de reproduction, ni [comme] la liste des types de copies qui le feront intervenir » : par. 175. Or, avant que ces dispositions reçoivent la sanction royale, les diffuseurs ont demandé au Parlement d’en étendre la portée. À leur avis, les art. 30.8 et 30.9 favorisaient indûment les droits des titulaires du droit d’auteur. Les doléances des diffuseurs sont toutefois restées sans réponse : voir V. Syrtash, « Supra-National Limitations on Copyright Exceptions : Canada’s Ephemeral Exception and the “Three-Step Test” » (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521, p. 530-532; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 23-62 et 23-63. Ainsi, la portée des art. 30.8 et 30.9 était précise et voulue. Le législateur aurait pu leur donner une portée plus large. Il a choisi de ne pas le faire. Il n’appartient pas à la Cour de faire « en interprétant » la loi ce que le législateur a choisi de ne pas faire en l’adoptant.

[54] L’article 30.7, lui aussi édicté en 1997, empêche nécessairement que l’inclusion accessoire d’une œuvre, mais non celle qui est délibérée, constitue une infraction — une disposition qui aurait été stérile et sans effet pratique si le législateur

be outside s. 3(1)(d) in the first place. There is no doubt that this provision applies to broadcasting, among other activities, and that the use of broadcast-incident copies is deliberate and thus not exempted. See D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 223.

[55] Although made in the process of broadcasting, these broadcast-incident copies nevertheless trigger the reproduction right. They are not exempted by ss. 30.8 and 30.9. There is nothing in the text, context or legislative history of these provisions (or s. 3(1)) that supports the view that the broadcasting process obviates the fact that broadcast-incident copies are reproductions under the *Copyright Act*. Arguments based on purpose in the form of technological neutrality and balance are advanced to come to the opposite conclusion, but purposive construction is a tool of statutory interpretation to assist in understanding the meaning of the text. It is not a stand-alone basis for the Court to develop its own theory of what it considers appropriate policy. Accordingly, the Board was correct in proceeding on the basis that broadcast incident copies engage the reproduction right under s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*.

(2) The Synchronization Licence Between CBC and SODRAC Does Not Imply a Licence to Make Broadcast-Incidental Copies

[56] CBC argues in the alternative that if a licence covering CBC's broadcast-incident copies is required, it should be implied from CBC's synchronization licences or the synchronization licences of third party producers. To hold otherwise, CBC asserts, would be to render synchronization licences "economically sterile" and would allow SODRAC

avait jugé que les inclusions accessoires n'étaient pas visées par l'al. 3(1)d). Il ne fait aucun doute que cette disposition s'applique à la diffusion, entre autres activités, et que l'utilisation de copies accessoires de diffusion est délibérée et, par conséquent, n'est pas visée par l'exception. Voir D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2<sup>e</sup> éd. 2011), p. 223.

[55] Même si elles sont confectionnées dans le cadre du processus de diffusion, ces copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction. Elles ne sont donc pas soustraites à l'application de ce droit par les art. 30.8 et 30.9. Rien dans le libellé de ces dispositions (ou du par. 3(1)), dans leur contexte ou dans leur historique législatif, n'étaye l'opinion selon laquelle le processus de diffusion annule le fait que les copies de ce type constituent des reproductions au sens où il faut l'entendre pour l'application de la LDA. Les arguments fondés sur l'objet visé que sont la neutralité technologique et la mise en équilibre sont invoqués pour qu'on en arrive à la conclusion inverse. Or, l'interprétation fondée sur l'objet visé est un outil d'interprétation législative qui cherche à aider à la compréhension du sens du texte. Elle ne constitue pas un fondement indépendant autorisant la Cour à élaborer sa propre théorie de ce qu'elle juge être une politique appropriée. Par conséquent, c'est à juste titre que la Commission a tenu pour acquis que les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction en application de l'al. 3(1)d) de la LDA.

(2) La licence de synchronisation conclue entre la SRC et la SODRAC n'emporte pas le droit de confectionner des copies accessoires de diffusion

[56] La SRC fait valoir à titre subsidiaire que, si elle est requise, la licence couvrant ses copies accessoires de diffusion doit s'inférer de ses licences de synchronisation ou des licences de synchronisation de producteurs tiers. Conclure autrement, affirme la SRC, reviendrait à rendre les licences de synchronisation [TRADUCTION] « stériles du point de

to engage in “non-neutral royalty stacking”: A.F., at paras. 99-100.

[57] CBC’s economic argument is based on the proposition that “a single master copy [made under a synchronization licence] is useless without a corresponding implied licence to make the necessary broadcast-incidental copies”: A.F., at para. 100. Instead, it argues that a “technologically-neutral approach to a synchronization licence is one that implies the necessary incidental rights in order to achieve the licence’s agreed-upon purpose”: A.F., at para. 100.

[58] I cannot agree. To the extent CBC’s implied-licence argument turns on the language of SODRAC’s actual synchronization licences, these licences do not give any indication that they ought to be read to include the right to make broadcast-incidental copies. To the contrary, the Board found that “[v]irtually all SODRAC licences issued to producers that were filed in these proceedings clearly specify, in one form or another, that the producer cannot authorize copies made by broadcasters, distributors and other exhibitors”: Statutory Licence Decision, at para. 73.

[59] Nor am I persuaded that licences to make broadcast-incidental copies should be implied under synchronization licences more generally, lest the synchronization licences be rendered sterile. Synchronization licences are intended to facilitate the production of audiovisual works. That these works may ultimately be destined for broadcast does not make the production of the single master copy itself “useless”. A stand-alone synchronization right is far from useless when held by an independent producer who synchronizes a song into a master copy and then sells or licences the finished product to a broadcaster. In that case, the primary purpose of the master copy, from the perspective of

vue économique » et permettrait à la SODRAC de s’adonner à un « cumul de redevances contraire au principe de neutralité » : m.a., par. 99-100.

[57] L’argument économique de la SRC repose sur la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « une copie maîtresse unique [confectionnée en vertu d’une licence de synchronisation] est inutile en l’absence d’une licence implicite correspondante de faire les copies accessoires de diffusion nécessaires » : m.a., par. 100. À son avis, il faut plutôt conclure que « l’approche neutre sur le plan technologique à l’égard d’une licence de synchronisation emporte les droits accessoires nécessaires pour réaliser l’objet de la licence sur lequel les parties se sont entendues » : m.a., par. 100.

[58] Je ne suis pas d’accord. Dans la mesure où l’argument de la SRC sur l’existence implicite d’une licence porte sur le texte des licences de synchronisation mêmes de la SODRAC, ces licences n’indiquent nulle part qu’il faut y voir le droit de faire des copies accessoires de diffusion. Au contraire, la Commission a conclu que « [p]ratiquement toutes les licences de la SODRAC qui ont été octroyées à des producteurs et qui ont été déposées dans le cadre de la présente instance indiquent clairement, sous une forme ou une autre, que le producteur ne peut autoriser la confection de copies par un télédiffuseur, un distributeur ou un autre exploitant » : Décision sur la licence légale, par. 73.

[59] Je ne suis pas convaincu non plus qu’il y a lieu d’inférer l’existence de licences pour faire des copies accessoires de diffusion des licences de synchronisation plus généralement, de crainte que ces dernières ne soient rendues stériles. Les licences de synchronisation visent à faciliter la production d’œuvres audiovisuelles. Le fait que ces œuvres puissent en définitive être destinées à la diffusion ne rend pas « inutile » la production de la seule copie maîtresse elle-même. Le droit de synchronisation à lui seul est loin d’être inutile lorsqu’il est détenu par un producteur indépendant qui synchronise une chanson dans une copie maîtresse et vend le produit fini ou le donne ensuite en licence à un

the producer, was not for it to be broadcast, but for it to be sold or licensed to a broadcaster. The synchronization licence is sufficient to meet the needs of such a producer.

[60] Further, the Board identified certain economic considerations that it found justified the practice of dividing synchronization and broadcast-incidental copy licences into separate payments. Separate licensing of synchronization and broadcast-incidental copies allows producers to “remain free to decide whether they wish to offer a turnkey service for the audiovisual works they licence, or whether they wish to pay only for the rights they use” (Statutory Licence Decision, at para. 83), a choice that may be particularly valuable for smaller producers with modest licensing budgets.

[61] In this case, the Board’s decision does not raise the spectre of “double dipping”. The terms of the licence set by the Board expressly protected against this possibility here. The 2008-2012 statutory licence includes a discount provision by which CBC’s licence payments for broadcast-incidental copying may be reduced to the extent that it broadcasts programs for which the producer has already cleared reproduction rights on a through-to-the-viewer basis: s. 5.03(2). Though, as the Federal Court of Appeal noted, the Board’s original discount formula was flawed (paras. 74-82), the formula, as amended by the Federal Court of Appeal, adequately guards against concerns that SODRAC may engage in double dipping by charging multiple parties for the same authorization.

[62] CBC’s attempts to cast the implied-licence issue in terms of the principle of technological

diffuseur. Dans ce cas, l’objet principal de la copie maîtresse du point de vue du producteur ne tient pas dans sa diffusion, mais plutôt dans sa vente ou sa concession en licence à un diffuseur. La licence de synchronisation suffit pour satisfaire aux besoins de ce producteur.

[60] En outre, la Commission a cerné certaines considérations économiques justifiant à son avis la pratique qui consiste à séparer les paiements des licences de synchronisation et de copies accessoires de diffusion. La délivrance de licences distinctes pour la synchronisation, d’une part, et pour les copies accessoires de diffusion, d’autre part, permet aux producteurs d’être « libres de décider s’ils souhaitent offrir un service clé en main pour les œuvres audiovisuelles à l’égard desquelles ils octroient une licence, ou s’ils souhaitent payer uniquement pour les droits qu’ils utilisent » (Décision sur la licence légale, par. 83), un choix qui peut être particulièrement précieux pour les producteurs de plus petite taille dont les budgets de licence sont modestes.

[61] Dans le présent pourvoi, la décision de la Commission ne fait pas naître le spectre du « cumul des redevances ». Les modalités de la licence fixées par la Commission fermaient expressément la porte à une telle possibilité. En effet, la licence légale 2008-2012 inclut une disposition d’escompte en vertu de laquelle les redevances versées par la SRC pour les copies accessoires de diffusion peuvent être réduites dans la mesure où elle diffuse des émissions pour lesquelles le producteur a déjà libéré les droits de reproduction libres de tous droits : par. 5.03(2). Si, ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a signalé, la formule originale du calcul de l’escompte de la Commission était erronée (par. 74-82), la formule, tel qu’elle a été modifiée par la Cour d’appel fédérale, protège suffisamment contre les craintes que la SODRAC facture en double des redevances à plusieurs parties pour une même autorisation.

[62] La SRC a tenté, sans succès, de formuler la question de la licence implicite sous l’angle du

neutrality are unavailing. CBC has failed to highlight exactly how SODRAC's desired practice of disaggregating synchronization and broadcast-incidental licensing would offend the principle as it has been understood by this Court. Separation of licences into synchronization and broadcast-incidental arrangements does not, on its own, impose a "gratuitous cost" based on formal technological distinctions, as was the concern in *ESA*.

[63] Nor does technological neutrality stand for the proposition, as CBC urges, that the *Copyright Act* prohibits the creation of "additional layers of royalties at the behest of collective societies" such that disaggregating synchronization and broadcast-incidental copying is legally impermissible: A.F., at para. 105. This argument reads *ESA* too broadly. The difference between synchronization copies and broadcast-incidental copies is tied to the fundamentally distinct activities of production and broadcasting. They are different functions. This difference is not based on particular technological details; it would exist regardless of the technologies used either to produce or to broadcast. Thus, a decision recognizing production and broadcasting as distinct activities, and thus as the valid subject of disaggregated licences, does not offend the principle that "an additional layer of protections and fees" not be imposed based solely on technological change: *ESA*, at para. 9.

[64] Accordingly, it was reasonable for the Board to decline to identify an implied licence to engage in broadcast-incidental copying within the synchronization licences underlying the programs that CBC broadcasts.

principe de neutralité technologique. En effet, elle n'a pas fait ressortir précisément comment la pratique souhaitée de la SODRAC de distinguer les licences de synchronisation des licences accessoires de diffusion porterait atteinte au principe tel que la Cour le comprend. Le partage des licences en des ententes sur la synchronisation et des ententes sur la confection de copies accessoires de diffusion n'impose pas en soi un « coût injustifié » sur le fondement de distinctions technologiques formelles, comme on le craignait dans *ESA*.

[63] La neutralité technologique ne permet pas non plus d'avancer, comme la SRC le fait valoir, que la *LDA* empêche la création de [TRADUCTION] « couches supplémentaires de redevances à la demande des sociétés de gestion » de telle sorte que la distinction entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion ne puisse être permise en droit : m.a., par. 105. Cet argument repose sur une interprétation trop libérale de l'arrêt *ESA*. La différence entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion tient au caractère fondamentalement distinct des activités de production et de diffusion. Elles sont des fonctions différentes. Cette différence ne repose pas sur des détails technologiques en particulier; elle existerait sans égard aux technologies utilisées pour produire ou pour diffuser les œuvres. Donc, la décision qui reconnaît le caractère distinct de la production et de la diffusion, justifiant en conséquence l'octroi de licences distinctes, ne contrevient pas au principe selon lequel « un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance » ne doit pas être imposé sur le seul fondement d'un changement technologique : *ESA*, par. 9.

[64] En conséquence, la Commission pouvait raisonnablement refuser d'inférer l'existence d'une licence de confection de copies accessoires de diffusion des licences de synchronisation qui sous-tendent les émissions que diffuse la SRC.

C. *In Not Taking Into Account the Principles of Technological Neutrality and Balance in Its Valuation Analysis, the Board's Decision Was Unreasonable*

(1) The Principle of Technological Neutrality is Relevant to Questions of Valuation

[65] CBC asserts that the Board erred in failing to conduct its valuation analysis in accordance with the principle of technological neutrality. SODRAC argues that, once it has been established that a copying activity engages the reproduction right, the principle of technological neutrality is spent and has no bearing on valuation.

[66] The principle of technological neutrality is recognition that, absent parliamentary intent to the contrary, the *Copyright Act* should not be interpreted or applied to favour or discriminate against any particular form of technology. It is derived from the balancing of user and right-holder interests discussed by this Court in *Théberge* — a “balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator”: para. 30. Because this long-standing principle informs the *Copyright Act* as a whole, it must be maintained across all technological contexts: “The traditional balance between authors and users should be preserved in the digital environment. . .” (*ESA*, at para. 8).

[67] In the regulatory context, the principle of technological neutrality applies to valuation of a reproduction licence, just as it does in determining whether an activity implicates copyright at all. The Board operates pursuant to the *Copyright Act*, and in its regulatory role of fixing royalties under s. 70.2, it may not simply set aside the principles that guide its interpretation of the Act once it has begun its valuation analysis. While the Board’s valuation analysis will vary according to the facts

C. *En omettant de prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre dans son analyse de la valeur du droit, la Commission a rendu une décision déraisonnable*

(1) Le principe de neutralité technologique est pertinent dans l’analyse de la valeur du droit

[65] La SRC fait valoir que la Commission a commis une erreur, car elle ne s’est pas conformée au principe de neutralité technologique pour effectuer son analyse de la valeur. Pour la SODRAC, par contre, dès lors qu’il est établi que la confection de copies met en jeu l’application du droit de reproduction, le principe de neutralité technologique n’est plus pertinent et n’a plus aucune incidence sur l’évaluation.

[66] Selon le principe de neutralité technologique, en l’absence d’une intention contraire du législateur, la *LDA* ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Ce principe découle de la mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit dont la Cour a fait l’analyse dans l’arrêt *Théberge* — soit l’« équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » : par. 30. Puisque ce principe reconnu depuis longtemps guide l’interprétation de la *LDA* dans son ensemble, il doit être maintenu dans tous les contextes technologiques : « L’équilibre traditionnel entre auteurs et utilisateurs doit être préservé dans le monde numérique . . . » (*ESA*, par. 8).

[67] Dans le contexte réglementaire, le principe de neutralité technologique s’applique à l’évaluation d’une licence de reproduction, tout comme à la question de savoir si une activité met en cause un droit d’auteur. La Commission mène ses activités en application de la *LDA*, et lorsqu’elle assume le rôle que lui confère l’art. 70.2 de cette loi de fixer les redevances, elle ne peut pas simplement mettre de côté les principes qui guident son interprétation de la loi une fois qu’elle entreprend son analyse de

of each case, it is unreasonable for the Board to ignore the principle of technological neutrality in that analysis in cases where it is implicated.<sup>1</sup>

[68] Indeed, it would be inconsistent to require a technologically neutral interpretation of the *Copyright Act* but not require a technologically neutral application of the Act. As Professor Vaver has written, “Copyright law should strive for technological neutrality”: p. 172. Interpretation and application of the Act are both important in seeking this objective.

[69] In reviewing the Board’s decision, the Court of Appeal remarked upon the principle of technological neutrality, but declined to apply it, as that court felt that it had insufficient guidance from this Court on how it should be applied. These reasons aim to provide such guidance.

## (2) Technological Neutrality in Valuation

[70] Because rights holders have the exclusive right to reproduce their works under s. 3(1)(d), they are entitled to be justly compensated for the use of that right. One element of just compensation is an appropriate share of the benefit that the user obtains by using reproductions of their copyright-protected work in the operation of the user’s technology. That just compensation must be valued, however, in accordance with the principle of technological neutrality. While highly unlikely, where users are deriving the same value from the use of reproductions of copyright-protected works using different technologies, technological neutrality implies that it would be improper to impose higher copyright-licensing costs on the user of one technology than

<sup>1</sup> This case pertains to the Board’s power to fix royalties under s. 70.2 of the *Copyright Act*. The considerations a court might take into account in assessing monetary remedies for infringement is left to be decided if and when such a case arises.

la valeur. Si cette analyse faite par la Commission varie selon les faits propres à une affaire, il est cependant déraisonnable que, ce faisant, elle écarte le principe de neutralité technologique dans les cas où il est mis en cause<sup>1</sup>.

[68] En effet, il serait illogique d’exiger que la *LDA* soit interprétée compte tenu du principe de neutralité technologique sans exiger une application de la loi qui, elle aussi, soit conforme à ce principe. Comme l’a écrit le professeur Vaver, [TRADUCTION] « [l]e droit d’auteur devrait viser la neutralité technologique » : p. 172. Tant l’interprétation de la loi que son application sont importantes dans la poursuite de cet objectif.

[69] Dans son examen de la décision de la Commission, la Cour d’appel a fait des remarques relatives au principe de neutralité technologique. Elle a toutefois refusé de l’appliquer puisqu’elle était d’avis qu’elle manquait de directives de la Cour sur la façon dont il devrait être appliqué. Les présents motifs visent à donner de telles directives.

## (2) La neutralité technologique dans le contexte de l’évaluation

[70] Selon l’al. 3(1)d), les titulaires du droit d’auteur ont le droit exclusif de reproduire leurs œuvres. Ils ont donc droit à une juste compensation lorsqu’il y a usage de ce droit. Une telle compensation consiste notamment en un partage approprié des bénéfices qu’obtient l’utilisateur de reproductions des œuvres protégées par le droit d’auteur dans le contexte de l’utilisation de la technologie de l’utilisateur. Cette juste compensation doit cependant être évaluée en conformité avec le principe de neutralité technologique. Bien que cela soit très improbable, lorsque des utilisateurs tirent la même valeur de l’utilisation des reproductions d’œuvres protégées par le droit d’auteur en utilisant des technologies différentes, la neutralité technologique suppose

<sup>1</sup> La présente affaire concerne le pouvoir de la Commission prévu à l’art. 70.2 de la *LDA* de fixer les redevances. La question des facteurs dont un tribunal peut tenir compte pour évaluer les redressements monétaires par suite d’une infraction n’est pas tranchée en l’espèce et le sera, le cas échéant, lorsque la Cour sera saisie d’une cause portant sur la question.

would be imposed on the user of a different technology. To do so would privilege the interests of the rights holder to a greater degree in one technology over the other where there is no difference between the two in terms of the value each user derives from the reproductions.

[71] The converse is also true. Where the user of one technology derives greater value from the use of reproductions of copyright-protected work than another user using reproductions of the copyright-protected work in a different technology, technological neutrality will imply that the copyright holder should be entitled to a larger royalty from the user who obtains such greater value. Simply put, it would not be technologically neutral to treat these two technologies as if they were deriving the same value from the reproductions.

[72] In determining whether a separate communication right was engaged in *ESA*, this Court held that technological neutrality required the consideration of the difference between the old and new forms of delivery of works. In the absence of any difference between them, no separate right was engaged: “In our view, there is no practical difference between buying a durable copy of the work in a store, receiving a copy in the mail, or downloading an identical copy using the Internet. The Internet is simply a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user”: *ESA*, at para. 5. Similarly, in the valuation of a right, technological neutrality requires that different technologies using reproductions of copyright-protected work that produce the same value to the users should be treated the same way. Conversely, different technologies using reproductions that produce different values should not be treated the same way.

qu’il serait incorrect d’exiger des redevances plus élevées de l’utilisateur d’une technologie particulière que de l’utilisateur d’une technologie différente. Agir ainsi donnerait au titulaire des droits d’auteurs plus de droits dans le contexte de l’utilisation d’une technologie plutôt que d’une autre, même s’il n’existe aucune différence entre la valeur que retire l’utilisateur de la première de ces reproductions par rapport à celle que retire l’utilisateur de la seconde.

[71] L’inverse est également vrai. Lorsque l’utilisateur d’une technologie tire une plus grande valeur de l’utilisation de reproductions d’une œuvre protégée par le droit d’auteur qu’une personne qui en fait une utilisation similaire en se servant d’une autre technologie, le principe de la neutralité technologique suppose que le titulaire du droit d’auteur aurait droit à des redevances plus élevées de l’utilisateur qui obtient la plus grande valeur en question. Bref, il ne serait pas neutre sur le plan technologique de traiter ces deux technologies comme si elles permettaient de tirer la même valeur des reproductions.

[72] Lorsqu’elle a examiné la question de savoir si un droit de communication distinct a été mis en jeu dans *ESA*, la Cour a conclu que le principe de neutralité technologique exigeait de prendre en considération la différence entre les modes anciens et nouveaux de livraison des œuvres. En l’absence de quelque différence que ce soit entre eux, aucun droit distinct n’entre en jeu : « À notre avis, il n’y a aucune différence d’ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l’œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu’un taxi technologique assurant la livraison d’une copie durable de la même œuvre à l’utilisateur » : *ESA*, par. 5. De même, lorsqu’il est question de donner une valeur à un droit, le principe de neutralité technologique exige que des technologies différentes qui utilisent des reproductions d’une œuvre protégée par le droit d’auteur et qui engendrent une même valeur pour les utilisateurs soient traitées de la même façon. Inversement, des technologies différentes qui utilisent des reproductions qui génèrent des valeurs différentes ne devraient pas l’être.

[73] In this case, if CBC derives greater value from the use of broadcast-incidental copies in its digital technology than it did under its prior analog technology, this is a factor in favour of the copyright holder being entitled to greater royalties for use of its copyright-protected work in CBC's digital technology. Technological neutrality requires that the Board compare the value derived from the use of reproduction in the two technologies in its valuation analysis. As will be explained, it did not do so in this case, nor did it take into account the principle of balance, to which I now turn.

(3) Balance in Valuation

[74] It is well established that copyright law maintains “a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator” of those works: *Théberge*, at para. 30. This balance “lies not only in recognizing the creator’s rights but in giving due weight to their limited nature. In crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them”: *Théberge*, at para. 31.

[75] When it is tasked with fixing licence fees, the Board must have regard to factors it considers relevant in striking a balance between the rights of users and right holders. Relevant factors will include, but are not limited to, the risks taken by the user, the extent of the investment the user made in the new technology, and the nature of the copyright-protected work’s use in the new technology. The Board must assess the respective contributions of, on the one hand, the risks taken by the user and the investment made by the user, and on the other hand, the reproductions of the copyright-protected works, to the value enjoyed by the user. In this case, where

[73] En l’espèce, si la SRC tire une plus grande valeur de l’utilisation de copies accessoires de diffusion en utilisant sa technologie numérique qu’elle ne le faisait lorsqu’elle utilisait la technologie analogique, il s’agit d’un facteur qui milite en faveur du droit du titulaire du droit d’auteur à des redevances plus importantes pour l’utilisation par la SRC de son œuvre protégée au moyen de la technologie numérique. La neutralité technologique exige que la Commission compare la valeur tirée de l’utilisation d’une reproduction au moyen des deux technologies dans son analyse de la valeur. Comme je l’expliquerai, elle ne l’a pas fait en l’espèce; et elle n’a pas non plus tenu compte du principe de mise en équilibre, sur lequel je vais maintenant m’attarder.

(3) La mise en équilibre dans le contexte de la recherche de la valeur

[74] Il est bien établi que le droit d’auteur maintient « un équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » de ces œuvres : *Théberge*, par. 30. Cet équilibre est atteint « non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l’importance qu’il convient à la nature limitée de ces droits. D’un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu’il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment » : *Théberge*, par. 31.

[75] Lorsqu’elle est appelée à fixer des redevances, la Commission doit tenir compte des facteurs qu’elle juge pertinents pour mettre en équilibre les droits de l’utilisateur et ceux du titulaire des droits. Les facteurs pertinents incluent notamment : les risques pris par l’utilisateur et l’ampleur de son investissement dans la technologie ainsi que la nature de l’utilisation de l’œuvre protégée par le droit d’auteur dans la nouvelle technologie. La Commission doit évaluer les contributions respectives des risques pris par l’utilisateur et de son investissement, d’une part, et des copies des œuvres protégées par le droit d’auteur, d’autre part, par rapport à la valeur dont profite

the financial risks of investing in and implementing new technology were undertaken by the user and the use of reproductions of copyright-protected works was incidental, the balance principle would imply relatively low licence fees to the copyright holder. As will be explained, the Board's valuation methodology did not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered in the way it fixed the SODRAC reproduction royalties payable by CBC on the basis of the SODRAC/SOCAN ratio.

[76] Justice Abella argues that the extent of the investment made by the user in its technology and the risks undertaken in relation to that technology are “unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works”: para 180. I cannot agree. In an unregulated market, a commercial user will always consider whether it makes economic sense to pay the licence fee demanded by the copyright holder. A licence fee that precludes the user from recovering what it considers an adequate return on its investment in its technology will result in there being no licence and no royalty. In the regulated context, it is the Board that must take account of such considerations. They are far from irrelevant.

[77] Contrary to what Justice Abella asserts, it will never be the case that, because a user makes a significant investment in technology or assumes substantial risk, royalties for the rights holder will amount to zero. From the moment the right is engaged, licence fees will necessarily follow. The amount of the fee will depend upon the Board's consideration of the evidence in each case, always having regard to the principles of technological neutrality and balance and any other factors it considers relevant.

l'utilisateur. En l'espèce, où les risques financiers découlant de l'investissement dans la nouvelle technologie et de son implantation ont été pris par l'utilisateur et où l'utilisation de reproductions des œuvres protégées par le droit d'auteur était accessoire, le principe de mise en équilibre supposerait que les redevances à verser au titulaire du droit d'auteur soient relativement peu élevées. Comme je vais l'expliquer, la méthode d'évaluation utilisée par la Commission n'a donné aucune indication selon laquelle les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ont été pris en compte pour fixer les redevances que devait payer la SRC à la SODRAC sur la base du ratio SODRAC/SOCAN pour la reproduction des œuvres.

[76] La juge Abella fait valoir que l'importance de l'investissement fait par l'utilisateur pour mettre en place la technologie dont il se sert ainsi que les risques qu'il a pris relativement à cette technologie « n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et [. . .] ne sont pas pertinent[s] » : par. 180. Je ne suis pas de cet avis. Dans un marché non réglementé, un utilisateur commercial examine toujours s'il est avantageux pour lui financièrement de payer les redevances exigées par le titulaire du droit d'auteur. S'il conclut que ces redevances l'empêcheraient d'obtenir un taux de rendement qu'il juge acceptable sur le capital qu'il a investi pour acquérir la technologie qu'il utilise, il n'y aura ni licence ni redevances. Dans un contexte réglementé, c'est la Commission qui doit tenir compte de tels facteurs. Ils sont loin de ne pas être pertinents.

[77] Contrairement à ce qu'affirme la juge Abella, jamais un investissement important par l'utilisateur dans une technologie ou le risque considérable qu'il a pu prendre n'auront pour effet de rendre nulles les redevances du titulaire du droit d'auteur. Dès lors que le droit entre en jeu, des redevances suivront. Le montant de ces dernières dépendra de l'examen de la preuve par la Commission dans chaque affaire, examen qui doit toujours tenir compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ainsi que de tout autre facteur qu'elle juge pertinent.

[78] Justice Abella also says that these reasons represent “a significant departure from the principle [of technological neutrality] as it was articulated in *Entertainment Software Association*”: para. 181. The issue in *ESA* (and *Rogers*) was whether the telecommunication right was engaged; whether one technology achieved a result more efficiently than another was irrelevant to whether the right was engaged.

[79] Here, where the right is engaged, the issue becomes one of valuation of that right, and the principles of technological neutrality and balance must be adapted to the valuation context. When it is tasked with determining the value of a right, an important consideration for the Board is the value of that right to the user. The value of the use of reproductions in one technology may stem from functional differences from use in another technology. Value differences may also stem from internal efficiencies between technologies. Ignoring internal efficiencies would result in rights holders being denied additional royalties when the use of their copyrighted work in the more efficient technology confers greater value to the user of that technology. This would hardly constitute “gratuitous fees”, as asserted by Justice Abella: para. 182.

(4) The Board Did Not Consider the Principle of Technological Neutrality or Balance in Setting the Value of CBC’s Broadcast-Incidental Copying Licence With SODRAC

(a) *The Board’s Statutory Licence Decision*

[80] The Board received a detailed picture of the structure of both CBC and Astral’s broadcast systems, the copies that were made in those systems, and what purposes they served, largely through the testimony and report of Dr. Michael Murphy and CBC’s responses to interrogatories. Further, CBC and Astral’s statement of the case before the Board

[78] La juge Abella déclare aussi que les présents motifs constituent « un changement important par rapport à [l]a formulation [du principe de neutralité technologique] dans *Entertainment Software Association* » : par. 181. La question en litige dans *ESA* (ainsi que dans *Rogers*) était celle de savoir si le droit de télécommunication était en jeu; qu’une technologie ait atteint un résultat de façon plus efficace qu’une autre n’était pas pertinent.

[79] En l’espèce, où le droit entre en jeu, la question devient celle de la détermination de la valeur de ce droit, et les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre doivent être adaptés à ce contexte. Lorsqu’elle est appelée à déterminer la valeur d’un droit, il est important que la Commission prenne en considération la valeur de ce droit pour l’utilisateur. La valeur de l’utilisation de reproductions lorsqu’une technologie est utilisée peut découler de différences fonctionnelles par rapport à l’utilisation d’une autre technologie. Les différences de valeur peuvent aussi provenir de gains internes en efficacité des technologies. Ignorer ces gains priverait les titulaires de droits de redevances additionnelles lorsque l’utilisation de leur œuvre par la technologie plus efficace procure une plus grande valeur à l’utilisateur de cette technologie. Cela ne constituerait assurément pas des « redevances [. . .] injustifiées » comme le prétend la juge Abella : par. 182.

(4) La Commission n’a pas tenu compte des principes de neutralité technologique ou de mise en équilibre pour fixer la valeur de la licence de copies accessoires de diffusion qui lie la SRC et la SODRAC

a) *La décision de la Commission sur la licence légale*

[80] La Commission a obtenu un portrait détaillé de la structure des systèmes de diffusion de la SRC et d’Astral, des copies qui ont été faites dans le cadre de ces systèmes et des fins auxquelles ces dernières ont servi. C’est en grande partie grâce au témoignage et au rapport du Dr Michael Murphy et des réponses de la SRC aux questions que la Commission

expressly identified technological neutrality as a relevant consideration:

The Board must apply the principle of technological neutrality. One should not artificially introduce technology issues that are unrelated to the nature of the work being valued. To the knowledge of Astral and SRC/CBC, there is not a single television producer in North America who has ever been required by a composer, screenwriter or other rights holder to pay a greater license fee for music because of alleged technological efficiencies. These are simply irrelevant considerations in the marketplace in view of the nature of the work being licensed. There is no reason for broadcasters to be treated any differently because the issue is brought before the Board. [A.R., vol. II, at pp. 190-91]

[81] Neither the record nor the Board’s Statutory Licence Decision, in which it used a ratio based on the royalties CBC pays to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (“SOCAN”) to licence performance rights to determine SODRAC royalties, gives any indication that the Board considered balance and technological neutrality in arriving at a valuation of the copyright-protected work. There is no indication that the relative value derived from the use of copyright-protected works in CBC’s digital technology as compared to its prior analog technology, or the relative contributions of the CBC and SODRAC to the analog and digital technologies were considered.

[82] The Board concluded in this case that, “[s]ince these [digital content-management] technologies involve the use of additional copies, some of the benefits associated with the technologies must be reflected in the remuneration that flows from these incidental, additional copies”: Statutory Licence Decision, at para. 81. The value the Board ascribed to the uses of broadcast-incidental copies by CBC

a obtenu ces renseignements. De plus, les mémoires de la SRC et d’Astral déposés devant la Commission mentionnent expressément la neutralité technologique comme étant un facteur pertinent :

[TRADUCTION] La Commission doit appliquer le principe de neutralité technologique. On doit se garder de soulever artificiellement des questions de technologie qui n’ont rien à voir avec la nature de l’œuvre qui est évaluée. À la connaissance d’Astral et de la SRC, aucun producteur de télévision en Amérique du Nord n’a jamais été tenu par un compositeur, un scénariste ou autre titulaire de droits de verser des redevances supérieures relativement à une musique en raison de prétendus gains technologiques en efficacité. Il s’agit là de considérations tout simplement sans pertinence dans le marché compte tenu de la nature de l’œuvre faisant l’objet de la licence. Il n’y a aucune raison de traiter les diffuseurs différemment parce que la Commission est saisie de la question. [d.a., vol. II, p. 190-191]

[81] Ni le dossier ni la Décision sur la licence légale de la Commission — dans laquelle elle a utilisé un ratio basé sur les redevances payées par la SRC à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN ») pour les droits d’exécution afin de déterminer les redevances de la SODRAC — n’indiquent qu’elle a pris en considération la mise en équilibre et la neutralité technologique pour effectuer son évaluation de l’œuvre protégée par le droit d’auteur. Rien n’indique que la valeur relative découlant de l’utilisation d’œuvres protégées par le droit d’auteur au moyen de la technologie numérique de la SRC en comparaison avec celle procurée au moyen de la technologie analogique qu’elle utilisait auparavant ou que les contributions relatives de la SRC et de la SODRAC aux technologies analogiques et numériques ont été prises en considération.

[82] La Commission a conclu dans la présente affaire que, « [p]uisque ces technologies [de gestion du contenu numérique] supposent l’utilisation de copies supplémentaires, certains des avantages associés à ces technologies doivent se refléter dans la rémunération découlant de ces copies accessoires supplémentaires » : Décision sur la licence légale, par. 81. La valeur que la Commission a attribuée

seems to have been based, at least to some extent, on the fact that more copies were being made under CBC's digital content-management system, although the valuation formula the Board prescribed does not appear to be related to the use of additional copies.

(b) *The Federal Court of Appeal Decision*

[83] The Federal Court of Appeal summarized the Board's approach as finding that, "[s]imply put, more copies mean more value and thus, more royalties": para. 28. The court ultimately upheld the Board's approach: para. 49. The notion that "more copies mean more value and thus, more royalties" is appealing in its simplicity. However, it is out of step with the principles of technological neutrality and balance.

[84] The making of broadcast incidental copies cannot be equated with, for example, the copying of books. With a book, the author expects a return for the original expression that the *Copyright Act* has encouraged him to expend in producing the work. If copyright is infringed by the making and sale of unlicensed copies, an arithmetic approach (aggregating each lost royalty on each lost sale) would be one way of measuring the resulting loss.

[85] However, where additional copies are made and used internally in an improved or more efficient broadcasting process, they are only made to render the process feasible. This process might only allow the user to keep up with the competition by reducing costs or by saving time, for example. It might even only allow the user of the copies to limit its losses. This is far from benefits that are proportional to the number of copies made. The Federal Court of Appeal set out a fair reading of *ESA* when it described it as establishing that "[t]echnological neutrality is determined by functional equivalence": para. 39. I would add that, to the extent the Federal

aux utilisations des copies de diffusion accessoires par la SRC semble avoir été fondée, au moins dans une certaine mesure, sur le fait que plus de copies étaient faites avec le système de gestion de contenu numérique de la SRC, même si la formule pour fixer la valeur prescrite par la Commission ne semble pas liée à l'utilisation de copies supplémentaires.

b) *La décision de la Cour d'appel fédérale*

[83] La Cour d'appel fédérale a résumé l'approche retenue par la Commission comme impliquant que, « [e]n termes simples, plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » : par. 28. En définitive, la cour a maintenu l'approche de la Commission : par. 49. Le concept selon lequel « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » a l'avantage d'être simple. Il est cependant contraire aux principes de neutralité technologique et de mise en équilibre.

[84] La confection des copies accessoires de diffusion ne peut être mise sur un pied d'égalité avec, par exemple, la reproduction de livres. Avec un livre, l'auteur s'attend à une compensation pour l'originalité d'expression dont la *LDA* l'a encouragé à faire montre lorsqu'il a produit l'œuvre. En cas de violation du droit d'auteur par la confection ou la vente de copies non autorisées, une approche mathématique (qui consisterait à faire la somme des redevances perdues) serait une façon de mesurer la perte encourue.

[85] Cependant, lorsque des copies additionnelles sont confectionnées et utilisées à l'interne dans le cadre d'un processus de diffusion amélioré ou plus efficace, elles ne sont confectionnées que pour rendre le processus possible. Il se pourrait que ce processus soit utile uniquement pour faire face à la compétition en réduisant ses coûts ou en permettant des économies de temps, par exemple. Il se pourrait même qu'il ne fasse que limiter les pertes de l'utilisateur des copies. On est alors loin de bénéfices qui sont proportionnels aux nombres de copies qui ont été confectionnées. La Cour d'appel fédérale a interprété correctement l'arrêt *ESA* lorsqu'elle a dit que,

Court of Appeal suggested that the principle is concerned only with delivery of works, it read the principle too narrowly. The *Copyright Act* as a whole is to be read having regard to the principles of technological neutrality and balance, unless its text indicates otherwise. *ESA's* focus on delivery of works was a specific application of the general principle, based on the questions presented in that case; the principle is not confined to that context.

[86] The context here is the fixing of royalties by the Board under s. 70.2 of the Act. In that context, adherence to the principles of technological neutrality and balance require that account be taken of the value that the reproductions of the copyright-protected work contribute in the digital as compared to the analog technology, and of the relative contributions of the reproductions and the user's investment and risk in providing the new technology.

(c) *The History of the Board's 1:3.2 Ratio*

[87] A review of the history of the Board's valuation methodology does not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered, either explicitly or implicitly. The Board calculated the broadcast-incidental copy fee by setting it at 31.25 percent of the fee CBC pays to SOCAN to license performance rights, for a ratio between broadcast-incidental copying fees and performance fees of 1:3.2, which, expressed as a percentage, is 31.25 percent, subject to repertoire adjustment. The Board selected this 1:3.2 ratio based on its earlier use in a series of cases setting the relative values of broadcast-incidental copying and performance royalties in the commercial radio context. The Board in this case found the ratio

selon cette décision, « [l']équivalence fonctionnelle détermine la neutralité technologique » : par. 39. J'ajouterais que, dans la mesure où la Cour d'appel fédérale a donné à entendre que le principe ne s'applique qu'à la livraison des œuvres, elle l'a interprété de manière trop restrictive. À moins d'une indication contraire dans son libellé, la *LDA* dans son ensemble doit être interprétée en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre. L'accent mis sur la livraison des œuvres dans l'arrêt *ESA* témoignait d'une application spécifique du principe général, compte tenu des questions soulevées dans cette affaire; le principe n'est pas confiné à ce seul contexte.

[86] En l'espèce, le contexte est celui de la fixation des redevances par la Commission en vertu de l'art. 70.2 de la *Loi*. Dans ce contexte, adhérer aux principes de neutralité technologique et de mise en équilibre exige qu'il soit tenu compte de la valeur qu'apportent les reproductions d'une œuvre protégée par le droit d'auteur dans un contexte numérique par rapport à celle qu'elles apportent dans un contexte de technologie analogique ainsi que des contributions relatives des reproductions et de l'investissement de l'utilisateur dans la nouvelle technologie et du risque qu'il a assumé en l'adoptant.

c) *L'historique du ratio de 1:3.2 de la Commission*

[87] L'examen de l'historique de la méthode d'évaluation retenue par la Commission ne donne aucune indication que cette dernière a pris en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre, que ce soit explicitement ou implicitement. La Commission a calculé les redevances au titre des copies accessoires de diffusion, les fixant à 31,25 % de celles que verse la SRC à la SOCAN au titre des droits d'exécution. Cela donne un ratio entre les redevances au titre des copies accessoires de diffusion et celles au titre de l'exécution de 1:3.2, ce qui correspond à 31,25 %, sous réserve d'un ajustement de repertoire. La Commission a porté son choix sur ce ratio de 1:3.2 compte tenu de son utilisation antérieure pour une série de dossiers

to be equally applicable to the television context: para. 109.

[88] The 1:3.2 ratio has its origins in the Board's 2003 decision regarding commercial radio licence fee: *Statement of Royalties to be Collected by CMRRA/SODRAC Inc. for the Reproduction of Musical Works, in Canada, by Commercial Radio Stations in 2001, 2002, 2003 and 2004*, decision of the Board, March 28, 2003 (online) ("*Commercial Radio 2003*"). In that matter, the Board was tasked with setting tariffs for broadcast-incidental copying in the commercial radio context.

[89] The Board considered three factors that it found relevant in supporting the tariff rate it ultimately selected. First, it found that the existence of the reproduction right "tends to plead in favour of a royalty that is more than nominal, even though its use in the course of broadcasting operations is secondary to broadcasting": *Commercial Radio 2003*, at p. 13. Second, it found that "the use of new broadcasting techniques lowers costs for radio stations. Copying music to a hard drive optimizes the use of these new techniques, thus entitling rights holders to a fair share of the efficiencies arising from this reproduction": *ibid.*, at p. 13. Third, the Board found the "optional" nature of the tariff (insofar as radio stations could avoid the tariff by declining to make broadcast-incidental copies) allayed concerns that a high tariff might discourage innovation in broadcasting techniques: *ibid.*, at p. 13.

[90] The Board then weighed these factors and concluded that a base rate of 1 percent of the user's gross revenues was appropriate, subject to

dans lesquels ont été fixées les valeurs respectives des redevances au titre des copies accessoires de diffusion et au titre de l'exécution dans le contexte de la radio commerciale. Dans la présente affaire, la Commission a conclu que le ratio était également applicable au contexte télévisuel : para. 109.

[88] Le ratio de 1:3.2 tire son origine de la décision rendue par la Commission en 2003 concernant les redevances pour la radio commerciale : *Tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales en 2001, 2002, 2003 et 2004*, décision de la Commission, 28 mars 2003 (en ligne) (« *Radio commerciale 2003* »). Dans ce dossier, la Commission a été appelée à fixer les tarifs de copies accessoires de diffusion dans le contexte de la radio commerciale.

[89] La Commission a alors pris en considération trois facteurs qu'elle a jugés pertinents aux fins de soutenir le tarif qu'elle a sélectionné en définitive. Premièrement, elle a conclu que l'existence du droit de reproduction « tend à favoriser l'établissement d'une redevance plus que nominale, et ce, même si l'utilisation [de ce droit] dans le cadre d'activités de diffusion est une utilisation accessoire à cette diffusion » : *Radio commerciale 2003*, p. 13. Deuxièmement, a-t-elle conclu, « l'utilisation des nouvelles techniques de diffusion entraîne une baisse des coûts pour les stations de radio. La reproduction de la musique sur disque dur, qui optimise l'utilisation de ces nouvelles techniques, fait en sorte que les titulaires ont droit à une juste part des efficiencies qui découlent de cette reproduction » : *ibid.*, p. 13. Troisièmement, la Commission a conclu que la nature « optionnelle » du tarif (dans la mesure où les postes de radio pourraient éviter le tarif en refusant de faire des copies accessoires de diffusion) apaisait les craintes qu'un tarif élevé puisse décourager l'innovation dans les techniques de diffusion : *ibid.*, p. 13.

[90] La Commission a ensuite soupesé ces facteurs et conclu qu'un tarif de base de 1 % des recettes brutes de l'utilisateur était juste, sous réserve

adjustment based on repertoire size: *Commercial Radio 2003*, at p. 14. At the time, SOCAN was entitled to a performance tariff of 3.2 percent of gross revenues, thus establishing a ratio of broadcast-incidental copying and performance tariffs at 1:3.2.

[91] In 2010, the Board was again tasked with setting reproduction and performance royalties to be paid to collective rights organizations for commercial radio activities: *Statement of Royalties to be Collected by SOCAN, Re: Sound, CSI, AVLA/SOPROQ and Artisti in Respect of Commercial Radio Stations*, decision of the Board, July 9, 2010 (online) (“*Commercial Radio 2010*”). In that matter, the Board reaffirmed the 1:3.2 ratio, underscored the fact that this ratio was supported in part based on the efficiency gains realized through digital technology, and applied it to set tariffs for broadcast-incidental copying: para. 223.

(d) *The Application of Technological Neutrality and Balance to the Valuation Analysis*

[92] It is evident both from the Board’s reasons in this case and the reasoning underlying the historical use of the 1:3.2 ratio that the valuation of the licence fee covering CBC’s broadcast-incidental copying did not apply a valuation method consistent with the principle of technological neutrality because there was no comparison of the value contributed by the copyright-protected reproductions as between CBC’s prior technology and its new digital technology. It also failed to take into account the relative contributions made by the use of copyright-protected works and the risk and investment by the user in its digital technology, as required by the balance principle.

d’un rajustement fondé sur la taille du répertoire : *Radio commerciale 2003*, p. 14. À l’époque, la SOCAN avait droit à un tarif au titre de l’exécution de 3,2 % des recettes brutes, ce qui établissait le ratio pour les copies accessoires de diffusion et les tarifs d’exécution à 1:3.2.

[91] En 2010, la Commission a encore une fois été appelée à fixer des redevances d’exécution et de reproduction à verser à des sociétés de gestion collective pour les activités de radio commerciale : *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Ré: Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et Artisti à l’égard des stations de radio commerciale*, décision de la Commission, 9 juillet 2010 (en ligne) (« *Radio commerciale 2010* »). Dans cette affaire, la Commission a confirmé le ratio de 1:3.2, a souligné le fait que ce ratio était justifié en partie par les gains d’efficacité réalisés grâce à une technologie numérique, et a appliqué celui-ci pour fixer des tarifs au titre des copies accessoires de diffusion : par. 223.

(d) *L’application des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre à l’analyse de la valeur*

[92] Il ressort clairement des motifs de la Commission dans le présent dossier et du raisonnement qui sous-tend son utilisation du ratio de 1:3.2 dans le passé qu’en procédant à la détermination des redevances que doit verser la SRC au titre des copies accessoires de diffusion, la Commission n’a pas appliqué une méthode d’évaluation compatible avec le principe de neutralité technologique. En effet, elle n’a procédé à aucune comparaison de la valeur générée par les reproductions d’œuvres protégées par le droit d’auteur lorsque la SRC utilisait la technologie antérieure par rapport à cette valeur lorsqu’elle utilise sa nouvelle technologie numérique. La Commission a également omis de prendre en considération les contributions relatives découlant de l’utilisation des œuvres protégées par le droit d’auteur par rapport au risque qu’a pris l’utilisateur et à son investissement pour acquérir sa technologie numérique, tel que l’exige le principe de mise en équilibre.

[93] One may argue that the complexities of technological systems and business models mean there is no objective way to determine how much of the value generated by a technologically dependent system should be allocated to right holders and how much should be allocated to the user, in view of technological neutrality and balance. It is the Board's duty to apply the principles of technological neutrality and balance in a reasonable and coherent manner. Whenever the Board engages in the valuation of a licence or tariff, it arrives at a determination by applying its experience and expertise to weigh evidence that may not be reducible to an objective economic valuation. This difficulty, however, should not mean that the Board cannot carefully consider expert evidence, the availability of any suitable proxies, and other relevant considerations in arriving at a reasonable valuation. Overall, the Board's valuation analysis must comport with the *Copyright Act's* fundamental requirement to recognize technological neutrality and balance between user and right-holder interests. In licence proceedings where technological neutrality and balance are relevant, it will be for the Board to establish how evidence bearing on these principles will be presented. Since a party is generally required to provide evidence of what is necessary to support its claim, the Board may well consider placing the onus on the right holder to assert how the use of a copyright-protected work should justify its desired licence fee, with the onus then on the user to demonstrate why a lower fee is justified.

[94] I do not, however, attempt to dictate the procedures the Board must follow in its licence proceedings, as it enjoys the discretion to set its own procedures and practices in each case, subject to its regulations as approved by the Governor in Council: *Copyright Act*, s. 66.6(1).

[93] D'aucuns pourraient prétendre qu'en raison de la complexité des systèmes technologiques et des modèles d'entreprise, il n'existe aucune manière objective de déterminer la part de la valeur générée par un système qui dépend de la technologie que l'on doit attribuer aux titulaires d'un droit et la part que l'on doit attribuer à l'utilisateur, compte tenu de la neutralité technologique et de la mise en équilibre. Il incombe néanmoins à la Commission d'appliquer les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre de manière raisonnable et cohérente. Lorsqu'elle procède à l'évaluation d'une licence ou d'un tarif, la Commission arrive à une décision en se servant de son expérience et de son expertise pour soupeser une preuve qui peut ne pas se réduire à une évaluation économique objective. Il ne faut toutefois pas déduire de l'existence de cette difficulté que la Commission ne peut pas examiner soigneusement une preuve d'expert, l'existence d'approximations applicables et d'autres facteurs pertinents pour en arriver à une évaluation raisonnable. Dans l'ensemble, l'analyse de la valeur faite par la Commission doit être conforme à l'exigence selon laquelle il faut reconnaître la neutralité technologique et l'équilibre établi par la *LDA* entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires du droit d'auteur. Dans les instances en matière de licence où la neutralité technologique et la mise en équilibre sont pertinentes, il incombe à la Commission d'établir le mode de présentation de la preuve ayant trait à ces principes. Puisqu'une partie est généralement tenue de fournir une preuve de ce qui est nécessaire pour étayer ses prétentions, la Commission peut fort bien envisager d'imposer au titulaire d'un droit l'obligation de démontrer comment l'utilisation d'une œuvre protégée par un droit d'auteur devrait justifier les redevances qu'il réclame, l'utilisateur étant ensuite tenu de démontrer pourquoi des redevances inférieures sont justifiées.

[94] Toutefois, loin de moi l'idée d'imposer la procédure que la Commission doit suivre dans le cadre des instances en matière de licence dont elle est saisie, car elle jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour établir ses propres pratiques et procédures dans chaque cas, sous réserve des règlements qu'elle prend et qui sont approuvés par le gouverneur en conseil : *LDA*, par. 66.6(1).

[95] There will no doubt be a degree of informed judgment in the valuation analysis, as there is some amount of informed judgment in all licence proceedings in which the Board is called upon to assign monetary figures to uses of copyright-protected works whose value is not easily quantified. Nevertheless, the Board must ground its decisions in the *Copyright Act*, the principles of technological neutrality and balance, its expertise, and the evidence before it.

[96] I conclude that the Board's decision was unreasonable in that it did not consider how the principles of technological neutrality and balance ought to have been reflected in the licence fees imposed on CBC with regard to its television and Internet broadcast-incidental copying activity. I would remit the matter to the Board for reconsideration of those portions of the Statutory Licence Decision that address these fees with instructions to conduct its analysis in a manner that is consistent with technological neutrality and balance, as discussed above.

#### D. *The Board's Interim Decision*

##### (1) The Board's "Status Quo" Approach Was Reasonable

[97] The Board is empowered by s. 66.51 of the *Copyright Act* to issue interim orders. The language of s. 66.51 is discretionary: "The Board *may*, on application, make an interim decision." The statute provides no further indication of how the Board is to exercise its discretion in issuing or choosing not to issue interim decisions.

[98] In issuing its Interim Licence Decision, the Board observed that "[a]n interim decision serves chiefly to avoid the negative consequences caused by the length of the proceedings and may serve to avoid the legal vacuums created when protected works are used without authorization": para. 17. In its opinion, "the best way to achieve the objectives of an interim decision is to maintain the status quo

[95] Il faudra évidemment faire preuve d'un certain degré de jugement éclairé dans l'analyse de la valeur, tout comme dans toutes les instances en matière de licence dans lesquelles la Commission est appelée à attribuer une valeur monétaire à des utilisations d'œuvres protégées par un droit d'auteur dont la valeur n'est pas aisément quantifiée. Néanmoins, la Commission doit fonder ses décisions sur la *LDA*, sur les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre, sur son expertise et sur la preuve produite.

[96] Je conclus que la décision de la Commission était déraisonnable au motif qu'elle n'a pas pris en considération la manière dont les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre devaient se refléter dans les redevances imposées à la SRC en ce qui concerne sa confection de copies accessoires de diffusion pour la télévision et Internet. Je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la Commission pour nouvel examen des portions de la Décision sur la licence légale qui portent sur ces redevances et nouvelle analyse d'une manière qui concorde avec la neutralité technologique et avec la mise en équilibre, tel qu'il en a été question précédemment.

#### D. *Décision provisoire de la Commission*

##### (1) Le maintien du « statu quo » par la Commission était raisonnable

[97] La Commission est habilitée par l'art. 66.51 de la *LDA* à rendre des ordonnances provisoires. Le libellé de l'art. 66.51 lui confère un pouvoir discrétionnaire : « La Commission *peut*, sur demande, rendre des décisions provisoires. » La loi ne précise pas la manière dont la Commission doit exercer ce pouvoir pour rendre ou choisir de ne pas rendre des décisions provisoires.

[98] Lorsqu'elle a rendu la Décision sur la licence provisoire, la Commission a fait remarquer qu'« [u]ne décision provisoire sert avant tout à éviter les effets néfastes de la longueur des procédures et peut servir à éviter les vides juridiques créés lorsqu'il y a une utilisation d'œuvres protégées sans autorisation » : par. 17. À son avis, « la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est

while avoiding a legal vacuum”, unless a balance of convenience indicates that a change to the status quo is appropriate: para. 18.

[99] I am unpersuaded by CBC’s argument that the Board’s approach to identifying the status quo and using it as the basis for an interim licence has impermissibly “fettered its discretion by adopting an overly restrictive definition of the status quo”: A.F., at para. 139. The Board’s approach allows it to avoid the uncertainty and legal vacuums that would occur in the absence of an interim decision, and the use of the licence terms in effect immediately prior to the entering into effect of the interim decision provides for continuity between the previous arrangement and the interim licence. Further, the Board’s acknowledgment that factors may sometimes justify departing from the status quo where indicated by the balance of convenience provides that the Board has not completely fettered its discretion.

[100] I find nothing unreasonable in the Board’s approach to identifying and using the 2008-2012 statutory licence as the status quo in this case. However, in view of the fact that I would remit the matter for reconsideration of the 2008-2012 licence as set out above, it will be necessary for the Board to reconsider the terms of the interim statutory licence to ensure that it is consistent with the Board’s redetermination of the 2008-2012 licence fee.

(2) The Board May Not Compel a User to Agree to the Terms of a Licence Against the Will of the User

[101] CBC argues that, while the Board may fix the royalties to be paid under the statutory licensing procedure created by s. 70.2 of the *Copyright Act*, the Board may not set the other terms or structure of that licence. Specifically, CBC takes issue with the Board’s decision to impose an interim licence on a blanket basis, such that CBC pays for access to the entire SODRAC repertoire, rather than on

de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique », à moins qu’un changement au *statu quo* soit souhaitable, eu égard à la prépondérance des inconvénients : par. 18.

[99] Je ne peux retenir l’argument de la SRC selon lequel la manière dont la Commission a déterminé le *statu quo* et l’a utilisé pour fonder une licence provisoire a de façon inadmissible [TRADUCTION] « fait entrave à son pouvoir discrétionnaire en adoptant une définition excessivement restrictive du *statu quo* » : m.a., par. 139. La méthode retenue par la Commission permet à cette dernière d’éviter l’incertitude et les vides juridiques qui surviendraient en l’absence d’une décision provisoire, et l’utilisation des modalités de la licence en vigueur immédiatement avant l’entrée en vigueur de la décision provisoire assure la continuité entre l’accord précédent et la licence provisoire. En outre, sa reconnaissance que certains facteurs pourraient parfois justifier une dérogation au *statu quo* eu égard à la prépondérance des inconvénients indique que la Commission n’a pas complètement fait abstraction de son pouvoir discrétionnaire.

[100] Je ne vois rien de déraisonnable dans la manière dont la Commission a choisi et utilisé la licence légale 2008-2012 comme *statu quo* dans la présente affaire. Toutefois, comme je suis d’avis de lui renvoyer le dossier pour réexamen de la licence 2008-2012 ainsi que je l’ai mentionné précédemment, la Commission devra revoir les modalités de la licence légale provisoire pour veiller à ce que celles-ci concordent avec sa nouvelle décision sur les redevances visées par la licence 2008-2012.

(2) La Commission ne peut contraindre un utilisateur à accepter contre son gré les modalités d’une licence

[101] La SRC fait valoir que, si elle peut fixer les redevances à payer en application de la procédure d’octroi de licences légales créée par l’art. 70.2 de la *LDA*, la Commission ne peut cependant pas énoncer les autres modalités ou la structure de cette licence. Plus spécifiquement, la SRC conteste la décision de la Commission d’imposer une licence provisoire de manière générale, obligeant ainsi la

CBC's preferred transactional basis, whereby CBC would pay only whenever it actually used a work from the SODRAC repertoire. A blanket licence grants access to SODRAC's entire repertoire for its duration, and thus reduces CBC's ability to control its licensing costs. Under a transactional licence, by contrast, CBC may choose in any given situation whether it wishes to license a particular work or forego making use of SODRAC music. CBC argues that if the collective organization and the user disagree over the model a licence is to take — blanket or transactional — the Board lacks the power to compel the execution of a licence.

[102] SODRAC counters that the Board has the power to issue licences in either blanket or transactional form, and should have this power in all proceedings under s. 70.2. To hold otherwise, it argues, would be “to make the Board's remedial jurisdiction under section 70.2 dependent upon the consent of a user, [and] would be at odds with its mandate to resolve disputes”: R.F., at para. 133.

[103] Though CBC first raised this issue in the context of the Board's Interim Licence Decision, the dispute relates generally to the Board's power to structure licences, whether interim or not: Does the Board's power to set the terms of a licence include the power to bind the parties to those terms?

[104] I do not read the *Copyright Act* to necessitate that decisions made pursuant to the Board's licence-setting proceedings under s. 70.2 have a binding effect against users. Section 70.2(1) itself provides that where a collective organization and a user cannot agree on the terms of a licence, either party may apply to the Board to “fix the royalties and their related terms and conditions”. This grant of power speaks of the Board's authority to set

SRC à verser une somme d'argent pour avoir accès au répertoire complet de la SODRAC, plutôt qu'à la pièce, comme elle le souhaite, ce qui lui permettrait de ne payer que lorsqu'elle utilise effectivement une œuvre puisée dans ce répertoire. Une licence générale accorde pour toute sa durée un accès au répertoire complet de la SODRAC et réduit ainsi la capacité de la SRC de contrôler ses coûts de licence. Par opposition, une licence ponctuelle permettrait à la SRC de choisir, dans une situation donnée, si elle souhaite obtenir une licence à l'égard d'une œuvre donnée ou renoncer à utiliser la musique de la SODRAC. La SRC soutient que, si la société de gestion et l'utilisateur ne peuvent s'entendre sur le modèle que doit revêtir une licence — générale ou ponctuelle —, la Commission n'a pas le pouvoir de forcer la passation d'une licence.

[102] La SODRAC soutient en revanche que la Commission est habilitée à octroyer des licences — générales ou ponctuelles — et qu'elle devrait détenir ce pouvoir dans toutes les instances fondées sur l'art. 70.2. Si on concluait le contraire, affirme-t-elle, [TRADUCTION] « la compétence de la Commission en matière de réparation en application de l'art. 70.2 serait tributaire du consentement d'un utilisateur, [. . .] ce qui serait contraire au mandat qui est le sien de résoudre des conflits » : m.i., par. 133.

[103] Bien que la SRC ait soulevé cette question dans le contexte de la Décision sur la licence provisoire de la Commission, le litige se rapporte généralement au pouvoir de la Commission de structurer les licences, qu'elles soient provisoires ou non : le pouvoir de la Commission de fixer les modalités d'une licence emporte-t-il le pouvoir de lier les parties à ces modalités?

[104] À mon avis, la *LDA* n'exige pas que les décisions prises dans le cadre des instances de la Commission visant à fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2 aient un effet obligatoire à l'égard des utilisateurs. Le paragraphe 70.2(1) lui-même prescrit que lorsque la société de gestion et l'utilisateur ne peuvent s'entendre sur les modalités d'une licence, l'une ou l'autre partie peut s'adresser à la Commission et

down in writing a set of terms that, in its opinion, represent a fair deal to license the use of the works at issue. It says nothing, however, about whether these terms are to be binding against the user.

[105] The statutory context supports the conclusion that licences crafted pursuant to s. 70.2 proceedings are not automatically binding on users. Section 70.4 of the Act provides:

**70.4** Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2), the person concerned may, during the period, subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme and on paying or offering to pay the royalties, do the act with respect to which the royalties and their related terms and conditions are fixed and the collective society may, without prejudice to any other remedies available to it, collect the royalties or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

[106] This provision makes it clear that a user whose copying activities were the subject of a s. 70.2 proceeding *may* avail itself of the terms and conditions established by the Board as a way to gain authorization to engage in the activity contemplated in the Board proceeding. The language of s. 70.4 does not, of its own force, bind the user to the terms and conditions of the licence.

[107] The conclusion that Board licences established pursuant to s. 70.2 are not binding on users comports with the more general legal principle that “no pecuniary burden can be imposed upon the subjects of this country, by whatever name it may be called, whether tax, due, rate or toll, except upon clear and distinct legal authority”: *Gosling v. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891, at p. 407, as approved and adopted in *Ontario English Catholic Teachers’ Assn. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470, at para. 77, and *Attorney-General v. Wilts United Dairies, Ltd.*

lui demander de « fixer ces redevances ou modalités [afférentes] ». Cela témoigne du pouvoir de la Commission de formuler par écrit une série de modalités qui, à son avis, représentent une entente raisonnable en vue d’autoriser l’utilisation des œuvres en cause. Cette disposition reste cependant muette sur la question de savoir si ces modalités doivent lier l’utilisateur.

[105] Le contexte législatif permet de conclure que les modalités dont les licences sont assorties dans le cadre d’instances tenues en application de l’art. 70.2 ne lient pas automatiquement les utilisateurs. L’article 70.4 de la LDA prescrit ce qui suit :

**70.4** L’intéressé peut, pour la période arrêtée par la Commission, accomplir les actes à l’égard desquels des redevances ont été fixées, moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances et conformément aux modalités afférentes fixées par la Commission et à celles établies par la société de gestion au titre de son système d’octroi de licences. La société de gestion peut, pour la même période, percevoir les redevances ainsi fixées et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.

[106] Il est clair, suivant cette disposition, que l’utilisateur dont la confection de copies a fait l’objet d’une instance fondée sur l’art. 70.2 *peut* se prévaloir des modalités fixées par la Commission comme moyen pour obtenir l’autorisation d’accomplir l’activité envisagée dans le cadre de l’instance qui se déroule devant la Commission. Le texte de l’art. 70.4 en lui-même ne lie donc pas l’utilisateur aux modalités dont la licence est assortie.

[107] La conclusion selon laquelle les licences dont les modalités sont fixées par la Commission en vertu de l’art. 70.2 ne lient pas les utilisateurs est compatible avec le principe juridique plus général selon lequel « aucune charge pécuniaire ne peut être imposée aux sujets de ce pays, peu importe le nom qu’on lui donne, qu’il s’agisse d’une taxe, d’une cotisation, d’un tarif ou d’un péage, sauf en vertu d’une autorité légale claire et distincte » : *Gosling c. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891, p. 407, tel qu’approuvé et adopté dans *Ontario English Catholic Teachers’ Assn. c. Ontario (Procureur général)*,

(1921), 37 T.L.R. 884 (C.A.), at p. 885. To bind a user to a licence would be to make it liable according to its terms and conditions should it engage in the covered activity. In the absence of clear and distinct legal authority showing that this was Parliament's intent, the burdens of a licence should not be imposed on a user who does not consent to be bound by its terms.

[108] SODRAC's framing of the issue is not entirely wrong: the Board does have the power under s. 70.2 to "fix the royalties and their related terms and conditions". That is, the Board may decide upon a fair royalty to be paid should the user decide to engage in the activity at issue under the terms of a licence. However, this power does not contain within it the power to force these terms on a user who, having reviewed the terms, decided that engaging in licensed copying is not the way to proceed. Of course, should the user then engage in unauthorized copying regardless, it will remain liable for infringement. But it will not be liable as a licensee unless it affirmatively assumes the benefits and burdens of the licence.

[109] The matter is complicated considerably by the fact that the Board's statutory licence decisions have, in recent years, taken on an increasingly retroactive character. CBC's statutory licence in this case provides an example: the licence covers the period from November 2008 to March 2012, but the Board's final decision was issued on November 2, 2012, after the term of the licence had expired. In situations like these, the Board may issue interim licences that seek to fill the legal vacuum before the final decision is ready, but this leaves a user to operate based on assumptions about how their ultimate liability for actions taken during the interim period will be evaluated.

2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470, par. 77, et *Attorney-General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884 (C.A.), p. 885. Lier un utilisateur à l'égard d'une licence reviendrait à l'assujettir à ses modalités s'il en venait à accomplir l'activité visée. En l'absence, dans la loi, d'un pouvoir clair et distinct démontrant que c'était là l'intention du législateur, le fardeau d'une licence ne devrait pas être imposé à l'utilisateur qui ne consent pas à être lié par ses modalités.

[108] La formulation de la question en litige par la SODRAC n'est pas entièrement erronée : la Commission a effectivement le pouvoir, aux termes de l'art. 70.2, de « fixer ces redevances ou modalités [afférentes] », ce qui signifie qu'elle peut fixer des droits d'auteur équitables à verser si l'utilisateur décide d'accomplir l'activité en cause suivant les modalités d'une licence. Toutefois, ce pouvoir n'emporte pas en lui-même celui de contraindre l'utilisateur à accepter ces modalités lorsqu'après les avoir examinées, il décide de ne pas effectuer les copies visées par la licence. Évidemment, si l'utilisateur effectue ensuite des copies non autorisées, il demeurera responsable de la violation. Par contre, il ne sera pas responsable en tant que titulaire à moins qu'il ne souscrive expressément aux avantages et aux obligations dont la licence est assortie.

[109] L'affaire est considérablement compliquée par le fait que, au cours des récentes années, les décisions de la Commission sur les licences légales ont revêtu un caractère de plus en plus rétroactif. La licence légale de la SRC dans la présente affaire en est un exemple : elle couvre la période allant du mois de novembre 2008 au mois de mars 2012, alors que la décision finale de la Commission a été rendue le 2 novembre 2012, après l'expiration des modalités de la licence. Dans de telles situations, la Commission peut octroyer des licences provisoires qui visent à combler le vide juridique avant que la décision finale ne soit prête. Cela signifie cependant que l'utilisateur doit mener ses activités sur le fondement de suppositions sur la manière dont sera évaluée sa responsabilité en définitive pour des actes accomplis dans l'intervalle.

[110] Should a user engage in copying activity under an interim licence, and then find itself presented with a final licence whose terms it would not voluntarily assume, the user is left in a difficult position: accept the terms of an undesirable licence, or decline the licence and retroactively delegitimize the covered activity engaged in during the interim period, risking an infringement suit. This dilemma may mean that a user who operates under an interim licence has no *realistic* choice but to assume the terms of the final licence.

[111] While I find this possibility troubling, I do not find that this result would detract from the more general proposition that there is no legal basis on which to hold users to the terms of a licence without their assent. The licence is not *de jure* binding against users, even if the particulars of a specific proceeding, and a user's decision to engage in covered activity during an interim period, may mean that the user does not *de facto* have a realistic choice to decline the licence.<sup>2</sup>

[112] I conclude that the statutory licensing scheme does not contemplate that licences fixed by the Board pursuant to s. 70.2 should have a mandatory binding effect against users. However, this case does not require this Court to decide whether the same is true of collective organizations. It may be that the statutory scheme's focus on regulating the actions of collective organizations, and the case law's focus on ensuring that such organizations do not devolve into "instruments of oppression and extortion" (*Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348, at p. 354, per Duff J., quoting *Hanfstaengl v. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109, at p. 128) would justify finding that the Board

<sup>2</sup> During the hearing before this Court, counsel for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz briefly raised concerns regarding the Board's power to issue retroactively binding decisions in general. That issue was not squarely before this Court in this case, and I do not purport to decide broader questions concerning the legitimacy of or limits on the Board's power to issue retroactive decisions here.

[110] S'il en venait à faire des copies en vertu d'une licence provisoire et qu'il obtenait ensuite une licence définitive dont il n'acceptait pas volontairement les modalités, l'utilisateur se retrouvait devant un choix difficile : accepter les modalités d'une licence qui lui est indésirable ou refuser la licence et rendre invalide rétroactivement l'activité visée qu'il a menée dans l'intervalle, et ainsi risquer une action en contrefaçon. En raison de ce dilemme, l'utilisateur qui mène ses activités en vertu d'une licence provisoire pourrait n'avoir d'autre choix *réaliste* que d'accepter les modalités dont la licence définitive est assortie.

[111] Si cette possibilité me paraît déconcertante, je ne crois pas que ce résultat déroge à la proposition plus générale selon laquelle il n'y a aucun fondement juridique permettant de contraindre les utilisateurs à accepter contre leur gré les modalités d'une licence. Celle-ci ne lie pas les utilisateurs en droit même si les particularités d'une instance donnée et la décision d'un utilisateur de mener l'activité visée au cours d'une période intérimaire peuvent signifier qu'il n'a pas dans les faits le choix réaliste de refuser la licence<sup>2</sup>.

[112] Je conclus que le régime législatif d'octroi de licences n'envisage pas la possibilité que des licences fixées par la Commission en vertu de l'art. 70.2 aient un effet obligatoire à l'égard des utilisateurs. Cependant, la présente affaire n'oblige pas la Cour à décider s'il en est de même à l'égard des sociétés de gestion collective. Il se peut que l'objectif principal du régime législatif de régler les actions des sociétés de gestion collective et celui de la jurisprudence de faire en sorte que de telles sociétés ne se transforment pas en des [TRADUCTION] « instruments d'oppression et d'extorsion » (*Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348, p. 354, le juge

<sup>2</sup> Lors de l'audience tenue devant la Cour, l'avocat des intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz a soulevé brièvement des préoccupations relativement au pouvoir de la Commission de rendre rétroactivement des décisions obligatoires en général. Cette question n'a pas été directement soumise à la Cour dans la présente affaire, et je n'entends pas me prononcer ici sur des questions plus générales concernant la légitimité ou les limites du pouvoir de la Commission de rendre des décisions rétroactives.

does have the power to bind collective organizations to a licence based on the user's preferred model — transactional or blanket — on terms that the Board finds fair in view of that model. However, this issue was not argued in this case.

[113] I find that licences fixed by the Board do not have mandatory binding force over a user; the Board has the statutory authority to fix the terms of licences pursuant to s. 70.2, but a user retains the ability to decide whether to become a licensee and operate pursuant to that licence, or to decline.

## VI. Conclusion

[114] The Board did not take account of the principles of technological neutrality and balance in valuing the licence fees for CBC's television and Internet broadcast-incidental copies. I would allow the appeal, set aside the 2008-2012 statutory licence as it relates to the valuation of CBC's television and Internet broadcast-incidental copies and remit the Statutory Licence Decision to the Board for reconsideration of that valuation in accordance with the principles of technological neutrality and balance.

[115] To the extent that the interim licence fees were based on the valuation of the broadcast-incidental copies in the 2008-2012 statutory licence, I would set aside the interim licence and remit the Interim Licence Decision for reconsideration consistent with the principles guiding the redetermination of the 2008-2012 licence.

[116] CBC is entitled to its costs here and in the Federal Court of Appeal.

Duff, citant *Hanfstaengl c. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109, p. 128) justifient la conclusion selon laquelle la Commission a effectivement le pouvoir de contraindre les sociétés de gestion à accepter une licence compte tenu du modèle préféré de l'utilisateur — ponctuel ou général — selon les modalités que la Commission juge équitables eu égard à ce modèle. Toutefois, cette question n'a pas été débattue dans la présente affaire.

[113] Je suis d'avis que les licences octroyées par la Commission ne sont pas revêtues d'un caractère obligatoire à l'égard d'un utilisateur; la Commission a le pouvoir de fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2, mais l'utilisateur reste libre de décider de devenir titulaire de la licence et mener ses activités conformément à cette dernière, ou de refuser de le faire.

## VI. Conclusion

[114] La Commission n'a pas tenu compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour fixer les redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la licence légale 2008-2012 en ce qui a trait à la fixation des redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC et de renvoyer la Décision sur la licence légale à la Commission pour réexamen de la fixation des redevances en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre.

[115] Dans la mesure où les redevances fixées par la licence provisoire reposaient sur l'évaluation des copies accessoires de diffusion dans la licence légale 2008-2012, je suis d'avis d'annuler la licence provisoire et de renvoyer la Décision sur la licence provisoire pour réexamen en conformité avec les principes qui s'appliquent aux fins de la nouvelle décision sur la licence 2008-2012.

[116] La SRC a droit à ses dépens devant la Cour et devant la Cour d'appel fédérale.

The following are the reasons delivered by

[117] ABELLA J. (dissenting) — This appeal is based on a decision by the Copyright Board to impose royalty fees on the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) for incidental copies required to be made in the process of turning a television program into a broadcast. The imposition of such fees not only violates the principle of technological neutrality endorsed by this Court three years ago in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 231, it distorts the accepted balance between the rights of copyright holders and the public. The CBC already pays royalty fees for broadcasting rights. These additional fees artificially raise the cost of broadcasting television programs, resulting in an increased cost to consumers for the same product. Attaching copyright liability to incidental copies created as a result of improvements in broadcasting technologies penalizes broadcasters and the public for utilizing new and improved technologies and artificially creates entitlements to compensation for creators that were never intended to be given under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42. The decision is, as a result, unreasonable.

#### Background

[118] The CBC, Canada's public broadcaster, both produces and broadcasts television programs. It broadcasts its own original programs as well as programs that have been produced by third party producers.

[119] The Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. (SODRAC) is a collective society operating under the *Copyright Act*. It administers the reproduction rights held by its members in their musical works, namely, "the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever": s. 3(1). Notably, it does not administer performance rights,

Version française des motifs rendus par

[117] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le présent pourvoi est fondé sur la décision de la Commission du droit d'auteur d'imposer des redevances à la Société Radio-Canada (SRC) pour toute copie accessoire qu'elle doit créer au cours du processus de diffusion d'une émission de télévision. L'imposition de ces redevances porte non seulement atteinte au principe de neutralité technologique adopté par la Cour il y a trois ans dans l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231, mais elle rompt également l'équilibre établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et le public. La SRC paie déjà des redevances pour les droits de diffusion. Ces frais additionnels augmentent artificiellement le coût de diffusion des programmes télévisés, ce qui a pour conséquence d'accroître le coût du même produit pour les consommateurs. Rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur pour toute copie accessoire créée en raison de l'amélioration des technologies de diffusion pénalise les diffuseurs et le public pour l'utilisation des technologies nouvelles et améliorées et confère artificiellement aux créateurs le droit à une rémunération qui n'a jamais été prévue par la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42. Par conséquent, la décision est déraisonnable.

#### Contexte

[118] La SRC, le diffuseur public canadien, produit et diffuse des émissions de télévision. Elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que des émissions qui ont été produites par des producteurs tiers.

[119] La Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (SODRAC) est une société de gestion collective qui exerce ses activités en application de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle gère les droits de reproduction de ses membres quant à leurs œuvres musicales, à savoir « le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque » : par. 3(1). Fait à noter, elle

which include broadcasting rights. SODRAC operates by taking an assignment of its members' reproduction rights, and representing them in negotiations with parties who seek to reproduce works in SODRAC's repertoire.

[120] A producer of television programming incorporates musical works into an audiovisual program. The CBC pays royalties to SODRAC for the right to incorporate musical works in SODRAC's repertoire into its television programs. The process of incorporation is called synchronization. It is a multi-step process which currently requires the creation of between 12 and 20 incidental copies of the work in order to produce the final synchronized "master" copy of the television program. Once the synchronization process is complete, there will be a single master copy of the synchronized program that the producer provides to the broadcaster, usually on a digital medium such as a CD or digital tape.

[121] In order to lawfully reproduce the musical works during synchronization, a producer must obtain a synchronization licence from the holder of the reproduction right in the musical works. In Canada, SODRAC has a virtual monopoly over reproduction rights of French-language music. SODRAC issues synchronization licences to producers, allowing them to make any reproductions necessary to create a synchronized audiovisual work. If the CBC synchronizes a television program using music from SODRAC's repertoire, it is required to have a synchronization licence from SODRAC. If it receives television programming from a third party producer, it is the third party producer who is required to have the synchronization licence.

[122] SODRAC holds only the reproduction rights to the works in its repertoire, it is not entitled to royalties associated with the broadcasting of those works. Royalties for the right to broadcast the works are paid instead to the Society of Composers,

ne gère pas les droits d'exécution, qui incluent les droits de diffusion. La SODRAC obtient une cession des droits de reproduction de ses membres et les représente dans le cadre de négociations avec des parties qui cherchent à reproduire des œuvres contenues dans son répertoire.

[120] Le producteur d'émissions de télévision incorpore des œuvres musicales dans des émissions audiovisuelles. La SRC paie des redevances à la SODRAC pour avoir le droit d'incorporer des œuvres musicales contenues dans le répertoire de cette dernière dans ses émissions de télévision. Le processus d'incorporation est appelé synchronisation. Il s'agit d'un processus à plusieurs étapes, qui requiert actuellement la création d'entre 12 et 20 copies accessoires de l'œuvre afin de produire la copie « maîtresse » finale synchronisée de l'émission de télévision. Lorsque le processus de synchronisation est terminé, une seule copie maîtresse de l'émission synchronisée est créée, puis remise par le producteur au diffuseur, habituellement sur un support numérique comme un CD ou un ruban d'enregistrement numérique.

[121] Pour pouvoir reproduire légalement les œuvres musicales durant la synchronisation, le producteur doit obtenir une licence de synchronisation de la part du titulaire du droit de reproduction des œuvres musicales. Au Canada, la SODRAC exerce un quasi-monopole sur les droits de reproduction de la musique francophone. Elle accorde des licences de synchronisation aux producteurs, les autorisant ainsi à effectuer toute reproduction nécessaire pour créer une œuvre audiovisuelle synchronisée. Ainsi, lorsque la SRC synchronise une émission de télévision en utilisant de la musique provenant du répertoire de la SODRAC, elle doit obtenir de cette dernière une licence de synchronisation. Si la SRC reçoit une émission de télévision d'un producteur tiers, c'est ce dernier qui doit détenir la licence de synchronisation.

[122] La SODRAC est titulaire uniquement des droits de reproduction des œuvres contenues dans son répertoire et n'a pas droit aux redevances relatives à la diffusion de ces œuvres. Ces redevances sont plutôt versées à la Société canadienne

Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), the collective society that administers the right to communicate the musical works to the public by telecommunication. In order to broadcast the synchronized television program, the CBC must obtain a broadcasting licence from SOCAN.

[123] Until its application to the Copyright Board in this case, SODRAC had no entitlement to royalty fees for any aspect of broadcasting the musical works.

[124] Like the synchronization process, the process of broadcasting the television program involves multiple steps, requiring the creation of incidental copies of the work. These are known as broadcast-incidental copies. The CBC makes broadcast-incidental copies of all television programs it broadcasts, regardless of whether they are produced in-house or by a third party.

[125] The activity of broadcasting begins when the digital content of the master copy is transferred to the broadcaster's digital content management system, which is the system that the broadcaster uses to manage the storage, editing, and airing of the program.

[126] Modern digital broadcasting systems consist of a number of component parts, including a broadcast server hard drive (or series of hard drives) for temporary storage of a copy of the program until it is aired, a digital tape library for longer-term storage of the program (until expiry of the broadcasting rights), computers and software packages used for screening and editing the program in preparation to be aired, a video logger used to capture a real-time copy of the aired program for compliance with the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) requirements, and an automated content manager that gives instructions to the system for moving the files to and from the various components.

des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), la société de gestion collective qui gère le droit de communiquer les œuvres musicales au public par télécommunication. Ainsi, pour diffuser une émission de télévision synchronisée, la SRC doit obtenir une licence de diffusion de la SOCAN.

[123] Avant de présenter sa demande auprès de la Commission du droit d'auteur en l'espèce, la SODRAC n'avait droit aux redevances pour aucun aspect de la diffusion d'œuvres musicales.

[124] Tout comme le processus de synchronisation, le processus de diffusion d'une émission de télévision exige de procéder à un certain nombre d'étapes, qui suppose la création de copies accessoires de l'œuvre. Celles-ci sont appelées copies accessoires de diffusion. La SRC effectue des copies accessoires de diffusion de toutes les émissions de télévision qu'elle diffuse, peu importe si elles sont produites à l'interne ou par un tiers.

[125] Le processus de diffusion commence lorsque le contenu numérique de la copie maîtresse est transféré au système de gestion du contenu numérique du diffuseur, système dont le diffuseur se sert pour gérer le stockage, l'édition et la diffusion de l'émission.

[126] Les systèmes modernes de diffusion numérique comportent plusieurs composantes, dont le disque dur d'un serveur de diffusion (ou une série de disques durs) servant au stockage temporaire d'une copie de l'émission jusqu'à ce qu'elle soit diffusée, une bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique servant à stocker l'émission à plus long terme (jusqu'à expiration des droits de diffusion), des ordinateurs et des logiciels utilisés pour projeter et éditer l'émission en préparation de sa diffusion, un enregistreur vidéo servant à enregistrer une copie en temps réel de l'émission diffusée afin de respecter les exigences du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), ainsi qu'un gestionnaire de contenu automatisé qui donne des instructions au système pour déplacer les fichiers vers les diverses composantes ou à partir de celles-ci.

[127] The use of modern digital broadcasting systems leads to the creation of broadcast-incidental copies of the programs, including the incorporated musical works, because, in order for the digital program file to exist on multiple components of the system at the same time, and to allow for the simultaneous functioning of the various components of the broadcasting system, multiple incidental copies of the program are necessarily created. The initial transfer of the master copy onto the digital content management system, for example, gives rise to a broadcast-incidental copy. More copies may be created as part of the process of ensuring file format compatibility with the broadcast server hard drives. Further copies will arise in the days immediately before broadcast, as the synchronized television program is temporarily copied from the digital tape library to the broadcast server hard drive: decision of the Copyright Board, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online) (Statutory Licence Decision), at para. 54. While it is still technically possible to deliver television broadcasts without the use of servers and digital technologies, these technologies have become the norm not the exception as a result of the efficiencies and added functionality that they offer to broadcasters: Statutory Licence Decision, at para. 53.

[128] More traditional broadcasting systems are analog systems. Analog systems use analog media, not digital techniques, for storage, reproduction, or transmission of the audiovisual program. An example of analog media is the VHS tape, which is a magnetic tape. Analog broadcasting systems formerly employed by television broadcasters also typically involved the creation of broadcast-incidental copies resulting from the need to screen and edit the programs before airing, as well as to create back-up copies. Analog systems, however, resulted in fewer broadcast-incidental copies than are created by modern digital broadcasting systems.

[127] L'utilisation de systèmes modernes de diffusion numérique entraîne la création de copies accessoires de diffusion des émissions, y compris des œuvres musicales qui y sont incorporées. En fait, pour que le dossier d'émission numérique existe sur les multiples composantes du système en même temps et pour permettre le fonctionnement simultané des diverses composantes du système de diffusion, de multiples copies accessoires de l'émission doivent forcément être créées. Le transfert initial de la copie maîtresse sur le système de gestion du contenu numérique, par exemple, entraîne la création d'une copie accessoire de diffusion. D'autres copies peuvent être créées dans le cadre du processus visant à assurer la compatibilité du format du dossier avec les disques durs du serveur du diffuseur. Des copies supplémentaires sont aussi effectuées dans les jours précédant immédiatement la diffusion, puisque l'émission de télévision synchronisée est temporairement copiée à partir de la bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique vers le disque dur du serveur du diffuseur : décision de la Commission du droit d'auteur, dossiers n<sup>os</sup> 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne) (Décision sur la licence légale), par. 54. Bien qu'il soit encore possible sur le plan technique de télédiffuser sans recourir à des serveurs et à des technologies numériques, ces dernières sont devenues la norme plutôt que l'exception en raison de l'efficacité et de la fonctionnalité supplémentaire qu'elles offrent aux diffuseurs : Décision sur la licence légale, par. 53.

[128] Les systèmes de télédiffusion plus traditionnels sont des systèmes analogiques. Ceux-ci utilisent des supports analogiques, et non des techniques numériques, pour stocker, reproduire ou transmettre l'émission audiovisuelle. La cassette VHS, qui est une bande magnétique, est un exemple de support analogique. Les systèmes de diffusion analogiques anciennement utilisés par les télédiffuseurs entraînaient généralement eux aussi la création de copies accessoires de diffusion découlant de la nécessité de projeter et d'éditer les émissions avant la diffusion, ainsi que pour créer des copies de sauvegarde. Toutefois, les systèmes analogiques engendraient moins de copies accessoires de diffusion que les systèmes de diffusion modernes numériques.

[129] Modern digital broadcasting systems are much more efficient than analog systems because in the digital domain, broadcasters are able to compress and store much larger quantities of digital video programming on server hard drives and digital tapes than could be reasonably stored in a VHS tape library. Screening and editing the programs for closed captioning and different languages are also more efficiently accomplished using modern computer and software systems as opposed to analog systems.

[130] Starting in 1998, SODRAC began requiring third party producers to acquire a separate synchronization licence. Because broadcasters who also produced audiovisual programs in-house, like the CBC, were already required to hold a synchronization licence for the same work, SODRAC initially did not charge third party producers any royalties for this additional licence. In 2006, however, SODRAC abandoned this policy and began charging producers full price for a synchronization licence, which now covered only a right of “first integration”: Statutory Licence Decision, at para. 73. Under this licence, producers paid royalties for the right to synchronize music into a single master copy of the television program, but had no right to make any downstream incidental copies such as broadcast-incidental copies. These downstream copies, typically made by the broadcaster as they readied the synchronized copy for broadcast, became subject to additional royalties paid by the broadcasters. SODRAC’s new policy of monetizing broadcasting activities through the imposition of royalties for broadcast-incidental copies is what prompted this litigation.

[131] In 1992, the CBC and SODRAC had a licence agreement which authorized the CBC to reproduce works in SODRAC’s repertoire. This licence allowed the CBC to synchronize musical

[129] Les systèmes de diffusion modernes numériques sont beaucoup plus efficaces que les systèmes analogiques, car, dans le domaine numérique, les diffuseurs sont en mesure de comprimer et de stocker des quantités beaucoup plus grandes d’émissions vidéo numériques sur les disques durs d’un serveur et sur les rubans d’enregistrement numérique qu’ils ne pouvaient le faire sur la bibliothèque de cassettes VHS. La projection et l’édition d’émissions pour le sous-titrage et pour la traduction dans d’autres langues sont aussi réalisées beaucoup plus efficacement au moyen de systèmes informatiques et de logiciels modernes que par des systèmes analogiques.

[130] En 1998, la SODRAC a commencé à exiger que les producteurs tiers obtiennent une licence de synchronisation distincte. Puisque les télédiffuseurs qui produisaient également des émissions audiovisuelles à l’interne, comme la SRC, étaient déjà tenus d’obtenir une licence de synchronisation pour la même œuvre, la SODRAC ne percevait pas initialement de redevances auprès des producteurs tiers pour cette licence supplémentaire. En 2006, toutefois, la SODRAC a abandonné cette politique et a commencé à facturer aux producteurs le plein prix pour obtenir une licence de synchronisation, qui ne couvre désormais qu’un droit de « première intégration » : Décision sur la licence légale, par. 73. En vertu de cette licence, les producteurs payaient des redevances pour avoir le droit de synchroniser de la musique dans une seule copie maîtresse de l’émission de télévision, mais n’avaient pas le droit d’effectuer des copies accessoires en aval, comme des copies accessoires de diffusion. Ces copies en aval, habituellement effectuées par le diffuseur pendant qu’il prépare la copie synchronisée pour la diffusion, sont devenues assujetties à des redevances supplémentaires payées par les diffuseurs. La nouvelle politique de la SODRAC de monnayer des activités de diffusion par l’imposition de redevances pour les copies accessoires de diffusion est à l’origine du présent pourvoi.

[131] En 1992, la SRC et la SODRAC ont conclu une entente de licence qui autorisait la SRC à reproduire des œuvres contenues dans le répertoire de la SODRAC. Cette licence permettait à la SRC

works into audiovisual programs, as well as to make any other incidental copies of the works including production-incidental copies and broadcast-incidental copies. In 2008, however, the CBC and SODRAC were unable to agree on the terms of a new licence because SODRAC sought to monetize broadcast-incidental copies in addition to the synchronization rights. SODRAC asked the Copyright Board to fix the terms and conditions of a licence for the reproduction of musical works in its repertoire pursuant to s. 70.2 of the *Copyright Act*.

[132] The Board concluded that broadcast-incidental copies implicated the reproduction right, and were therefore subject to royalties. Because the new broadcasting technologies which required additional broadcast-incidental copies generated benefits for the CBC by keeping the broadcaster relevant and competitive, the Board concluded that this benefit should be reflected in the compensation granted to the copyright holders. The Board accordingly certified SODRAC's proposed tariff and imposed a licence on the CBC for 2008-2012 that included royalty fees for the broadcast-incidental copies. The Board valued the broadcast-incidental copies by tying them to the value of the royalties paid by the CBC to SOCAN for the communication rights in the works. Under its 1992 licence, the CBC paid annual royalties to SODRAC of \$520,000; under the new Board-imposed agreement, it would pay \$1.2 million per year.

[133] After the release of this decision, SODRAC obtained an interim licence from the Board on the same terms for the 2012-2016 period.

[134] The Federal Court of Appeal dismissed the CBC's application for judicial review of the Board's decisions. Applying *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, the Federal Court of Appeal concluded that "ephemeral recordings of [the] performance of

de synchroniser des œuvres musicales dans des émissions audiovisuelles et d'effectuer toute autre copie accessoire des œuvres, y compris des copies accessoires de production et des copies accessoires de diffusion. En 2008, toutefois, la SRC et la SODRAC n'ont pas été en mesure de s'entendre sur les modalités de la nouvelle licence parce que la SODRAC cherchait à monnayer les copies accessoires de diffusion en plus des droits de synchronisation. La SODRAC a demandé à la Commission du droit d'auteur de fixer, en vertu de l'art. 70.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, les modalités de la licence visant la reproduction d'œuvres musicales contenues dans son répertoire.

[132] La Commission a conclu que les copies accessoires de diffusion faisaient intervenir le droit de reproduction et étaient donc assujetties à des redevances. Comme les nouvelles technologies de diffusion qui exigeaient d'autres copies accessoires de diffusion ont généré des bénéfices pour la SRC en gardant le diffuseur pertinent et concurrentiel, la Commission a conclu que ces bénéfices devaient se refléter dans la rémunération accordée aux titulaires d'un droit d'auteur. Par conséquent, la Commission a homologué le tarif proposé par la SODRAC et a imposé à la SRC une licence pour les années 2008 à 2012 qui comportait des redevances pour les copies accessoires de diffusion. La Commission a déterminé la valeur des copies accessoires de diffusion en les associant à la valeur des redevances payées par la SRC à la SOCAN relativement aux droits de communication des œuvres. Conformément à sa licence de 1992, la SRC payait des redevances annuelles à la SODRAC de 520 000 \$; selon la nouvelle entente imposée par la Commission, elle paierait 1,2 million de dollars par année.

[133] Après le prononcé de cette décision, la SODRAC a obtenu une licence provisoire de la Commission selon les mêmes modalités pour la période 2012-2016.

[134] La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des décisions de la Commission présentée par la SRC. S'appuyant sur l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, la Cour d'appel fédérale a conclu que « les enregistrements éphémères

a work, made solely for the purposes of facilitating that broadcast of the performance, were, if unauthorized, an infringement of the copyright holder's rights". It refused to apply the principle of technological neutrality articulated in this Court's decision in *Entertainment Software Association*.

### Analysis

[135] The issue in this appeal is whether SODRAC is entitled to monetize broadcast-incidentals despite the fact that SODRAC has no entitlement to royalty fees for any aspect of broadcasting. To answer the question requires knowing what a broadcast-incidentals copy is.

[136] In its decision, the Board defined incidental copies as follows:

An incidental copy is necessary or helpful to achieve an intended outcome but is not part of the outcome itself. A production-incidentals copy is made in the process of producing and distributing an audiovisual work, either before or after the master copy is made: it is a form of synchronization copy. A broadcast-incidentals copy is made to facilitate the broadcast of an audiovisual work or to preserve the work in the broadcaster's archives, while a distribution-incidentals copy is made for purposes of readying or preserving the motion picture for distribution to the public: both are forms of post-synchronization copies. [Underlining added; para. 12.]

[137] A broadcast-incidentals copy is created when the content of the master copy of the synchronized television program is fed into the broadcaster's digital content management system. This creates a high-resolution copy of the work. Once in the digital content management system, a low-resolution working copy that is not of sufficient quality to be broadcast will be used to facilitate editing the television program for such things as on-air text translations or closed captioning. A further low-resolution copy will be created for screening purposes by the programming, marketing, and communications teams. When all technical treatments of the program have been completed, another copy results from the digital file being reformatted to create

d[']une] œuvre, faits dans le seul but de faciliter la radiodiffusion de cette œuvre, constituent, s'ils sont faits sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, une violation de ses droits ». Elle a refusé d'appliquer le principe de neutralité technologique énoncé par la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association*.

### Analyse

[135] La question en l'espèce est celle de savoir si la SODRAC est habilitée à monnayer les copies accessoires de diffusion malgré le fait qu'elle n'a droit aux redevances pour aucun aspect de la diffusion. Pour répondre à la question, il faut d'abord savoir en quoi consiste une copie accessoire de diffusion.

[136] Dans sa décision, la Commission a défini les copies accessoires de la façon suivante :

La copie accessoire est nécessaire ou utile pour arriver à un résultat sans toutefois y être intégrée. La copie accessoire de production est effectuée dans le cadre de la production et de la distribution d'une œuvre audiovisuelle, avant ou après la création de la copie maîtresse : il s'agit d'une forme de copie de synchronisation. La copie accessoire de diffusion vise à faciliter la télédiffusion d'une œuvre audiovisuelle ou à la conserver dans les archives du télédiffuseur, alors que la copie accessoire de distribution a pour objet de préparer ou de conserver le film pour distribution au public : les deux sont des formes de copies de postsynchronisation. [Je souligne; par. 12.]

[137] La copie accessoire de diffusion est créée lorsque le contenu de la copie maîtresse de l'émission de télévision synchronisée est alimenté dans le système de gestion du contenu numérique du télédiffuseur. Cela crée une copie de l'œuvre en haute résolution. Lorsque le contenu de la copie maîtresse se trouve dans le système de gestion du contenu numérique, une copie de travail de faible résolution qui n'est pas suffisamment de bonne qualité pour être diffusée est utilisée pour faciliter l'édition de l'émission de télévision, comme la traduction en ondes ou le sous-titrage. Une autre copie de faible résolution est créée à des fins de projection par les équipes de programmation, de commercialisation et de communications. Lorsque tous les traitements

a broadcast file that is compatible with the CBC's broadcast server hard drives. Additional copies of the broadcast file are made when the file is copied as needed from the digital tape library to the broadcast server hard drives. While the program is being aired, a further copy is made as the aired program is recorded in real time in order to comply with CRTC regulatory requirements: see *Television Broadcasting Regulations, 1987, SOR/87-49, s. 10(5)*. The initial high-resolution copy of the program, as well as the low-resolution working copies, and the reformatted broadcast file, are all broadcast-incidental copies made for the sole purpose of facilitating the broadcasting of the audiovisual program.

[138] The broadcast-incidental copies described above are strictly technical in nature in that they are created solely for purposes integral to the process of broadcasting television programs, and are not sold or made available to the public, or used for any independent revenue-generating purpose.

[139] Broadcast-incidental copies are created in order to achieve the central activity of broadcasting by providing the technical modalities to achieve the broadcast and to comply with regulatory requirements. In the context of copyright law, their creation cannot be seen as distinct from the central activity of broadcasting without violating the principle of technological neutrality.

[140] This appeal concerns the scope of the reproduction right set out in ss. 3(1) and 3(1)(d) of the *Copyright Act*, which state:

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

techniques de l'émission sont terminés, une autre copie est créée lorsque le fichier numérique est reformaté pour créer un fichier de diffusion compatible avec les disques durs du serveur de diffusion de la SRC. Des copies supplémentaires du fichier de diffusion sont effectuées lorsque le fichier est copié au besoin à partir de la bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique vers les disques durs du serveur de diffusion. Pendant que l'émission est diffusée, une autre copie est créée puisque l'émission diffusée est enregistrée en temps réel afin de respecter les exigences réglementaires du CRTC : voir *Règlement de 1987 sur la télédiffusion, DORS/87-49, par. 10(5)*. La copie initiale en haute résolution de l'émission et les copies de travail en faible résolution ainsi que le dossier de diffusion reformaté sont tous des copies accessoires de diffusion créées dans le seul but de faciliter la diffusion de l'émission audiovisuelle.

[138] Les copies accessoires de diffusion décrites plus haut sont de nature purement technique, en ce qu'elles sont créées uniquement parce qu'elles font partie intégrante du processus de diffusion des émissions de télévision, et elles ne sont ni vendues au public, ni mises à sa disposition, ni utilisées pour générer des revenus indépendants.

[139] Les copies accessoires de diffusion sont créées pour réaliser l'activité centrale de diffusion en fournissant les modalités techniques pour permettre la diffusion et pour respecter les exigences réglementaires. En matière de droit d'auteur, leur création ne peut être perçue comme distincte de l'activité centrale de diffusion sans qu'il soit porté atteinte au principe de neutralité technologique.

[140] Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à se pencher sur la portée du droit de reproduction visé au par. 3(1) et à l'al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui disposent que :

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

(d) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,

[141] The introductory paragraph of s. 3(1) articulates three distinct rights held in protected works: the right to produce or reproduce (the reproduction right); the right to perform, which includes broadcasting rights; and the right to publish. The enumerated rights listed in s. 3(1)(a)-(j) are illustrative of these three fundamental rights: *Entertainment Software Association*, at para. 42.

[142] As this Court observed in *Entertainment Software Association*, Parliament has distinguished between the rights of reproduction and those of performance/broadcasting. This distinction is drawn because a performance is, by its nature, fleeting and impermanent, whereas a reproduction creates a durable copy which takes on a life of its own: *Entertainment Software Association*, at para. 35. The acts of performing/broadcasting and those of reproducing a work engage two distinct interests for copyright holders. That is why distinct collective societies administer these rights: *Entertainment Software Association*, at para. 38.

[143] It is not disputed that the broadcasting activities carried out by the CBC fall within the broadcasting/performance right. The question in this appeal is whether the technical means employed by the CBC to achieve the broadcasting activity also fall within the scope of the reproduction right.

[144] A reasonable interpretation of the scope of the reproduction right must therefore consider the wording of ss. 3(1) and 3(1)(d) in the context of the overarching purpose of the *Copyright Act* and the central principle of technological neutrality.

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

[141] L'introduction du par. 3(1) énumère trois droits distincts dont sont assorties les œuvres protégées : le droit de produire ou de reproduire (le droit de reproduction), le droit d'exécuter ou de représenter l'œuvre, ce qui inclut les droits de diffusion, et le droit de publier l'œuvre. Les droits dont la liste figure aux al. 3(1)a) à 3(1)j) sont des exemples de ces trois droits fondamentaux : *Entertainment Software Association*, par. 42.

[142] Comme la Cour l'a fait remarquer dans *Entertainment Software Association*, le législateur a établi une distinction entre les droits de reproduction, d'une part, et les droits d'exécution/de diffusion, d'autre part. Cette distinction est établie parce qu'une exécution est, de par sa nature même, fugace et passagère, tandis que la reproduction crée une copie durable qui acquiert une sorte d'autonomie : *Entertainment Software Association*, par. 35. L'exécution/la diffusion d'une œuvre, d'une part, et sa reproduction, d'autre part, mettent en cause deux droits distincts dont jouissent les titulaires du droit d'auteur. C'est pourquoi deux sociétés de gestion collective administrent ces droits : *Entertainment Software Association*, par. 38.

[143] Personne ne conteste que les activités de diffusion menées par la SRC sont visées par les droits d'exécution/de diffusion. La question qu'il nous revient de trancher dans le présent appel est celle de savoir si le moyen technique utilisé par la SRC pour mener à bien son activité de diffusion est également visé par le droit de reproduction.

[144] Une interprétation raisonnable de la portée du droit de reproduction doit donc tenir compte des libellés du par. 3(1) et de l'al. 3(1)d) dans le contexte de l'objet prépondérant de la *Loi sur le droit d'auteur* et du principe central de neutralité technologique.

[145] The *Copyright Act* strikes a careful balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of creative works and obtaining a just reward for creators: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 30. To tilt the balance too far towards protection of creators' rights would undermine the right of users to access and work with creative materials. To tilt it too far towards access, on the other hand, would fail to provide a just reward to creators, leading authors and their supporters to under-invest in producing and distributing their works. At both ends of the spectrum, the public loses some of the benefit of creative works: David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 60; *Théberge*, at para. 31.

[146] As this Court has consistently recognized, maintaining the balance that best supports the public interest in creative works is the central purpose of the *Copyright Act*: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN v. CAIP*), at paras. 40-41; *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, at paras. 69-70; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 20, at paras. 76-84; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, [2012] 2 S.C.R. 326 (*SOCAN v. Bell*), at paras. 8-11; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 S.C.R. 345, at para. 19; *Entertainment Software Association*, at paras. 7-8, per Abella and Moldaver JJ., for the majority, and paras. 47 and 123-25, per Rothstein J., dissenting; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 283 (*Rogers v. SOCAN*), at para. 40; *Cinar Corporation v. Robinson*, [2013] 3 S.C.R. 1168, at paras. 23 and 28.

[147] The question in this case, once again, is how to preserve this balance in the face of new

[145] La *Loi sur le droit d'auteur* établit un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres créatives et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30. Faire résolument pencher la balance au profit de la protection des droits des créateurs minerait le droit des utilisateurs à avoir accès au matériel créatif et à travailler avec celui-ci. Faire résolument pencher la balance au profit de l'accès au matériel, en revanche, ne permettrait pas de fournir une juste récompense aux créateurs, de telle sorte que les auteurs et leurs collaborateurs sous-investiraient dans la production et la distribution de leurs œuvres. Aux deux extrémités du spectre, le public perd certains avantages relativement aux œuvres créatives : David Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2<sup>e</sup> éd. 2011), p. 60; *Théberge*, par. 31.

[146] Comme l'a systématiquement reconnu la Cour, maintenir l'équilibre qui favorise le mieux l'intérêt du public quant aux œuvres créatives est l'objet principal de la *Loi sur le droit d'auteur* : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN c. ACFI*), par. 40-41; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 69-70; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 20, par. 76-84; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, [2012] 2 R.C.S. 326 (*SOCAN c. Bell*), par. 8-11; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 R.C.S. 345, par. 19; *Entertainment Software Association*, par. 7-8 des motifs des juges Abella et Moldaver pour la majorité et par. 47 et 123-125 des motifs du juge Rothstein, dissident; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers c. SOCAN*), par. 40; *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 23 et 28.

[147] Encore une fois, il faut se demander en l'espèce comment préserver cet équilibre face aux

technologies that are transforming the mechanisms through which creative works are produced, reproduced and distributed. Francis Gurry, the Director General of the World Intellectual Property Organization, explained the challenge to copyright policy posed by new technologies as follows:

Underlying this process of change is a fundamental question for society. It is the central question of copyright policy. How can society make cultural works available to the widest possible public at affordable prices while, at the same time, assuring a dignified economic existence to creators and performers and the business associates that help them to navigate the economic system? It is a question that implies a series of balances: between availability, on the one hand, and control of the distribution of works as a means of extracting value, on the other hand; between consumers and producers; between the interests of society and those of the individual creator; and between the short-term gratification of immediate consumption and the long-term process of providing economic incentives that reward creativity and foster a dynamic culture.

(“The Future of Copyright”, speech delivered at the Blue Sky Conference: Future Directions in Copyright Law, February 25, 2011 (online).)

[148] The answer to this challenge, in my view, lies in applying a robust vision of technological neutrality as a core principle of statutory interpretation under the *Copyright Act*, drawing particularly on this Court’s decision in *Entertainment Software Association*.

[149] Such an approach finds its statutory origin in s. 3(1) of the *Copyright Act*, which provides that copyright includes the “sole right to produce or reproduce” a work or a substantial part of a work “in any material form whatever”: see *Entertainment Software Association*, at para. 5. Parliament has further signalled its support in the summary of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, which states that the amendments to the *Act* were intended to “ensure that it *remains* technologically neutral”. These words signal Parliament’s intention

nouvelles technologies qui transforment les mécanismes de production, de reproduction et de distribution des œuvres créatives. Francis Gurry, le directeur général de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, a expliqué le défi que posent les nouvelles technologies au regard de la politique en matière de droit d’auteur :

Une question fondamentale pour la société sous-tend ce processus de changement : il s’agit de la politique en matière de droit d’auteur. Comment la société peut-elle mettre les œuvres culturelles à disposition d’un public le plus large possible à des prix abordables tout en assurant des moyens de subsistance dignes aux créateurs, aux artistes et aux partenaires commerciaux qui les aident à naviguer dans le système économique? Pour répondre à cette question, plusieurs équilibres doivent être maintenus : entre la diffusion et le contrôle de la distribution des œuvres comme moyen d’en extraire de la valeur; entre les consommateurs et les producteurs; entre les intérêts de la société et ceux du créateur; et entre la satisfaction à court terme que procure la consommation immédiate et le processus à long terme qui consiste à mettre en place des mesures d’incitation économiques récompensant la créativité et favorisant le dynamisme culturel.

(« L’avenir du droit d’auteur », discours prononcé à la Blue Sky Conference : Future Directions in Copyright Law, 25 février 2011 (en ligne).)

[148] La réponse à ce défi, à mon sens, repose sur l’application d’une vision solide de la neutralité technologique en tant que principe central de l’interprétation législative de la *Loi sur le droit d’auteur*, en s’inspirant surtout de l’arrêt *Entertainment Software Association* de la Cour.

[149] Cette approche trouve son origine législative au par. 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* qui prévoit que le droit d’auteur comprend le « droit exclusif de produire ou reproduire » la totalité ou une partie importante de l’œuvre, « sous une forme matérielle quelconque » : voir *Entertainment Software Association*, par. 5. Le législateur a également donné son appui à cette approche dans le sommaire de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, c. 20, qui prévoit que les modifications à la *Loi* visaient à « éliminer la spécificité technologique [de ses]

that the *Act* must adapt and apply to new technologies in a manner that maintains the careful balance between creators and users that underpins the *Act* as a whole.

[150] As an interpretive principle, technological neutrality prizes substance over form by applying the *Copyright Act* so that it “operates consistently, regardless of the form of the media involved, or its technological sophistication”: *SOCAN v. Bell*, at para. 43. It arises in two different forms.

[151] The first is the principle of media neutrality, which aims to ensure that copyright doctrine evolves to embrace new technologies. The basic premise of this principle is that “copyright subsists not only in the medium in which the work is created but all existing and future media in which the work might be expressed”: Cameron J. Hutchison, “Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC*” (2015), 13 *C.J.L.T.* 101, at p. 110. As long as the creative expression survives the transfer to a new medium, copyright in the work will survive. Media neutrality is not, however, restricted to protecting creators’ rights across new media; it can operate to protect the rights of users of copyrighted material across new media as well. As this Court observed in *Robertson*:

Media neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Copyright Act* which describes a right to produce or reproduce a work “in any material form whatever”. Media neutrality means that the *Copyright Act* should continue to apply in different media, including more technologically advanced ones. . . . Media neutrality is not a licence to override the rights of others — it exists to protect the rights of authors and others as technology evolves. [Emphasis added; para. 49.]

dispositions ». Ces termes montrent le souhait du législateur que la *Loi* s’adapte et s’applique aux nouvelles technologies de façon à maintenir le juste équilibre entre les créateurs et les utilisateurs qui la sous-tend dans son ensemble.

[150] En tant que principe d’interprétation, la neutralité technologique attache plus de valeur au fond qu’à la forme en appliquant la *Loi sur le droit d’auteur* de manière uniforme, « peu importe le support ou son degré d’avancement technologique » : *SOCAN c. Bell*, par. 43. La neutralité technologique se présente sous deux formes différentes.

[151] La première est le principe de neutralité du support, qui vise à assurer que la doctrine du droit d’auteur évolue de façon à incorporer les nouvelles technologies. Selon la prémisse fondamentale de ce principe, [TRADUCTION] « le droit d’auteur subsiste non seulement sur le support sur lequel l’œuvre est créée, mais sur tous les supports actuels et futurs sur lesquels l’œuvre pourrait être exprimée » : Cameron J. Hutchison, « Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC* » (2015), 13 *C.J.L.T.* 101, p. 110. Dans la mesure où l’expression créative survit au transfert sur un nouveau support, le droit d’auteur rattaché à l’œuvre survivra. La neutralité du support n’est toutefois pas restreinte à la protection des droits des créateurs quant à l’ensemble des nouveaux supports; elle peut aussi protéger les droits des utilisateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur quant à l’ensemble des nouveaux supports également. Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Robertson* :

Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* reflète le principe de neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d’auteur* continue de s’appliquer malgré l’usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d’une technologie plus avancée. [ . . . ] Le principe de la neutralité du support ne permet pas d’écarter les droits des auteurs — il a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue. [Je souligne; par. 49.]

[152] The second is the principle of functional equivalence, which asks courts to focus on *what* the technology at issue is doing, rather than on the technical modalities of *how* it is doing it when interpreting the rights and exceptions set out in the *Copyright Act*: Cameron J. Hutchison, “Case Comment: The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality” (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589, at p. 590. This principle guides courts to interpretations of the *Act* that afford functionally equivalent technologies similar treatment, without getting caught up in the modalities through which the work is delivered: Carys J. Craig, “Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271, at p. 275. It also implies that, “where there is no clear and pre-existing functional equivalent, courts should avoid emphasizing the details of particular technological systems and instead interpret copyright’s core concepts in a manner applicable across technologies”: Craig, at p. 275; see also Deborah Tussey, “Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies” (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427; Gregory R. Hagen, “Technological Neutrality in Canadian Copyright Law”, in *The Copyright Pentology*, 307, at p. 317.

[153] A functional approach to technological neutrality “seeks to avoid imposing copyright liability on technologies and activities that, while theoretically capable of being included under the *Act*, only incidentally implicate copyright”: Hutchison (2015), at p. 113; see also Craig. “[S]ubstance”, in other words, “trumps form”: Hutchison (2015), at p. 111; see also *SOCAN v. CAIP*. Or, as Maria A. Pallante, the Director of the U.S. Copyright Office has observed, “new technologies have made it increasingly apparent that not all reproductions are equal in the digital age. Some copies are merely incidental to an intended primary use of a work, including where primary uses are licensed, and these incidental copies should not necessarily be treated

[152] La deuxième est le principe de l'équivalence fonctionnelle, qui exige que les tribunaux se concentrent sur la *fonction* de la technologie en cause plutôt que sur les modalités techniques de son *fonctionnement* lorsqu'ils interprètent les droits et les exceptions établis par la *Loi sur le droit d'auteur* : Cameron J. Hutchison, « Case Comment : The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589, p. 590. Ce principe oriente les tribunaux vers une interprétation de la *Loi* qui traite les technologies fonctionnellement équivalentes de façon similaire, sans s'embourber dans les modalités selon lesquelles l'œuvre est livrée : Carys J. Craig, « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », dans Michael Geist, dir., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271, p. 275. Le principe suppose également que, [TRADUCTION] « lorsqu'il n'existe aucun équivalent fonctionnel clair et préexistant, les tribunaux devraient éviter de mettre l'accent sur les détails de systèmes technologiques en particulier et plutôt interpréter les concepts fondamentaux du droit d'auteur d'une manière applicable à l'ensemble des technologies » : Craig, p. 275; voir également, Deborah Tussey, « Technology Matters : The Courts, Media Neutrality, and New Technologies » (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427; Gregory R. Hagen, « Technological Neutrality in Canadian Copyright Law », dans *The Copyright Pentology*, 307, p. 317.

[153] L'interprétation fonctionnelle de la neutralité technologique [TRADUCTION] « vise à éviter de rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur aux technologies et aux activités qui, bien qu'elles puissent en théorie être visées par la *Loi*, ne font intervenir le droit d'auteur que de façon accessoire » : Hutchison (2015), p. 113; voir également Craig. Autrement dit, « le fond » surpasse « la forme » : Hutchison (2015), p. 111; voir également *SOCAN c. ACFI*. Ou, comme Maria A. Pallante, la directrice du Bureau du droit d'auteur aux É.-U., l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « les nouvelles technologies démontrent de plus en plus clairement que les reproductions ne sont pas toutes équivalentes à l'ère numérique. Certaines copies sont simplement

as infringing”: “The Next Great Copyright Act” (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315, at p. 325.

[154] This aspect of technological neutrality finds expression in a number of this Court’s recent rulings. In *SOCAN v. CAIP*, for example, the Court considered whether the practice of caching copies prevented Internet service providers from finding the protection of s. 2.4 of the *Copyright Act*, which insulates from liability those who provide *only* the means of telecommunication “necessary for another person to so communicate the work”. The Court concluded that Internet service providers were shielded by s. 2.4, even though their transmissions resulted in the creation of cache copies. As Professor Hutchison summarizes in his 2015 article,

... the practice of caching was an innovation that helped promote the dissemination of works (one of the goals of copyright law) without interfering with the legitimate entitlements of copyright owners. Incidental copies, in other words, were determined to lie outside the reproduction right as the interests of technological economy and efficiency trumped the making of mere technical copies that were imperceptible to an end user. [Footnote omitted; p. 114.]

[155] Similarly, in *Entertainment Software Association*, this Court addressed the meaning of the communication right set out in s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* and concluded that a separate communication tariff should not apply to downloaded copies of musical works. Because it gives rise to a durable digital copy, the downloading process is, at its core, an exercise of the reproduction right. Simply because the copy arrived by way of Internet-based delivery did not mean it was a communication under the *Act*. The central activity was the focus of the legal analysis, not the incidental technological process by which it took place.

accessoires à l’utilisation première prévue d’une œuvre, y compris lorsque les utilisations premières sont visées par une licence, et ces copies accessoires ne devraient pas être nécessairement traitées comme si elles étaient contrefaisantes » : « The Next Great Copyright Act » (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315, p. 325.

[154] Cet aspect de la neutralité technologique trouve son expression dans bon nombre de décisions récentes de la Cour. Dans l’arrêt *SOCAN c. ACPI*, par exemple, la Cour a examiné si la pratique de mise en antémémoire empêchait les fournisseurs de services Internet de bénéficier de la protection de l’art. 2.4 de la *Loi sur le droit d’auteur*, lequel protège ceux qui fournissent *seulement* le moyen de télécommunication « nécessair[e] pour que [le tiers] [. . .] effectue [la communication de l’œuvre] ». La Cour a conclu que les fournisseurs de services Internet étaient protégés par l’art. 2.4, même si leurs transmissions donnaient lieu à la création d’antémémoires. Comme l’a résumé le professeur Hutchison dans son article de 2015 :

[TRADUCTION] . . . la pratique de la mise en antémémoire est une innovation qui a aidé à promouvoir la diffusion des œuvres (un des objectifs du droit d’auteur) sans faire obstacle aux droits légitimes des titulaires d’un droit d’auteur. Autrement dit, il a été jugé que les copies accessoires ne relèvent pas du droit de reproduction puisque les intérêts de l’économie et de l’efficacité technologiques surpassent la production de simples copies techniques qui sont imperceptibles pour l’utilisateur ultime. [Note de bas de page omise; p. 114.]

[155] De même, dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, la Cour s’est penchée sur le sens du droit de communication énoncé à l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* et a conclu qu’un tarif distinct ne devrait pas s’appliquer à des copies téléchargées pour la communication d’œuvres musicales. Puisqu’il engendre la création d’une copie numérique durable, le processus de téléchargement est essentiellement un exercice du droit de reproduction. Le simple fait que la copie soit livrée par Internet ne signifie pas qu’il s’agit d’une communication au sens où il faut l’entendre pour l’application de la *Loi*. L’activité centrale était l’élément principal de l’analyse juridique, et non le processus technologique accessoire par lequel elle a eu lieu.

[156] Finally, in *Rogers v. SOCAN*, the Court addressed whether music streamed via the Internet to individual users constituted a communication “to the public” under s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*. In concluding that it did, Rothstein J. observed that the “true character of the communication activity” and not its technicalities were crucial to properly interpreting the meaning of “to the public”: para. 30. Copyright protection should not depend “merely on the business model that the alleged infringer chooses to adopt rather than the underlying communication activity . . . [where] the end result is the same”: para. 40.

[157] Together, these principles — media neutrality and functional equivalence — work to protect the fine balance between users and creators, between access and reward, enshrined in the *Copyright Act*. As Professor Tussey observes, “To the extent that the copyright balance of incentives and access has been appropriately set for a pre-existing technology, similar treatment of functional equivalents should maintain that balance”: p. 479. The analysis of whether copyright attaches to a particular activity should therefore focus on the essential nature of the activity or output, rather than the process by which it occurs.

[158] That is precisely why the cached copies at issue in *SOCAN v. CAIP*, copies that were created as a result of the activities of the Internet service providers, did not bring the providers beyond the exception from liability for persons who provide *only* the means of telecommunication necessary for another person to communicate a work. The central activity of the providers was providing a conduit for communication, and the cached copies were created solely for the purpose of delivering faster and more economic service to internet users.

[159] And it is why in *Rogers v. SOCAN*, although a temporary copy of the music file is transmitted to the user’s hard drive as part of the process of streaming music online, the Court treated the

[156] Enfin, dans l’arrêt *Rogers c. SOCAN*, la Cour a examiné si la musique offerte en continu sur Internet à des utilisateurs individuels constituait une communication « au public » visée à l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*. En concluant par l’affirmative, le juge Rothstein a fait observer que « la nature véritable de la communication » et non ses détails techniques était cruciale pour bien interpréter le sens de l’expression « au public » : par. 30. La protection du droit d’auteur ne devrait pas être entièrement tributaire « du modèle d’entreprise retenu par celui qui contreviendrait au droit d’auteur [. . .] [lorsque] le résultat est en fin de compte le même » : par. 40.

[157] Ensemble, ces principes — la neutralité du support et l’équivalence fonctionnelle — ont pour effet de protéger le juste équilibre ancré dans la *Loi sur le droit d’auteur* entre les utilisateurs et les créateurs, ainsi qu’entre l’accès et la récompense. Comme la professeure Tussey l’a fait remarquer, [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où l’équilibre en matière de droit d’auteur entre les incitatifs et l’accès a été bien établi pour une technologie qui existe déjà, le fait de traiter les équivalents fonctionnels de façon similaire devrait maintenir cet équilibre » : p. 479. L’analyse de la question de savoir si une activité donnée est assujettie à un droit d’auteur devrait donc être axée sur la nature essentielle de l’activité ou de son résultat plutôt que sur le processus par lequel elle survient.

[158] C’est précisément pourquoi les antémémoires en cause dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, créées par suite des activités des fournisseurs de services Internet, n’ont pas élevé les fournisseurs au-delà de la protection pour les personnes qui fournissent *seulement* le moyen de télécommunication nécessaire pour que le tiers effectue la communication de l’œuvre. L’activité centrale des fournisseurs était de fournir un agent de communication, et les antémémoires ont été créées dans le seul but d’offrir un service plus rapide et plus économique aux utilisateurs d’Internet.

[159] C’est aussi pourquoi dans l’arrêt *Rogers c. SOCAN*, bien qu’une copie temporaire du fichier de musique soit transmise sur le disque dur de l’utilisateur dans le cadre du processus de transmission en

process of streaming as an exercise of the telecommunications right, not as a separate exercise of the reproduction right. Those temporary copies were considered to form a technical part of the streaming process, and did not transform the central activity of communicating the work by telecommunication.

[160] And finally, it is why in *Entertainment Software Association*, where SOCAN wanted to charge royalties for copies of video games sold and delivered over the Internet despite being unable to charge royalties for copies of video games sold in a store or shipped by mail, this Court held that traditional and more technologically advanced forms of the same activity should be treated equally under the *Copyright Act*:

The principle of technological neutrality requires that, absent evidence of Parliamentary intent to the contrary, we interpret the *Copyright Act* in a way that avoids 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 would effectively impose a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies. [Emphasis in original; para. 9.]

[161] Similarly, in this case, SODRAC is attempting to claim royalties for the *method* of broadcasting the musical works to the public, despite never before receiving royalties for broadcasting activities.

[162] Technological neutrality — and specifically, the principle of functional equivalence — is a crucial part of any reasonable interpretation of the application of the reproduction right to broadcast-incident copies.

[163] The CBC argued that SODRAC's attempt to monetize broadcast-incident copies "represents a subversion of the purpose of the *Copyright Act* in an attempt to generate economic rents through a layered licensing scheme".

continu de musique en ligne, la Cour a traité le processus de transmission en continu comme un exercice du droit de télécommunication, et non comme un exercice distinct du droit de reproduction. Ces copies temporaires étaient considérées comme une partie technique du processus de transmission en continu et ne transformaient pas l'activité centrale de communiquer l'œuvre par télécommunication.

[160] Enfin, c'est pourquoi dans l'arrêt *Entertainment Software Association* — où la SOCAN voulait percevoir des redevances pour les exemplaires de jeux vidéo vendus et livrés sur Internet alors qu'elle ne peut percevoir de redevances pour les exemplaires de jeux vidéo vendus dans un magasin ou livrés par courrier — la Cour a conclu que les supports traditionnels et les supports plus avancés sur le plan technologique d'une même activité devraient être traités uniformément en application de la *Loi sur le droit d'auteur* :

Le principe de neutralité technologique veut que, sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétions la *Loi sur le droit d'auteur* 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. Toute autre interprétation imposerait en fait un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces. [En italique dans l'original; par. 9.]

[161] De même, en l'espèce, la SODRAC tente de percevoir des redevances sur le *mode* de diffusion des œuvres musicales au public, en dépit du fait qu'elle n'ait jamais reçu auparavant de redevances pour des activités de diffusion.

[162] La neutralité technologique — et, plus particulièrement, le principe de l'équivalence fonctionnelle — est une composante cruciale de toute interprétation raisonnable de l'application du droit de reproduction aux copies accessoires de diffusion.

[163] La SRC a fait valoir que la tentative de la SODRAC de monnayer les copies accessoires de diffusion [TRADUCTION] « représente une subversion de l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* en tentant de générer des rentes économiques au moyen d'un régime de licences aux couches multiples ».

[164] I agree. The principle of technological neutrality requires that the interpretation and application of the *Copyright Act* focus on the essential character of the activity and not the technical modalities by which it is achieved. The essential character of the *broadcasting* activity does not change with the adoption of modern digital technologies that are dependent on the creation of incidental copies in order to accomplish the activity. Each broadcast-incidental copy is not a separate reproduction of the work under the *Act* simply because the technical imperatives of effecting a broadcast require the presence of multiple copies. They do not, as a result, attract separate royalties. To conclude otherwise is to doom both technological neutrality and the ability of copyright law to preserve the delicate balance between the rights of copyright holders and the public's interest in the dissemination of creative works.

[165] Traditionally, broadcasting was subject only to communication fees. The Board's decision to impose royalties on the CBC for the creation of copies made incidental to the activity of broadcasting amounts to finding that broadcasting in the digital era, as opposed to the pre-digital era, should be subject to two fees for the same activity. As this Court observed in *Entertainment Software Association*, this result harms both end users of the works and copyright owners:

When a single economic activity implicates more than one type of right and each type is administered by a separate collective, the multiplicity of licences required can lead to inefficiency. . . . The result is that the total price the user has to pay for all complements is too high . . . .

. . . .

. . . the fragmentation of licences required for single activities among several monopolist-collectives generates inefficiencies, from which copyright owners as a whole also suffer . . . .

(Para. 11, quoting Ariel Katz, "Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified

[164] Je suis d'accord. Le principe de neutralité technologique exige que l'interprétation et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* soient centrées sur le caractère essentiel de l'activité, et non sur les modalités techniques grâce auxquelles elle est réalisée. Le caractère essentiel du processus de *diffusion* ne change pas parce que des technologies numériques modernes dépendantes de la création de copies accessoires sont adoptées pour réaliser l'activité. Chaque copie accessoire de diffusion ne constitue pas une reproduction distincte de l'œuvre visée par la *Loi* simplement parce que les impératifs techniques de la diffusion exigent la création de multiples copies. Par conséquent, elles ne donnent pas droit à des redevances distinctes. Conclure autrement reviendrait à condamner tant la neutralité technologique que la capacité du droit d'auteur à préserver l'équilibre délicat établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et l'intérêt du public à ce que les œuvres créatives soient diffusées.

[165] Traditionnellement, la diffusion était uniquement assujettie aux frais de communication. La décision de la Commission d'imposer des redevances à la SRC pour la création de copies effectuées accessoirement à la diffusion revient à conclure que la diffusion à l'ère numérique, par opposition à l'ère prénumérique, devrait être assujettie à deux types de frais pour la même activité. Comme l'a fait observer la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association*, ce résultat est préjudiciable à la fois aux utilisateurs et aux titulaires du droit d'auteur :

[TRADUCTION] Lorsque, à elle seule, une activité économique emporte l'application de plus d'un type de droit, chacun étant géré par une société de gestion collective distincte, la multiplicité des licences nécessaires peut entraîner une inefficacité. [. . .] Dès lors, le prix que doit verser l'utilisateur au total est trop élevé . . . .

. . . .

. . . l'octroi par plusieurs monopoles de gestion collective des licences nécessaires à l'exercice d'une seule activité crée des inefficiences dont souffre également la collectivité des titulaires du droit d'auteur . . . .

(Par. 11, citant Ariel Katz, « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by

by the Economic Literature?», in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, at pp. 461-63.)

[166] Most pertinently, the Federal Court of Appeal was wrong to suggest that “more copies mean more value and thus, more royalties”. This, with respect, violates technological neutrality not only by imposing additional copyright liability on the use of more efficient copy-dependent broadcasting technologies which are functionally equivalent to traditional broadcasting systems, but also by erroneously tying the compensation owed to creators of copyrighted works to how efficiently the user of those works exercises the right that was bargained for.

[167] Moreover, broadcasters are required to make certain broadcast-incidental copies in order to comply with CRTC regulations, such as to keep a record of exactly what was broadcast in the event of a public complaint or inquiry. Giving creators of broadcasted works additional copyright compensation because the CBC, in order to have the right to broadcast, is required to create incidental copies of the works for regulatory compliance purposes, gives creators compensation for something they are not entitled to under the *Act*.

[168] It is, in fact, difficult to see how the creation of broadcast-incidental copies implicates the legitimate reproduction interests of the creators of the works in any way. These copies are, to borrow the language of *Entertainment Software Association*, merely technological taxis required for the delivery of the digital broadcast process. They are not recordings which fix a particular embodiment of the protected works, they are not delivered as durable copies to the viewer or listener, and they do not alter the degree of control that the composer once had over how the work will be presented to the public.

the Economic Literature? », dans Marcel Boyer, Michael Trebilcock et David Vaver, dir., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, p. 461-463.)

[166] Plus particulièrement, la Cour d’appel fédérale a eu tort d’indiquer que « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances ». À mon humble avis, cette affirmation contrevient au principe de neutralité technologique non seulement en imposant des redevances supplémentaires sur l’utilisation de technologies de diffusion plus efficaces qui dépendent de la création de copies et qui sont fonctionnellement équivalentes aux systèmes de diffusion traditionnels, mais aussi en liant erronément la rémunération des créateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur à l’efficacité avec laquelle l’utilisateur de ces œuvres exerce le droit qui lui a été accordé.

[167] Qui plus est, les diffuseurs sont tenus d’effectuer certaines copies accessoires de diffusion afin de respecter la réglementation du CRTC. Ils doivent notamment tenir un registre de tout ce qui a été diffusé au cas où il y aurait une plainte du public ou une enquête. Donner aux créateurs d’œuvres diffusées une rémunération supplémentaire parce que la SRC, pour avoir le droit de diffuser, est tenue de créer des copies accessoires des œuvres afin de respecter le règlement, revient à donner aux créateurs une rémunération pour quelque chose à laquelle ils n’ont pas droit aux termes de la *Loi*.

[168] En fait, il est difficile de voir comment la création de copies accessoires de diffusion fait intervenir les droits légitimes de reproduction des créateurs de l’œuvre d’une quelconque façon. Ces copies sont, pour reprendre les mots de la Cour dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, simplement un taxi technologique assurant la livraison du processus de diffusion numérique. Elles ne sont pas des enregistrements qui constituent une incarnation précise des œuvres protégées, elles ne sont pas livrées au téléspectateur ou à l’auditeur comme des copies durables et elles ne modifient aucunement le degré de contrôle que le compositeur exerçait auparavant sur la façon dont l’œuvre est présentée au public.

[169] Excluding broadcast-incidentals from the scope of the reproduction right under s. 3(1)(d) of the *Copyright Act* does nothing to prejudice the legitimate interests of copyright holders. Virtually all of the composers represented by SODRAC for the administration of reproduction rights in their works are also represented by SOCAN for the administration of communication rights. It is hard to see how the purposes of the *Copyright Act* are advanced by permitting the creators of musical works to bargain at one table for royalties in exchange for the right to broadcast their works, and then at another table for additional royalties for the technical modalities by which that same right is exercised.

[170] That is why I have difficulty accepting Rothstein J.'s analysis. The result of his approach is to penalize broadcasters for implementing advancements in broadcasting technologies by creating artificial entitlements to compensation under the *Copyright Act* for incidental activities that were never intended to be covered by the *Act*. He begins his discussion of the scope of the reproduction right under s. 3(1)(d) with an acknowledgment that this Court's understanding of the purpose of the *Copyright Act* has evolved from the author-centric view articulated in *Bishop* to that of maintaining the proper balance between the rights of creators and the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect. This balance involves not only "recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature": *Théberge*, at para. 31. He also acknowledges the role that the principle of technological neutrality, as set out most recently by this Court in *Entertainment Software Association*, plays in maintaining that balance. To this extent, I agree with his reasons. What I cannot agree with, however, is his finding that these fundamental principles of copyright law have been ousted in this case by the language of the *Copyright Act*. In so finding, he employs a literal approach to the interpretation of s. 3(1)(d), reading the words of the provision without the benefit of the

[169] Le fait d'exclure les copies accessoires de diffusion de la portée du droit de reproduction prévu à l'al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne porte pas préjudice aux intérêts légitimes des titulaires d'un droit d'auteur. Pratiquement tous les compositeurs représentés par la SODRAC pour l'administration des droits de reproduction de leurs œuvres sont également représentés par la SOCAN pour l'administration des droits de communication. Il est difficile de voir comment les objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur* sont réalisés en permettant aux créateurs d'œuvres musicales de négocier à une table pour obtenir des redevances en échange du droit de diffuser leurs œuvres, et ensuite à une autre table pour obtenir des redevances supplémentaires pour les modalités techniques selon lesquelles ce même droit est exercé.

[170] C'est pourquoi j'ai de la difficulté à accepter l'analyse du juge Rothstein. Son point de vue a pour effet de pénaliser les diffuseurs qui mettent en œuvre des technologies de diffusion innovantes en créant des droits artificiels à une rémunération en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* pour des activités accessoires qui n'ont jamais été censées être visées par cette dernière. Le juge Rothstein commence sa discussion sur la portée du droit de reproduction visé par l'al. 3(1)d) en reconnaissant que la façon dont la Cour interprète l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* a évolué depuis la conception centrée sur l'auteur de l'œuvre formulée dans l'arrêt *Bishop* jusqu'à celle du maintien du juste équilibre entre les droits des créateurs et la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles. Cet équilibre est atteint non seulement « en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits » : *Théberge*, par. 31. Mon collègue reconnaît également le rôle que joue le principe de neutralité technologique tel qu'il a été énoncé plus récemment par la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association* dans le maintien de cet équilibre. Dans cette mesure, je souscris à ses motifs. Toutefois, je ne puis souscrire à sa conclusion selon laquelle ces principes fondamentaux du droit en

purpose and context of the *Act* to ascertain its true meaning.

[171] He points to ss. 30.8 and 30.9 of the *Copyright Act*, which create finely calibrated and limited exceptions for certain kinds of ephemeral recordings, as evidence of Parliament's intention that broadcast-incidental copies engage the reproduction right. His argument is that, by virtue of creating these limited exceptions to the reproduction right, Parliament was confirming that all *other* ephemeral and incidental copies were protected under s. 3(1)(d) of the *Act*. Since the broadcast-incidental copies at issue in this case are not among the specific enumerated exceptions, Rothstein J. accepts SODRAC's argument that they necessarily engage the reproduction right set out in s. 3(1)(d).

[172] There is a much more plausible explanation for these narrow exceptions that better accords with the overarching purposes of the *Copyright Act*. As SODRAC acknowledges, these amendments were a legislative response to the Court's 1990 decision in *Bishop*. In *Bishop*, the Court was asked to determine whether the licensing of a performance right — the right to broadcast a musical work — implicitly authorized ephemeral recordings of a performance of the work for the purposes of effecting the broadcast. The composer claimed that the pre-recorded tape of the performance implicated the reproduction right. The defendant did not deny that such a copy was made, but argued that it was "ephemeral" and, as such, should not attract copyright liability. Applying a literal interpretation of s. 3(1)(d) to conclude that the ephemeral recording engaged the composer's reproduction rights, this Court held that a separate reproduction licence was required.

matière de droit d'auteur ont été écartés en l'espèce par le libellé de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour arriver à cette conclusion, il interprète littéralement l'al. 3(1)d), en lisant les termes de la disposition sans tirer bénéfice de l'objet et du contexte de la *Loi* pour vérifier sa véritable signification.

[171] Le juge Rothstein attire notre attention sur les art. 30.8 et 30.9 de la *Loi sur le droit d'auteur* — qui créent des exceptions minutieusement calibrées et limitées pour certains genres d'enregistrements éphémères — afin de démontrer que le législateur souhaitait que les copies accessoires de diffusion fassent intervenir le droit de reproduction. Selon lui, en créant ces exceptions limitées au droit de reproduction, le législateur a confirmé que toutes les *autres* copies éphémères et accessoires étaient protégées par l'al. 3(1)d) de la *Loi*. Puisque les copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce ne font pas partie des exceptions précises énumérées, le juge Rothstein accepte l'argument de la SODRAC selon lequel elles font forcément intervenir le droit de reproduction énoncé à l'al. 3(1)d).

[172] Il existe une explication beaucoup plus plausible pour justifier ces exceptions restreintes, qui s'accorde mieux avec les objets généraux de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme le reconnaît la SODRAC, ces modifications ont été apportées en réponse à la décision rendue en 1990 par la Cour dans *Bishop*. Dans cet arrêt, la Cour a été appelée à déterminer si le fait de céder des droits d'exécution — le droit de diffuser une œuvre musicale — autorisait implicitement les enregistrements éphémères d'une exécution de l'œuvre dans le but de servir la diffusion. Le compositeur a fait valoir que le ruban préenregistré de son exécution faisait intervenir le droit de reproduction. La défenderesse n'a pas nié que pareille copie avait été effectuée, mais a soutenu qu'elle était « éphémère » et que, par conséquent, il ne devrait pas lui être rattaché une responsabilité pour violation du droit d'auteur. En interprétant littéralement l'al. 3(1)d) pour conclure que l'enregistrement éphémère mettait en cause les droits de reproduction du compositeur, la Cour a statué qu'une licence de reproduction distincte était nécessaire.

[173] Broadcasters sought corrective legislative intervention. The results of their efforts were ss. 30.8 and 30.9. Section 30.8 makes provision for broadcasters who have a right to broadcast a live performance, but no right to make recordings of that performance. Subject to specific conditions, it allows them to make temporary recordings of the performance for the purpose of the broadcast without obtaining a second permission from the copyright holder: Hugues G. Richard and Laurent Carrière, eds., *Canadian Copyright Act Annotated* (loose-leaf), at pp. 30.8-9 and 30.8-10. Section 30.9 offers an exception for broadcasters who have a right to broadcast a sound recording but no right to make copies of it. It allows the broadcaster to convert a pre-recorded performance from one medium to another if it is necessary for the purposes of broadcasting: Richard and Carrière, at p. 30.9-7. These exceptions are subject to specific conditions, including that the copy be made by the broadcaster itself for its own broadcast; and that it cannot be synchronized with any other work or subject matter. The parties agree that neither provision applies to the broadcast-incidental copies at issue in this case.

[174] These discrete legislative responses to a specific judicial interpretation of the *Copyright Act* should not, it seems to me, be mistaken for a Rosetta stone on the scope and meaning of the reproduction right. And they are far from the express statutory language required to displace such fundamental objectives and principles underpinning the *Copyright Act* as technological neutrality and balance. The effect of such an approach is to set a new precedent for statutory interpretation, one that is contrary to the long-accepted approach which requires that we examine the words of a statute “in their entire context”.

[175] It is more credible, it seems to me, to interpret ss. 30.8 and 30.9 as an effort to provide greater

[173] Les diffuseurs ont sollicité une intervention législative correctrice. Grâce à leurs efforts, les art. 30.8 et 30.9 ont été édictés. L'article 30.8 prévoit des dispositions pour les diffuseurs qui ont le droit de diffuser une exécution en direct, mais qui n'ont pas le droit d'effectuer des enregistrements de cette exécution. Sous réserve de conditions précises, cette disposition leur permet d'effectuer des enregistrements temporaires de la prestation pour les besoins de la diffusion sans obtenir une deuxième permission de la part du titulaire du droit d'auteur : Hugues G. Richard et Laurent Carrière, dir., *Canadian Copyright Act Annotated* (feuilles mobiles), p. 30.8-9 et 30.8-10. L'article 30.9 prévoit une exception pour les diffuseurs qui ont le droit de diffuser un enregistrement sonore, mais qui n'ont pas le droit d'en effectuer des copies. Il permet aux diffuseurs de convertir une exécution préenregistrée d'un support à un autre si cela est nécessaire pour les besoins de la diffusion : Richard et Carrière, p. 30.9-7. Ces exceptions sont assujetties à des conditions précises, y compris que la copie soit effectuée par le diffuseur même pour sa propre diffusion et qu'elle ne peut être synchronisée avec quelque autre œuvre que ce soit. Les parties conviennent que ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne s'applique aux copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce.

[174] Ces réponses législatives distinctes à une interprétation judiciaire précise de la *Loi sur le droit d'auteur* ne devraient pas, il me semble, être perçues comme une pierre de Rosette quant à la portée et à la signification du droit de reproduction. De plus, elles sont loin du libellé législatif exprès requis pour supplanter des objectifs et principes aussi fondamentaux qui sous-tendent la *Loi sur le droit d'auteur* que ceux de la neutralité technologique et de l'équilibre. Cette approche a pour effet d'établir un nouveau précédent relativement à l'interprétation législative, un précédent qui est contraire à l'approche acceptée depuis longtemps qui exige que nous examinions les termes d'une loi « dans leur contexte global ».

[175] Il me semble plus crédible d'interpréter les art. 30.8 et 30.9 comme une façon d'assurer que

certainty that certain classes of ephemeral recording are not to attract copyright liability. They were a response to a decision of this Court in order to *maintain* technological neutrality, *not* a comprehensive statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it. While ss. 30.8 and 30.9 are illustrative of the distinction between broadcasting and reproduction rights and specifically identify certain classes of copies that do not engage the reproduction right, they are, as exceptions, of limited value in interpreting the scope of the reproduction right found in s. 3(1), a provision enacted many years earlier. To find otherwise would trap Parliament in an interminable and losing game of catch-up with swift and unknown technological currents.

[176] This brings me to the effect of *Bishop* on this case. The Federal Court of Appeal concluded that the legal character of the broadcast-incidental copies at issue in this case was settled by that 1990 decision. *Bishop*, however, rests on jurisprudential foundations that have been revised by this Court's subsequent jurisprudence. For a start, *Bishop* explicitly adopts a literal approach to the interpretation of s. 3(1)(d) and the introductory paragraph to s. 3(1) of the *Copyright Act*: pp. 484-85.

[177] In the years since *Bishop* was decided, this Court has clarified that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the statute alone: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. The purposes of the *Copyright Act* — including the pre-eminent principle of technological neutrality, and the goal of maintaining the balance between users and copyright holders — have therefore taken on enhanced prominence in the interpretive exercise. These purposes lead us away from approaching the “reproduction right” as capturing every technical or incidental reproduction, and towards an approach that examines whether it is the kind of “reproduction” the *Act* was intended to protect. And that, in turn, requires

certaines catégories d'enregistrements éphémères ne sont pas assujetties à des redevances. Ces dispositions répondaient à un arrêt de la Cour afin de *maintenir* la neutralité technologique, et *ne* constituaient *pas* un énoncé complet du contenu du droit de reproduction, ni ne dressaient la liste des types de copies qui le feront intervenir. Même si les art. 30.8 et 30.9 permettent d'illustrer la distinction entre les droits de diffusion et de reproduction et identifient spécifiquement certaines catégories de copies qui ne mettent pas en cause le droit de reproduction, à titre d'exceptions, ils sont d'une valeur limitée pour interpréter la portée du droit de reproduction visé au par. 3(1), une disposition édictée de nombreuses années plus tôt. Conclure autrement forcerait le législateur à rattraper constamment son retard à l'égard de courants technologiques inconnus et qui évoluent rapidement.

[176] Cela m'amène à l'effet de l'arrêt *Bishop* sur le cas qui nous occupe. La Cour d'appel fédérale a conclu que la nature juridique des copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce a été établie par cet arrêt de 1990. L'arrêt *Bishop*, toutefois, repose sur des fondements jurisprudentiels qui ont été révisés par la jurisprudence subséquente de la Cour. Tout d'abord, l'arrêt *Bishop* a explicitement adopté une interprétation littérale de l'al. 3(1)d) et du paragraphe introductif du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* : p. 484-485.

[177] Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Bishop*, la Cour a précisé que l'interprétation législative ne peut être fondée sur le seul libellé du texte de loi : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Les objets de la *Loi sur le droit d'auteur* — y compris le principe prééminent de neutralité technologique et l'objectif de maintien de l'équilibre entre les utilisateurs et les titulaires d'un droit d'auteur — ont par conséquent pris une importance accrue dans l'exercice d'interprétation. Ces objets nous évitent d'interpréter le « droit de reproduction » comme englobant toute reproduction technique ou accessoire et nous mènent à adopter une approche visant à examiner s'il s'agit du genre de « reproduction » que la *Loi* visait à protéger.

examining the purpose and effect of the reproduction — in other words, its technological context.

[178] If, on the other hand, we adopt a literal interpretation of the right enumerated in s. 3(1)(d) of the *Act*, there will be no room for the principle of technological neutrality in the interpretation of rights enumerated in s. 3(1) of the *Act*. Finding that the plain meaning of s. 3(1)(d) and the result in *Bishop* dictate the scope of the reproduction right in lieu of a purposive and technologically neutral interpretation will, as a result, roll back nearly two decades of this Court’s statutory interpretation and copyright jurisprudence.

[179] Since, in my view, the creation of broadcast-incidental copies is not a compensable exercise of the reproduction right, it is not necessary to consider how the Board should value such copies. That said, I have concerns about how the majority articulates and applies the principle of technological neutrality to the issue of valuation. The thirteen years of copyright jurisprudence since *Théberge* have built up the principles of balance and technological neutrality floor by floor. With respect, the majority’s approach builds an entirely new structure which is not only wholly inconsistent with the established case law, it tears down the existing foundations. It has a significant and detrimental impact on how the balance is struck between copyright holders and the users of protected works, deviates from the principle of technological neutrality articulated in *Entertainment Software Association*, and creates uncertainty as to how the principle of technological neutrality operates.

[180] First, this Court, in *Théberge*, concluded that the *Copyright Act* is a balance between obtaining a “just reward” for the creator of protected works, and “promoting the public interest in the encouragement and dissemination” of such works:

Ainsi, il faut examiner l’objet et l’effet de la reproduction — autrement dit, son contexte technologique.

[178] Si, en revanche, nous adoptons une interprétation littérale du droit énoncé à l’al. 3(1)d) de la *Loi*, il n’y aura aucune place pour le principe de neutralité technologique dans l’interprétation des droits énoncés au par. 3(1) de la *Loi*. Conclure que le sens ordinaire de l’al. 3(1)d) et que l’issue de l’arrêt *Bishop* dictent la portée du droit de reproduction au lieu d’adopter une interprétation téléologique et neutre sur le plan de la technologie annulera, par conséquent, près de deux décennies de jurisprudence de la Cour quant à l’interprétation législative et en matière de droit d’auteur.

[179] Puisque, à mon sens, la création de copies accessoires de diffusion ne constitue pas un exercice du droit de reproduction justifiant rémunération, j’estime qu’il n’est pas nécessaire d’examiner quelle valeur la Commission devrait accorder à ces copies. Cela dit, je suis préoccupée par la façon dont les juges majoritaires énoncent le principe de neutralité technologique et l’applique à la question de l’évaluation. La jurisprudence des treize dernières années depuis *Théberge* relative au droit d’auteur a construit les principes de mise en équilibre et de neutralité technologique étage par étage. Soit dit en tout respect, l’approche adoptée par les juges majoritaires établit une structure totalement contraire à la jurisprudence établie, mais qui en démolit en outre les fondations. Cela a une incidence considérable et néfaste sur la façon dont est atteint l’équilibre entre les titulaires du droit d’auteur et les utilisateurs des œuvres protégées, cela s’écarte du principe de neutralité technologique énoncé dans *Entertainment Software Association* et cela crée de l’incertitude quant à la façon dont ce principe fonctionne.

[180] Premièrement, dans *Théberge*, la Cour a conclu que la *Loi sur le droit d’auteur* établit un équilibre entre l’obtention d’une « juste récompense » pour le créateur des œuvres protégées et la « promotion, dans l’intérêt du public, de la création

para. 30. This balance considers whether the legitimate interests of copyright holders are implicated by the proposed use of their protected works. The majority's application of the principle of technological neutrality disrupts how this balance is struck. The majority proposes two novel factors for the Board to consider when striking a balance between user and copyright holder interests: (1) the nature of the copyright-protected work's use in the new technology; and (2) the risks taken and the extent of the investment made by the user in the new technology. While the first factor is consistent with the balance articulated in *Théberge*, the second is not. Its effect is to tie copyright holder compensation to actions of the user that are unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works. If we follow the majority's new factor to its logical conclusion, we could well find that users who make a sufficiently large investment or take sufficiently high risks may, by doing so, deprive the copyright holder of *any* entitlement to compensation for the use of the protected works.

[181] Second, the majority's articulation of the principle of technological neutrality in this case represents a significant departure from the principle as it was articulated in *Entertainment Software Association*. As the majority acknowledges, the principle of technological neutrality articulated in *Entertainment Software Association* seeks to preserve the accepted balance between creators and users in the digital environment. In a case like this, where the use of new technology intersects with the *Copyright Act*, the principle of technological neutrality calls for an inquiry into whether there is functional equivalence between the old and new technology in a way that maintains that balance. The focus is on *what function* the technology is performing, not *how* it is performing it: *Entertainment Software Association*, at paras. 5 and 9-10. In other words, as Rothstein J. himself noted in *Rogers v.*

et de la diffusion » de telles œuvres : par. 30. Cette mise en équilibre tient compte de la question de savoir si les intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur sont mis en cause par l'usage qu'on se propose de faire de leurs œuvres protégées. L'application que font les juges majoritaires du principe de neutralité technologique perturbe la façon dont cet équilibre est établi. Ils proposent que la Commission tienne compte de deux nouveaux facteurs lorsqu'elle procède à cette mise en équilibre : (1) la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur avec la nouvelle technologie et (2) les risques pris par l'utilisateur et l'étendue de son investissement dans la nouvelle technologie. S'il est vrai que le premier facteur est compatible avec la mise en équilibre décrite dans *Théberge*, le second ne l'est pas. Il a pour effet de lier la compensation du titulaire du droit d'auteur aux actions de l'utilisateur qui n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et qui ne sont pas pertinentes. Si l'on suit le deuxième nouveau facteur ajouté par les juges majoritaires jusqu'à sa conclusion logique, il se pourrait qu'on en arrive à conclure que les utilisateurs qui font un investissement suffisamment important ou qui prennent un risque suffisamment grand peuvent, ce faisant, priver le titulaire du droit d'auteur de *quelque* droit *que ce soit* à une compensation pour l'utilisation des œuvres protégées.

[181] Deuxièmement, la formulation du principe de neutralité technologique par les juges majoritaires en l'espèce constitue un changement important par rapport à sa formulation dans *Entertainment Software Association*. Comme le reconnaissent les juges majoritaires, le principe de neutralité technologique tel qu'il est formulé dans cet arrêt vise à préserver l'équilibre qui fait consensus entre les créateurs et les utilisateurs dans l'environnement numérique. Dans un cas comme celui-là, où l'utilisation de la nouvelle technologie recoupe la *Loi sur le droit d'auteur*, le principe de neutralité technologique suppose l'examen de la question de savoir s'il existe une équivalence fonctionnelle entre la nouvelle technologie et l'ancienne d'une manière qui maintienne cet équilibre. L'accent porte sur *la fonction* exercée par la technologie et non pas sur son *fonctionnement* : *Entertainment Software*

SOCAN, “[i]f the nature of the activity in both cases is the same, albeit accomplished through different technical means, there is no justification for distinguishing between the two for copyright purposes”: para. 29.

[182] As this Court confirmed in *Entertainment Software Association*, technological neutrality operates to prevent imposing additional, gratuitous fees on the user simply for the use of more efficient technologies: para. 9. By focusing the inquiry on the value that the technology is creating for the user, as the majority does, as opposed to the functional result created by the technology, it misconstrues technological neutrality. A technological innovation may create value for the user by increasing efficiencies, driving down costs, or allowing the user to remain competitive. But as this Court observed in *Entertainment Software Association*, a copyright holder like SODRAC is not entitled to be compensated for how efficiently a user like the CBC uses technology to achieve its broadcast. Those gains have nothing to do with the copyright holder’s legitimate interests, or with the balance struck between the copyright holder and the user.

[183] The result of the majority’s conclusions is uncertainty as to the purpose and application of the principle of technological neutrality in the interpretation and application of the *Copyright Act*, uncertainty as to how users of copyrighted material are to exercise their authorized rights and activities without incurring additional copyright liability, and uncertainty as to the “value” of incidental activities. It also represents the acceptance of layered licensing schemes whereby, rather than licensing the central activity of broadcasting, licences are granted for the central activity as well as for its component parts based solely on the method chosen to effect the central authorized activity. This results in the imposition of gratuitous costs on broadcasters merely for

*Association*, par. 5 et 9-10. Autrement dit, comme le juge Rothstein l’a lui-même noté dans *Rogers c. SOCAN*, « [l]orsque l’acte est foncièrement identique, bien qu’il soit accompli par des moyens techniques différents, rien ne justifie d’établir une distinction entre les deux envois pour les besoins de l’application du droit d’auteur » : par. 29.

[182] Comme la Cour l’a confirmé dans *Entertainment Software Association*, la neutralité technologique sert à éviter d’imposer des redevances additionnelles et injustifiées à l’utilisateur uniquement parce qu’il utilise des technologies plus efficaces : par. 9. Faire porter l’examen principalement sur la valeur que crée la technologie pour l’utilisateur, comme le font les juges majoritaires, plutôt que sur le résultat fonctionnel créé par la technologie, revient à interpréter erronément la neutralité technologique. Une innovation technologique peut créer de la valeur pour l’utilisateur en augmentant l’efficacité des processus, en réduisant les coûts ou en lui permettant de rester compétitif. Mais comme la Cour l’a fait remarquer dans *Entertainment Software Association*, le titulaire du droit d’auteur comme la SODRAC n’a pas le droit de recevoir une compensation pour l’efficacité avec laquelle un utilisateur comme la SRC se sert de la technologie pour mener à bien ses activités de diffusion. Ces gains n’ont rien à voir ni avec les intérêts légitimes du titulaire du droit d’auteur ni avec l’équilibre établi entre ce dernier et l’utilisateur.

[183] Les conclusions des juges majoritaires ont pour effet de créer une incertitude quant à l’objet et à l’application du principe de neutralité technologique dans l’interprétation et l’application de la *Loi sur le droit d’auteur*, une incertitude pour les utilisateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur quant à la façon d’exercer leurs droits et activités autorisés sans encourir une responsabilité supplémentaire pour violation du droit d’auteur, ainsi qu’une incertitude quant à la « valeur » des activités accessoires. Ces conclusions reviennent également à accepter les systèmes de licences aux couches multiples selon lesquels, plutôt que d’assujettir l’activité centrale de diffusion à une licence, les licences sont accordées pour l’activité centrale

the use of more efficient technologies that do not engage with the legitimate interests of copyright holders. These are the very consequences that this Court's decision in *Entertainment Software Association* said were proscribed by the principle of technological neutrality.

[184] In conclusion, applying the standard of reasonableness and looking at the Board's reasons as a whole, in my view its decision to impose royalty fees for broadcast-incidental copies was unreasonable. It is, as a result, unnecessary to consider the valuation issue.

[185] Why apply reasonableness? Here we come yet again to this Court's prodigal child, the standard of review. Too much obfuscation has already cluttered the journey, but while I hesitate to add words to an already overcrowded space, I have concerns that the majority has created yet another confusing fork in the road.

[186] The central issue in this appeal is whether the Copyright Board ought to have imposed royalty fees on the CBC for the creation of incidental copies that arise as a technical part of the digital broadcasting process. This question is at the heart of the Copyright Board's specialized mandate and therefore reviewable on a reasonableness standard.

[187] In this case, rather than review the Copyright Board's decision as a whole, Rothstein J. identifies no less than five separate issues, each of which he says attracts its own discrete standard of review analysis. One of these issues, "whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidental copying", is said to warrant correctness review, while the other four

de même que pour ses composantes en fonction uniquement de la méthode choisie pour effectuer l'activité centrale autorisée. Ainsi, des coûts injustifiés seraient imposés aux diffuseurs simplement pour l'utilisation de technologies plus efficaces qui ne font pas intervenir les intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur. Il s'agit là des conséquences mêmes que la Cour a estimées prosrites par le principe de neutralité technologique dans l'arrêt *Entertainment Software Association*.

[184] Pour conclure, en appliquant la norme de la décision raisonnable et en examinant les motifs de la Commission dans leur ensemble, je suis d'avis que sa décision d'imposer des redevances pour les copies accessoires de diffusion était déraisonnable. Par conséquent, il est inutile d'examiner la question de l'évaluation.

[185] Pourquoi appliquer la norme de la décision raisonnable? Voilà qui nous amène encore une fois à l'enfant prodige de la Cour, la norme de contrôle. La route est déjà encombrée de trop de confusion, et même si j'hésite à ajouter des paroles dans un espace déjà trop encombré, je crains que les juges majoritaires n'aient créé sur le chemin une autre fourche déroutante.

[186] La question principale en l'espèce est celle de savoir si la Commission du droit d'auteur aurait dû imposer des redevances à la SRC pour la création de copies accessoires qui découlent de la partie technique du processus de diffusion numérique. Cette question est au cœur du mandat spécialisé de la Commission du droit d'auteur et est, par conséquent, susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[187] En l'espèce, plutôt que d'examiner la décision de la Commission du droit d'auteur dans son ensemble, le juge Rothstein relève pas moins de cinq questions distinctes, dont chacune, affirme-t-il, emporte sa propre analyse de la norme de contrôle. Une de ces questions, à savoir « si la *LDA* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC »,

are to be reviewed on the reasonableness standard. Applying these competing standards to the different components of the Copyright Board's decision, he ultimately concludes that the Copyright Board was correct in proceeding on the basis that broadcast-incidental copies engage the reproduction right under the *Copyright Act*, but that some of its conclusions with respect to the other issues were reasonable while others were not. With respect, this takes judicial review Through the Looking Glass.

[188] It is true that, in *Rogers v. SOCAN*, the majority held that the appropriate standard of review is correctness for questions of law for which the Copyright Board and courts share concurrent jurisdiction: para. 15. But in that case, the “sole issue” was “the meaning of the phrase ‘to the public’ in s. 3(1)(f) of the [*Copyright Act*]”: para. 2. After deciding the legal issue, the majority applied that conclusion to the facts: paras. 53-56. No further standard of review was discussed, considered or applied. In this case, the Board's decision was to impose royalty fees for the creation of broadcast-incidental copies. Rothstein J. not only extricates as a discrete legal question whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for the CBC's broadcast-incidental copying, he subdivides the rest of the decision into separate compartments entitled to their own standard of review. This is both new and regressive. It is also an approach that was proscribed by this Court in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 100.

[189] Extricate the various components of the decision and subjecting each to its own standard of review analysis represents, with respect, a

justifierait un examen selon la norme de la décision correcte, alors que les quatre autres devraient être examinées selon la norme de la décision raisonnable. En appliquant ces normes concurrentes aux différentes parties de la décision de la Commission du droit d'auteur, il conclut en définitive que la Commission du droit d'auteur a eu raison de tenir pour acquis que les copies accessoires de diffusion font intervenir le droit de reproduction en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais que certaines de ses conclusions à l'égard des autres questions étaient raisonnables, alors que d'autres ne l'étaient pas. Soit dit en tout respect, cette conclusion pousse le contrôle judiciaire de l'autre côté du miroir.

[188] Il est vrai que, dans l'arrêt *Rogers c. SOCAN*, les juges majoritaires ont conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte relativement aux questions de droit pour lesquelles la Commission du droit d'auteur et les cours de justice partagent une compétence concurrente : par. 15. Or, dans ce pourvoi, « [s]eul le sens des mots “au public” employés à l'al. 3(1)f de la [*Loi sur le droit d'auteur*] [faisait] l'objet du litige » : par. 2. Après avoir tranché la question de droit, les juges majoritaires ont appliqué cette conclusion aux faits : par. 53-56. Aucune autre norme de contrôle n'a été analysée, considérée, ni appliquée. En l'espèce, la Commission a décidé d'imposer des redevances pour la création de copies accessoires de diffusion. Le juge Rothstein non seulement met à l'écart à titre de question de droit celle de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC, mais il subdivise le reste de la décision en parties séparées emportant chacune l'application de leur propre norme de contrôle. Cette façon de procéder est à la fois nouvelle et régressive. Elle a également été proscrire par la Cour dans l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 100.

[189] Soit dit en tout respect, traiter séparément les diverses parties de la décision et assujettir chacune d'entre elles à sa propre analyse de la norme

significant and inexplicable change in this Court's standard of review jurisprudence, further erodes the careful framework this Court endorsed in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, and risks creating an unworkable template for the judicial review of administrative decision-making.

[190] This latest movement in Rothstein J.'s shifting tectonic reviewing plates — extricating the various aspects of a tribunal's decision for their own individual standard of review analysis — creates even more confusion in an area of jurisprudence already unduly burdened by too many exceptions in the brief years since this Court decided *Dunsmuir*. There are always many parts of a tribunal's decision. Requiring courts to separately assess the standard of review for each of these parts and then to decide how many of those parts must be found to be unreasonable or incorrect in order to outweigh those parts which are found to be reasonable or correct may lead, with respect, to absurd results. Reviewing courts will be left to wonder just how many unreasonable or incorrect components of a decision it takes to warrant judicial intervention.

[191] Breaking down a decision into each of its component parts also increases the risk that a reviewing court will find an error to justify interfering in the tribunal's decision, and may well be seen as a thinly veiled attempt to allow reviewing courts wider discretion to intervene in administrative decisions. This, at its core, is the re-introduction of the long since abandoned "preliminary question doctrine", whereby courts adopted such a broad and probing understanding of "jurisdictional error" that they could effectively substitute their own opinion for that of a tribunal on virtually any aspect of a tribunal's decision. The preliminary question doctrine was a judicial tactic to permit courts to intervene and substitute their own views. It was a tactic *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R.

de contrôle représente un changement important et inexplicable dans la jurisprudence de la Cour en matière de norme de contrôle, affaibli également le cadre formulé minutieusement approuvé par la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, et risque de créer un modèle non fonctionnel pour le contrôle judiciaire des décisions administratives.

[190] Cette dernière dérive orchestrée par le juge Rothstein des plaques tectoniques de l'univers du contrôle judiciaire — dégager les divers aspects d'une décision d'un tribunal pour les assujettir à leur propre analyse de la norme de contrôle — crée encore plus de confusion dans un domaine de la jurisprudence qui a déjà été inutilement alourdi par trop d'exceptions durant les quelques années depuis que la Cour a rendu l'arrêt *Dunsmuir*. La décision d'un tribunal comporte toujours beaucoup de parties. Obliger les cours de révision à évaluer séparément la norme applicable à chacune de ces parties, puis à décider combien de ces parties doivent être jugées déraisonnables ou incorrectes pour pouvoir surpasser les parties qui sont jugées raisonnables ou correctes peut mener, à mon humble avis, à des résultats absurdes. Les cours de révision seront obligées de se demander combien il faut de parties déraisonnables ou incorrectes dans la décision pour justifier une intervention judiciaire.

[191] Le fait de diviser une décision en plusieurs parties augmente également le risque qu'une cour de révision trouve une erreur pour justifier son intervention dans la décision du tribunal et pourrait bien être perçu comme une tentative à peine voilée de conférer aux cours chargées de contrôles judiciaires un pouvoir discrétionnaire plus large pour intervenir dans les décisions administratives. Cela reviendrait essentiellement à réintroduire la « doctrine de la condition préalable », abandonnée depuis longtemps, selon laquelle les tribunaux interprétaient l'« erreur de compétence » d'une façon si large et approfondie qu'ils pouvaient en effet substituer leur propre opinion à celle du tribunal sur pratiquement tous les aspects de la décision. La doctrine de la condition préalable était une tactique judiciaire qui permettait aux cours de justice

227, sought to end and *Dunsmuir* sought to bury. Its spiritual heirs should be given the same treatment.

[192] I would therefore allow the appeal with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

[193] KARAKATSANIS J. (dissenting) — I agree with my colleague Justice Abella on the merits and in the result. I write, however, because I cannot accept her position on the standard of review. This expert tribunal is presumptively reviewable on the basis of reasonableness. However, I agree with Justice Rothstein that the legal issue of whether broadcast-incidentals engage the reproduction right must be reviewed on the basis of correctness, in accordance with our decision in *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paras. 10-20. As the presumption has not otherwise been displaced, the standard of review of reasonableness applies to the balance of the statutory licence decision and the interim licence decision: Copyright Board file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online), and file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online), respectively.

[194] However, I do not endorse the general approach my colleague Justice Rothstein has taken to his analysis of the standard of review. I am concerned with a methodology that examines and ascribes a specific standard of review to each individual issue challenged within a tribunal decision. Our jurisprudence permits the isolation of a

d'intervenir et de substituer leurs propres visions à celles des tribunaux administratifs. Il s'agit d'une tactique que l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, a cherché à éliminer et que l'arrêt *Dunsmuir* a cherché à enterrer. Ses héritiers spirituels devraient recevoir le même traitement.

[192] Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[193] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — Je suis d'accord avec ma collègue la juge Abella quant au fond et quant au résultat. J'écris toutefois les présents motifs parce que je ne peux pas accepter son point de vue quant à la norme de contrôle. Il y a une présomption que les décisions du tribunal spécialisé dont il est question en l'espèce sont assujetties à la norme de la décision raisonnable. Cela dit, je suis d'accord avec le juge Rothstein pour dire que la question de droit en litige, qui consiste à se demander si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction, doit être revue suivant la norme de la décision correcte, aux termes de notre décision dans *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 10-20. Puisque la présomption n'a été renversée à aucun autre égard, la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique au reste de la décision sur la licence légale ainsi qu'à la décision sur la licence provisoire : dossiers de la Commission du droit d'auteur n<sup>os</sup> 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne), et dossier n<sup>o</sup> 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne), respectivement.

[194] Cela dit, je ne souscris pas à l'approche générale adoptée par mon collègue le juge Rothstein pour analyser la norme de contrôle. Je redoute une méthode qui examine chaque élément contesté d'une décision d'un tribunal individuellement et qui lui attribue une norme de contrôle spécifique. La jurisprudence de la Cour permet d'isoler exceptionnellement

particular question of law on an exceptional basis; it does not *require* a separate standard of review analysis for each issue. I worry that an issue-by-issue approach, within each decision, will add to the submissions and analysis required to establish the standard of review in each case. It unnecessarily complicates an already overwrought area of the law.

[195] I would allow the appeal.

#### APPENDIX

*Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 (version in effect at the relevant time)

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

. . .

(d) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,

. . .

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

. . .

and to authorize any such acts.

**30.8** (1) It is not an infringement of copyright for a programming undertaking to fix or reproduce in accordance with this section a performer’s performance or work, other than a cinematographic work, that is performed live or a sound recording that is performed at the same time as the performer’s performance or work, if the undertaking

une question de droit en particulier; elle n’*exige* pas de procéder à une analyse distincte de la norme de contrôle pour chaque question. Je crains qu’une approche qui se penche sur les questions une à la fois, n’ajoute aux observations et à l’analyse requises pour établir la norme de contrôle dans chaque cas. Cela complique inutilement un domaine du droit déjà tarabiscoté.

[195] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

#### ANNEXE

*Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42 (version en vigueur au moment pertinent)

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

. . .

d) s’il s’agit d’une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d’en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l’aide desquels l’œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

. . .

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

. . .

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

**30.8** (1) Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait, pour une entreprise de programmation de fixer ou de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, une œuvre — sauf une œuvre cinématographique — ou une prestation d’une telle œuvre exécutée en direct, ou un enregistrement sonore exécuté en même temps que cette œuvre ou cette prestation, pourvu que :

(a) is authorized to communicate the performer's performance, work or sound recording to the public by telecommunication;

(b) makes the fixation or the reproduction itself, for its own broadcasts;

(c) does not synchronize the fixation or reproduction with all or part of another recording, performer's performance or work; and

(d) does not cause the fixation or reproduction to be used in an advertisement intended to sell or promote, as the case may be, a product, service, cause or institution.

(2) The programming undertaking must record the dates of the making and destruction of all fixations and reproductions and any other prescribed information about the fixation or reproduction, and keep the record current.

(3) The programming undertaking must make the record referred to in subsection (2) available to owners of copyright in the works, sound recordings or performer's performances, or their representatives, within twenty-four hours after receiving a request.

(4) The programming undertaking must destroy the fixation or reproduction within thirty days after making it, unless

(a) the copyright owner authorizes its retention; or

(b) it is deposited in an archive, in accordance with subsection (6).

(5) Where the copyright owner authorizes the fixation or reproduction to be retained after the thirty days, the programming undertaking must pay any applicable royalty.

(6) Where the programming undertaking considers a fixation or reproduction to be of an exceptional documentary character, the undertaking may, with the consent of an official archive, deposit it in the official archive and must notify the copyright owner, within thirty days, of the deposit of the fixation or reproduction.

(7) In subsection (6), "official archive" means the Library and Archives of Canada or any archive established under the law of a province for the preservation of the official archives of the province.

a) l'entreprise ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;

b) elle réalise la fixation ou la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;

c) la fixation ou la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d'une autre œuvre ou prestation ou d'un autre enregistrement sonore;

d) la fixation ou la reproduction ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) L'entreprise doit inscrire, dans un registre qu'elle tient à jour, la date de la fixation ou de la reproduction et, le cas échéant, celle de la destruction, ainsi que tout autre renseignement visé par règlement concernant la fixation ou la reproduction.

(3) Elle met ce registre à la disposition du titulaire du droit d'auteur ou de son représentant pour inspection dans les vingt-quatre heures qui suivent la réception d'une demande à cet effet.

(4) Elle est tenue de détruire la fixation ou la reproduction dans les trente jours de sa réalisation, sauf si elle reçoit l'autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur ou si elle a fait le dépôt visé au paragraphe (6).

(5) Lorsque le titulaire du droit d'auteur l'autorise à garder la fixation ou la reproduction au-delà du délai de trente jours, elle doit verser les redevances afférentes, le cas échéant.

(6) Si elle estime que la fixation ou la reproduction réalisée dans les conditions visées au paragraphe (1) présente un caractère documentaire exceptionnel, l'entreprise peut, avec le consentement des archives officielles, la déposer auprès de celles-ci. Le cas échéant, elle avise le titulaire du droit d'auteur du dépôt dans les trente jours qui suivent.

(7) Au paragraphe (6), « archives officielles » s'entend de Bibliothèque et Archives du Canada et des établissements qui sont constitués en vertu d'une loi provinciale pour la conservation des archives officielles de la province.

(8) This section does not apply where a licence is available from a collective society to make the fixation or reproduction of the performer's performance, work or sound recording.

(9) A broadcasting undertaking, as defined in the *Broadcasting Act*, may make a single reproduction of a fixation or reproduction made by a programming undertaking and communicate it to the public by telecommunication, within the period referred to in subsection (4), if the broadcasting undertaking meets the conditions set out in subsection (1) and is part of a prescribed network that includes the programming undertaking.

(10) The reproduction and communication to the public by telecommunication must be made

- (a) in accordance with subsections (2) to (6); and
- (b) within thirty days after the day on which the programming undertaking made the fixation or reproduction.

(11) In this section, "programming undertaking" means

- (a) a programming undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*;
- (b) a programming undertaking described in paragraph (a) that originates programs within a network, as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*; or
- (c) a distribution undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*, in respect of the programs that it originates.

The undertaking must hold a broadcasting licence issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under the *Broadcasting Act*.

**30.9** (1) It is not an infringement of copyright for a broadcasting undertaking to reproduce in accordance with this section a sound recording, or a performer's performance or work that is embodied in a sound recording, solely for the purpose of transferring it to a format appropriate for broadcasting, if the undertaking

- (a) owns the copy of the sound recording, performer's performance or work and that copy is authorized by the owner of the copyright;

(8) Le présent article ne s'applique pas dans les cas où l'entreprise peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à faire une telle fixation ou reproduction.

(9) Pendant la période visée au paragraphe (4), une entreprise de radiodiffusion au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* peut, si elle fait partie d'un réseau désigné par règlement dont fait aussi partie l'entreprise de programmation et pourvu qu'elle remplisse les conditions visées au paragraphe (1), faire une seule reproduction de cette fixation ou reproduction et la communiquer au public par télécommunication.

(10) Le cas échéant, les paragraphes (2) à (6) s'appliquent, les délais en cause étant calculés à compter de la date de la réalisation de la fixation ou reproduction par l'entreprise de programmation.

(11) Pour l'application du présent article, « entreprise de programmation » s'entend, selon le cas :

- a) au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*;
- b) d'une telle entreprise qui produit des émissions dans le cadre d'un réseau au sens de cette loi;
- c) d'une entreprise de distribution, au sens de la même loi, pour les émissions qu'elle produit elle-même.

Dans tous les cas, elle doit être titulaire d'une licence de radiodiffusion délivrée, en vertu toujours de la même loi, par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

**30.9** (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait pour une entreprise de radiodiffusion de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, un enregistrement sonore ou une prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore aux seules fins de les transposer sur un support en vue de leur radiodiffusion, pourvu que :

- a) elle en est le propriétaire et qu'il s'agisse d'exemplaires autorisés par le titulaire du droit d'auteur;

(b) is authorized to communicate the sound recording, performer's performance or work to the public by telecommunication;

(c) makes the reproduction itself, for its own broadcasts;

(d) does not synchronize the reproduction with all or part of another recording, performer's performance or work; and

(e) does not cause the reproduction to be used in an advertisement intended to sell or promote, as the case may be, a product, service, cause or institution.

(2) The broadcasting undertaking must record the dates of the making and destruction of all reproductions and any other prescribed information about the reproduction, and keep the record current.

(3) The broadcasting undertaking must make the record referred to in subsection (2) available to owners of copyright in the sound recordings, performer's performances or works, or their representatives, within twenty-four hours after receiving a request.

(4) The broadcasting undertaking must destroy the reproduction when it no longer possesses the sound recording or performer's performance or work embodied in the sound recording, or at the latest within thirty days after making the reproduction, unless the copyright owner authorizes the reproduction to be retained.

(5) If the copyright owner authorizes the reproduction to be retained, the broadcasting undertaking must pay any applicable royalty.

(6) This section does not apply if a licence is available from a collective society to reproduce the sound recording, performer's performance or work.

(7) In this section, "broadcasting undertaking" means a broadcasting undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act* that holds a broadcasting licence issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under that Act.

**66.51** The Board may, on application, make an interim decision.

b) elle ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;

c) elle réalise la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;

d) la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d'une autre œuvre ou prestation ou d'un autre enregistrement sonore;

e) elle ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) L'entreprise doit inscrire, dans un registre qu'elle tient à jour, la date de la reproduction ainsi que, le cas échéant, celle de la destruction, ainsi que tout autre renseignement visé par règlement concernant la reproduction.

(3) Elle met ce registre à la disposition du titulaire du droit d'auteur ou de son représentant pour inspection dans les vingt-quatre heures qui suivent la réception d'une demande à cet effet.

(4) Elle est tenue — sauf autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur — de détruire la reproduction dans les trente jours de sa réalisation ou, si elle est antérieure, soit à la date où l'enregistrement sonore ou la prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore n'est plus en sa possession.

(5) Lorsque le titulaire du droit d'auteur l'autorise à garder la reproduction, elle doit verser les redevances afférentes, le cas échéant.

(6) Le présent article ne s'applique pas dans les cas où l'entreprise peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à faire une telle fixation ou reproduction.

(7) Pour l'application du présent article, « entreprise de radiodiffusion » s'entend d'une entreprise de radiodiffusion, au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui est titulaire d'une licence de radiodiffusion délivrée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes en vertu de cette loi.

**66.51** La Commission peut, sur demande, rendre des décisions provisoires.

**66.6** (1) The Board may, with the approval of the Governor in Council, make regulations governing

(a) the practice and procedure in respect of the Board's hearings, including the number of members of the Board that constitutes a quorum;

**70.2** (1) Where a collective society and any person not otherwise authorized to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, in respect of the works, sound recordings or communication signals included in the collective society's repertoire are unable to agree on the royalties to be paid for the right to do the act or on their related terms and conditions, either of them or a representative of either may, after giving notice to the other, apply to the Board to fix the royalties and their related terms and conditions.

(2) The Board may fix the royalties and their related terms and conditions in respect of a licence during such period of not less than one year as the Board may specify and, as soon as practicable after rendering its decision, the Board shall send a copy thereof, together with the reasons therefor, to the collective society and the person concerned or that person's representative.

*Appeal allowed with costs, ABELLA and KARAKATSANIS JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Matteau Poirier avocats inc., Montréal.*

*Solicitors for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz: Macera & Jarzyna, Ottawa.*

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

*Solicitors for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Music Publishers Association and the International Confederation of Music Publishers: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.*

**66.6** (1) La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, prendre des règlements régissant :

a) la pratique et la procédure des audiences, ainsi que le quorum;

**70.2** (1) À défaut d'une entente sur les redevances, ou les modalités afférentes, relatives à une licence autorisant l'intéressé à accomplir tel des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, la société de gestion ou l'intéressé, ou leurs représentants, peuvent, après en avoir avisé l'autre partie, demander à la Commission de fixer ces redevances ou modalités.

(2) La Commission peut, selon les modalités, mais pour une période minimale d'un an, qu'elle arrête, fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la licence. Dès que possible après la fixation, elle en communique un double, accompagné des motifs de sa décision, à la société de gestion et à l'intéressé, ou au représentant de celui-ci.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA et KARAKATSANIS sont dissidentes.*

*Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Procureurs des intimées : Matteau Poirier avocats inc., Montréal.*

*Procureurs des intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz : Macera & Jarzyna, Ottawa.*

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

*Procureurs des intervenantes l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, l'Association canadienne des éditeurs de musique et la Confédération internationale des éditeurs de musique : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Music Canada, the International Federation of the Phonographic Industry, the Canadian Council of Music Industry Associations, the Canadian Independent Music Association and Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Music Canada, la Fédération internationale de l'industrie phonographique, le Conseil canadien des associations de l'industrie musicale, l'Association canadienne de la musique indépendante et l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo : McCarthy Tétrault, Toronto.*