

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

[CB-CDA 2017-085]

**Collective Administration of Performing
and of Communication Rights**

COMMUNICATION TO THE PUBLIC BY
TELECOMMUNICATION

SCOPE OF SECTION 2.4(1.1) OF THE
COPYRIGHT ACT– MAKING AVAILABLE

[Online Music Services (CSI: 2011-2013;
SOCAN: 2011-2013; SODRAC: 2010-2013)]

DECISION OF THE BOARD

Reasons delivered by:

The Honourable William J. Vancise
Mr. Claude Majeau
Mr. J. Nelson Landry

Date of the Decision

August 25, 2017
(revised September 22, 2017)

[CB-CDA 2017-085]

**Gestion collective du droit d'exécution et
du droit de communication**

COMMUNICATION AU PUBLIC PAR
TÉLÉCOMMUNICATION

PORTÉE DE L'ARTICLE 2.4(1.1) DE LA *LOI
SUR LE DROIT D'AUTEUR* – MISE À LA
DISPOSITION

[Services de musique en ligne (CSI : 2011-
2013; SOCAN : 2011-2013; SODRAC :
2010-2013)]

DÉCISION DE LA COMMISSION

Motifs exprimés par :

L'honorable William J. Vancise
M^c Claude Majeau
M^c J. Nelson Landry

Date de la décision

Le 25 août 2017
(révisée le 22 septembre 2017)

<u>TABLE OF CONTENTS</u>	<u>Page</u>	<u>TABLE DES MATIÈRES</u>
I. INTRODUCTION	1	I. INTRODUCTION
II. SUMMARY OF THE DECISION	9	II. RÉSUMÉ DE LA DÉCISION
III. RELEVANT STATUTORY PROVISIONS	10	III. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES
IV. POSITIONS OF THE PARTIES	11	IV. PRÉTENTIONS DES PARTIES
A. Copyright Collective Societies	13	A. Sociétés de gestion du droit d’auteur
B. Rights Holder Groups	18	B. Groupes de titulaires de droits
C. Users	19	C. Utilisateurs
D. User Groups	24	D. Groupes d’utilisateurs
E. Individuals	26	E. Individus
V. LEGAL ISSUES	27	V. QUESTIONS JURIDIQUES
A. Does subsection 2.4(1.1) of the <i>Act</i> result in an online music service communicating a work to the public by telecommunication when it places a copy of that work on a server from where it can be downloaded by the public?	27	A. Est-ce qu’en vertu du paragraphe 2.4(1.1) de la <i>Loi</i> , un service de musique en ligne communique au public par télécommunication une œuvre lorsque celui-ci place une copie de cette œuvre sur un serveur à partir duquel le public peut la télécharger?
B. Is the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1) of the <i>Act</i> consistent with Canada’s obligations under Article 8 of the WCT and Articles 10 and 14 of the WPPT?	45	B. L’interprétation faite par la Commission du paragraphe 2.4(1.1) de la <i>Loi</i> est-elle conforme aux obligations du Canada au titre de l’article 8 du Traité de l’ODA et des articles 10 et 14 du Traité de l’OIEP?
C. Does a transmission of a work or other subject-matter “merge” with the initial act of making available into a single protected act?	60	C. La transmission d’une œuvre ou d’un autre objet du droit d’auteur « fusionne »-t-elle avec l’acte initial de mise à disposition de façon à former un seul acte protégé?
D. When do the various “making available” provisions (subsection 2.4(1.1) and paragraphs 15(1.1)(d) and 18(1.1)(a) of the <i>Act</i>) come into effect?	66	D. À quelles dates les diverses dispositions relatives à la « mise à disposition » (le paragraphe 2.4(1.1) et les alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) de la <i>Loi</i>) entrent-elles en vigueur?

Reasons for the decision

Motifs de la décision

I. INTRODUCTION

I. INTRODUCTION

[1] The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filed proposed tariffs for the communication to the public by telecommunication of works in SOCAN's repertoire in connection with the operation of an online music service for each of the years from 2011 through to 2013, inclusive, on March 31, 2010, March 31, 2011, and March 30, 2012, respectively. These proposed tariffs were merged into a single proposed tariff, Tariff 22.A (2011-2013).

[1] Les 31 mars 2010, 31 mars 2011 et 30 mars 2012 respectivement, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) a déposé des projets de tarif pour la communication au public, par télécommunication, des œuvres du répertoire de la SOCAN relativement à l'exploitation d'un service de musique en ligne pour chacune des années 2011, 2012 et 2013. Ces projets de tarifs ont fait l'objet d'un examen unique, le tarif 22.A (2011-2013).

[2] On July 12, 2012, the Supreme Court of Canada issued its decision in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*.¹ As discussed more fully below, the Supreme Court concluded that the transmission over the Internet of a musical work that results in a download of that work is not a communication by telecommunication. The effect of this decision on SOCAN was that it could not collect royalties for such downloads.

[2] Le 12 juillet 2012, la Cour suprême du Canada a rendu l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*.¹ Comme nous le verrons de manière plus approfondie ci-dessous, la Cour suprême a conclu que la transmission d'une œuvre musicale par Internet qui se traduit par un téléchargement de cette œuvre n'est pas une communication par télécommunication. La conséquence de cet arrêt pour la SOCAN était que cette dernière ne pouvait plus percevoir de redevances pour de tels téléchargements.

[3] In the *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*² companion case issued on the same day, the Supreme Court explicitly stated that

[3] Dans l'arrêt connexe *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*,² rendu le même jour, la Cour suprême a explicitement déclaré que :

[i]n *ESA*, a majority of this Court determined that musical works are not "communicated" by telecommunication when they are *downloaded* [...] The question of whether the online music services engage the exclusive right to "communicate . . . to the public by telecommunication" by offering *downloads* to members of the public has now become moot.³ [emphasis in original]

[Dans l'arrêt *ESA*], [l]es juges majoritaires de notre Cour statuent que l'œuvre musicale qui est *téléchargée* n'est pas « communiquée » par télécommunication [...] La question de savoir si les services de musique en ligne portent atteinte au droit exclusif de « communiquer au public, par télécommunication » lorsqu'ils offrent des *téléchargements* au public ne se pose donc plus.³ [italique dans l'original]

[4] On November 7, 2012, the *Copyright Act*⁴ (the “Act”) was amended by the coming into force of most provisions of the *Copyright Modernization Act* (the “CMA”),⁵ including subsection 2.4(1.1). It provides that

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

[5] SOCAN contends that this provision renders moot the Supreme Court’s decision in *ESA* and requires persons, such as online music services, to pay royalties to SOCAN when they post musical works on their Internet servers in a way that allows access to them by their end-user customers, irrespective of whether the musical works are subsequently transmitted to end-users by way of downloads, streams or not at all.

[6] On November 28, 2012, SOCAN informed the Board that it was of the view that the effect of subsection 2.4(1.1) on its proposed Tariff 22.A (Online Music Services) could, and should, be determined by the Board as a purely legal issue.⁶

[7] On December 7, 2012, the Board issued a Notice stating that the effect of subsection 2.4(1.1) was properly before it as a necessary incident to the exercise of its core competence and that it was not possible to certify the proposed Tariff 22.A without deciding what effect subsection 2.4(1.1) has on SOCAN’s ability to receive royalties for such activities. The Board stated that, as the question is purely legal, it would be decided by a separate proceeding, and that all those who might be affected by the decision of the Board would be entitled to participate in such

[4] Le 7 novembre 2012, la *Loi sur le droit d’auteur*⁴ (la « Loi ») a été modifiée par l’entrée en vigueur de la majorité des dispositions de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur* (la « LMDA »),⁵ dont le paragraphe 2.4(1.1) qui stipule que :

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

[5] La SOCAN soutient que cette disposition rend caduque l’arrêt *ESA* de la Cour suprême et requiert des entités, comme celles qui fournissent des services de musique en ligne, de payer des redevances à la SOCAN lorsqu’elles mettent des œuvres musicales sur leurs serveurs Internet de manière à ce que leurs utilisateurs finaux puissent y avoir accès, peu importe que les œuvres musicales soient par la suite transmises aux utilisateurs au moyen de téléchargements ou de diffusions en continu, ou non transmises.

[6] Le 28 novembre 2012, la SOCAN a informé la Commission que, selon elle, l’effet du paragraphe 2.4(1.1) sur son projet de tarif 22.A (Services de musique en ligne) pouvait et devrait être tranché par la Commission en tant que question purement juridique.⁶

[7] Le 7 décembre 2012, la Commission a émis un avis dans lequel elle déclarait être saisie de la question de l’effet du paragraphe 2.4(1.1) comme d’une question nécessairement accessoire à l’exercice de sa compétence essentielle, et qu’elle ne pouvait homologuer le tarif 22.A sans décider dans quelle mesure le paragraphe 2.4(1.1) fait en sorte que la SOCAN peut percevoir des redevances pour de telles activités. La Commission a déclaré que la question, puisque purement juridique, serait abordée dans un processus distinct dans le cadre

a proceeding. The December 7, 2012 Notice read as follows:

SOCAN intends to ask that the Board deal with the impact of the coming into force of the making available right on its proposed tariffs [...] Specifically, SOCAN wishes the Board to rule on the interface between the making available right and *ESA v. SOCAN* [2012 SCC 34] and companion cases.

In a nutshell, SOCAN is of the view that the making available right renders moot the conclusion that the communication right does not apply to downloads of musical works. Without doubt, some users will take issue with that view.

The issue is properly before the Board as a necessary incident to the exercise of its core competence. It is not possible to set SOCAN Tariff 22.A (Online Music Services) without deciding the extent, if any, to which the enactment of subsection 2.4(1.1) of the Copyright Act and other companion amendments may “revive” SOCAN’s ability to collect royalties for the transmission of permanent copies of musical works.

The issue certainly is not limited to a single SOCAN tariff, and probably not limited to SOCAN itself. Any decision the Board may render on the meaning of the making available right with respect to musical works will have some impact on the interpretation of the same right with respect to other works, performances and recordings, especially if the Board’s decision is judicially reviewed.

The Board’s preliminary views on the issue are as follows.

First, the interpretation of the making available right essentially raises purely legal issues that require little (or preferably, no) discovery or presentation of new evidence.

duquel tous ceux susceptibles d’être affectés par une décision de la Commission auraient la possibilité de faire valoir leurs prétentions. L’avis du 7 décembre 2012 se lisait de la façon suivante :

La SOCAN compte demander à la Commission de traiter de l’impact de l’entrée en vigueur du droit de mise à disposition sur ses projets de tarif [...] Plus précisément, la SOCAN désire que la Commission se prononce sur le rapport entre le droit de mise à disposition et l’arrêt *ESA c. SOCAN* [2012 CSC 34] et les décisions connexes.

Essentiellement, la SOCAN soutient que le droit de mise à disposition rend caduque la conclusion voulant que le droit de communication ne concerne pas le téléchargement d’œuvres musicales. Il ne fait aucun doute que certains utilisateurs ne partagent pas ce point de vue.

La Commission est saisie de la question à titre d’incident nécessaire à l’exercice de sa compétence essentielle. On ne peut homologuer le tarif 22.A (Services de musique en ligne) de la SOCAN sans décider si, et dans quelle mesure, l’adoption du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* et d’autres modifications connexes font en sorte que la SOCAN peut à nouveau percevoir des redevances pour la transmission de copies permanentes d’œuvres musicales.

La question ne se soulève certainement pas à l’égard d’un seul tarif de la SOCAN, et concerne sans doute d’autres sociétés de gestion. La décision que la Commission pourrait rendre sur le sens du droit de mise à disposition à l’égard des œuvres musicales influera sur l’interprétation du même droit à l’égard des autres œuvres, des prestations et des enregistrements, surtout si cette décision fait l’objet d’une demande de révision judiciaire.

Le point de vue préliminaire de la Commission sur la question est le suivant.

Second, the issue would be best approached through a separate proceeding during which all those who may be affected by a decision of the Board may have an opportunity to make their views known.

Third, the examination of the issue should not change anything to the timetable of other proceedings, other than to carve out the interpretation of the making available right as an issue to be examined in those proceedings.

Fourth, it should be possible to deal with the issue through written submissions. Collectives would be allowed four weeks to file their legal arguments. Objectors would respond within four weeks and collectives would be allowed two weeks to reply. Accordingly, all pleadings would be filed before the end of March 2013. The possibility of oral arguments should be entertained only after the collectives' replies have been filed.

Fifth, the following parties appear to be directly or indirectly concerned by the issue:

- any collective that may, now or later, act for those whose works, performances or recordings may be made available in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public;
- any objector who may make available a work, performance or recording in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public, including objectors to SOCAN tariffs 17 (Transmission of Pay, Specialty and other Television Services by Distribution Undertakings), 22.A (Online Music Services), G (User Generated Content), H (Game Sites) and I (Other Sites) as well as all other SOCAN 22 tariffs, to the extent that these are

Premièrement, l'interprétation du droit de mise à disposition soulève essentiellement des questions purement juridiques nécessitant peu (ou, encore mieux, pas) de communication préalable ou de présentation de preuve.

Deuxièmement, la question bénéficierait d'être abordée dans le cadre d'un processus distinct durant lequel tous ceux qu'une décision de la Commission pourrait affecter auront l'occasion de faire valoir leurs moyens.

Troisièmement, l'examen de la question ne devrait rien changer à l'échéancier d'autres affaires, sinon que de retirer l'interprétation du droit de mise à disposition comme question devant être examinée dans ces affaires.

Quatrièmement, il devrait être possible de traiter de la question au moyen d'échanges écrits. Les sociétés de gestion devraient disposer de quatre semaines pour faire valoir leur point de vue. Les opposants répondraient quatre semaines plus tard, puis les sociétés de gestion répliqueraient au bout de deux semaines. Par conséquent, toutes les plaidoiries seraient produites avant la fin mars 2013. Une argumentation orale ne serait pas envisagée avant le dépôt des répliques des sociétés de gestion.

Cinquièmement, les personnes suivantes semblent concernées, directement ou non, par la question :

- les sociétés de gestion qui agissent ou qui pourraient plus tard agir pour le compte des titulaires dont les œuvres, les prestations ou les enregistrements pourraient être mis à la disposition de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement;
- les opposants qui pourraient mettre à la disposition du public une œuvre, une prestation ou un enregistrement de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit

currently user-based, 23 (Hotel and Motel In-room Services), 24 (Ringtones and Ringbacks) and 25 (Satellite Radio Services).

Recipients of this notice are asked to inform the Board no later than Friday, December 21, 2012, of the following:

- a. whether they consider themselves to be affected by the issues to be determined and if so, how;
- b. whether they intend to participate in this proceedings;
- c. to the extent possible, their preliminary views on the issues to be determined; and
- d. any comments they may have on whether the issues to be determined should be addressed as proposed in this notice.

Responses to the comments of others should be received no later than Friday, January 11, 2013. [emphasis omitted]

[8] Subsequent to the Board's Notice, the following parties chose to participate and make submissions:

- Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (ACTRA PRS)
- Apple Canada Inc. and Apple Inc. (Apple)
- Artisti
- Bell Canada (Bell)
- Canadian Association of Broadcasters (CAB)
- Canadian Broadcasting Corporation / *Société Radio-Canada* (CBC/SRC)
- Canadian Copyright Licensing Agency o/a

et au moment qu'il choisit individuellement, y compris les opposants aux tarifs suivants de la SOCAN : 17 (Transmission de services de télévision payante, services spécialisés et autres services de télévision par des entreprises de distribution), 22.A (Services de musique en ligne), G (Contenu généré par utilisateurs), H (Sites de jeux) et I (Autres sites) ainsi que les autres aspects du tarif 22, dans la mesure où en ce moment ils visent un utilisateur, 23 (Services offerts dans les chambres d'hôtel et de motel), 24 (Sonneries et sonneries d'attente) et 25 (Services de radio par satellite).

Les destinataires du présent avis sont priés d'informer la Commission, au plus tard le vendredi, 21 décembre 2012, de leur point de vue sur ce qui suit :

- a. s'ils se croient visés par les questions à trancher et si oui, comment;
- b. s'ils entendent participer à la présente affaire;
- c. dans la mesure possible, leur point de vue préliminaire sur les questions à trancher;
- d. si les questions à trancher devraient être abordées comme le propose le présent avis.

On pourra répondre aux commentaires des autres destinataires au plus tard le vendredi, 11 janvier 2013. [Caractères gras omis]

[8] À la suite de l'Avis de la Commission, les parties suivantes ont décidé de participer et de présenter des observations :

- Agence canadienne des droits de reproduction musicaux Itée (CMRRA) et la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) (conjointement CSI)
- *Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists* (ACTRA PRS)
- *Apple Canada Inc.* et *Apple Inc.* (Apple)
- Artisti
- Association canadienne des

- Access Copyright
- Canadian Media Production Association (CMPA)
- Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd. (CMRRA) and the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers (SODRAC) (jointly CSI)
- Canadian Retransmission Collective (CRC)
- Cineplex Entertainment LP (Cineplex)
- Entertainment Software Association (ESA)
- Google
- Microsoft Corporation (Microsoft)
- Music Canada (formerly CRIA)
- Musicians' Rights Organization Canada (MROC)
- National Campus and Community Radio Association / *L'Alliance des radios communautaires* (NCRA/ARC)
- Pandora Media Inc. (Pandora)
- Prof. Ariel Katz
- Province of British Columbia
- Quebec Collective Society for the Rights of Makers of Sound and Video Recordings (SOPROQ)
- Quebecor Media Inc. (Quebecor)
- Re:Sound Music Licensing Company (Re:Sound)
- Retail Council of Canada (RCC)
- Rogers Communications (Rogers)
- Shaw Communications (Shaw)
- Sirius XM Canada Inc. (Sirius)
- *Société des auteurs et compositeurs dramatiques* (SACD) and the *Société civile des auteurs multimédia* (SCAM) (jointly SACD-SCAM)
- *Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada* (SODRAC)
- *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction* (Copibec)
- Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN)
- Yahoo! Canada (Yahoo)
- radiodiffuseurs (ACR)
- Bell Canada (Bell)
- *Canadian Copyright Licensing Agency* (Access Copyright)
- *Canadian Media Production Association* (CMPA)
- *Cineplex Entertainment LP* (Cineplex)
- Conseil canadien du commerce de détail (CCCD)
- *Entertainment Software Association* (ESA)
- Google
- L'Alliance des radios communautaires / *National Campus and Community Radio Association* (ARC/NCRA)
- *Microsoft Corporation* (Microsoft)
- *Music Canada* (anciennement CRIA)
- *Musicians' Rights Organization Canada* (MROC)
- *Pandora Media Inc.* (Pandora)
- M. Ariel Katz
- Province de la Colombie-Britannique
- Québecor Média Inc. (Québecor)
- Ré:Sonne - Société de gestion de la musique (Ré:Sonne)
- *Rogers Communications* (Rogers)
- *Shaw Communications* (Shaw)
- *Sirius XM Canada Inc.* (Sirius)
- Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN)
- Société collective de retransmission du Canada (SCRC)
- Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec (SOPROQ)
- Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) et la Société civile des auteurs multimédia (SCAM) (conjointement SACD-SCAM)
- Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC)
- Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec)
- Société Radio-Canada / *Canadian Broadcasting Corporation* (SRC/CBC)
- Yahoo! Canada (Yahoo)

[9] Generally, those parties can be grouped into five broad categories:

[9] De manière générale, ces parties peuvent être regroupées en cinq grandes catégories :

1. Copyright Collective Societies:

Collective societies that administer rights that may be triggered or otherwise affected when works (e.g., SOCAN) or other subject-matter (e.g., Re:Sound) are made available. These entities administer various copyrights, either by directly entering into licence agreements with parties, or by the means of tariffs;

2. Rights Holder Groups:

Groups that represent the interests of copyright holders whose content may be made available (e.g., Music Canada). Many of the copyrights of the rights holders are administered by collective societies. Members of a rights holder group may also be members of one or more copyright collective societies and of one or more other rights holder groups. A rights holder group itself may be a member of another rights holder group;

3. Users:

Persons who perform activities that may involve the making available of works or other subject-matter (e.g., Apple). These parties, including the Objectors to Tariff 22.A, generally use copyrighted material in the course of their operations. Some may have agreements with rights holders, or may avail themselves of a tariff administered by a collective society. Many of the parties are also rights holders themselves, and exploit their copyright for commercial purposes;

4. User Groups:

Groups that represent the interests of such persons (e.g., ESA); and,

5. Individuals:

One individual, Prof. Ariel Katz, also made submissions in his personal capacity.

1. Les sociétés de gestion du droit d'auteur :

sociétés de gestion qui administrent des droits pouvant être mis en jeu ou autrement touchés lorsque les œuvres (par ex. la SOCAN) ou tout autre objet du droit d'auteur (par ex. Ré:Sonne) sont mis à disposition. Ces entités administrent divers droits d'auteur, soit directement par la conclusion d'ententes de licence avec les parties, soit au moyen de tarifs;

2. Les groupes de titulaires de droits :

groupes qui représentent les intérêts des titulaires de droits d'auteur dont le contenu peut être mis à disposition (par ex. *Music Canada*). Plusieurs droits de ces titulaires sont administrés par des sociétés de gestion. Les membres d'un groupe de titulaires de droits peuvent aussi être membres de l'une ou de plusieurs sociétés de gestion du droit d'auteur et de l'un ou de plusieurs autres groupes de titulaires de droits. Un groupe de titulaires de droits peut lui-même être membre d'un autre groupe de titulaires de droits;

3. Les utilisateurs :

personnes qui accomplissent des activités pouvant inclure la mise à disposition d'œuvres ou de tout autre objet du droit d'auteur (par ex. Apple). Ces parties, incluant les opposants au tarif 22.A, utilisent généralement le contenu protégé par le droit d'auteur dans le cadre de leurs activités. Certaines peuvent avoir des ententes avec les titulaires du droit d'auteur, ou peuvent être assujetties à un tarif administré par une société de gestion. Plusieurs parties sont elles-mêmes titulaires du droit d'auteur et exploitent leur droit d'auteur à des fins commerciales;

4. Les groupes d'utilisateurs :

groupes qui représentent les intérêts de

telles personnes (par ex. ESA);

5. Les individus :

un individu, M. Ariel Katz, a aussi présenté des observations pour son propre compte.

[10] The parties made submissions based on a wide variety of arguments, including arguments based on the textual reading of the legislative provisions, the intent of Parliament, and Canada's international obligations, primarily under the World Intellectual Property Office (WIPO) Copyright Treaty⁷ and, to a lesser extent, the WIPO Performances and Phonograms Treaty⁸ (together colloquially referred to as the "WIPO Internet Treaties").

[10] Les parties ont présenté des observations fondées sur une panoplie d'arguments, lesquels reposaient notamment sur une interprétation purement textuelle des dispositions législatives, l'intention du législateur et les obligations internationales du Canada, principalement en vertu du Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur⁷ et, dans une moindre mesure, du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes⁸ (communément désignés les « Traités Internet de l'OMPI »).

[11] Given the positions of the parties described below, we deal with the following legal issues:

[11] Nous traiterons des prétentions des parties décrites ci-dessous en répondant aux questions juridiques suivantes :

A. Does subsection 2.4(1.1) of the *Act* result in an online music service communicating a work to the public by telecommunication when it places a copy of that work on a server from where it can be downloaded by the public?

A. Est-ce qu'en vertu du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*, un service de musique en ligne communique au public par télécommunication une œuvre lorsque celui-ci place une copie de cette œuvre sur un serveur à partir duquel le public peut la télécharger?

B. Is the Board's interpretation of subsection 2.4(1.1) of the *Act* consistent with Canada's obligations under Article 8 of the WCT and Articles 10 and 14 of the WPPT?

B. L'interprétation faite par la Commission du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* est-elle conforme aux obligations du Canada au titre de l'article 8 du Traité de l'ODA et des articles 10 et 14 du Traité de l'OIEP?

C. Does the transmission of a work or other copyright subject-matter "merge" with the initial act of making available into a single protected act?

C. La transmission d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur « fusionne »-t-elle avec l'acte initial de mise à disposition de façon à former un seul acte protégé?

D. When do the various "making available" provisions (subsection 2.4(1.1) and paragraphs 15(1.1)(d) and 18(1.1)(a) of the *Act*) come into effect?

D. À quelles dates les diverses dispositions relatives à la « mise à disposition » (le paragraphe 2.4(1.1) et les alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) de la *Loi*) entrent-elles en vigueur?

II. SUMMARY OF THE DECISION

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

[13] A more limited interpretation of subsection 2.4(1.1) of the *Act*, which would make this provision applicable only when a work is made available for streaming, would not comply with Canada's international obligations. The fundamental reason for the enactment of subsection 2.4(1.1) by Parliament was for Canada to comply with Article 8 of the WCT.

[14] The interpretation of subsection 2.4(1.1) of the *Act* that it applies to the making available of both streams and downloads is consistent with Canada's obligations under Article 8 of the WCT and Articles 10 and 14 of the WPPT. It is also consistent with the technological neutrality interpretation principle.

[15] The introduction of subsection 2.4(1.1) of the *Act* did not have the effect of overturning *ESA*. The interpretation we adopt here is not in conflict with the meaning of paragraph 3(1)(f) of the *Act* as described in that decision.

[16] The act of making a work available to the public remains a communication to the public by telecommunication regardless of whether the subsequent transmission is a download or a stream. It remains distinct from any subsequent act of transmission; the two acts do not merge and become a single,

II. RÉSUMÉ DE LA DÉCISION

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

[13] Une interprétation plus stricte du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* qui rendrait ce dernier applicable seulement lorsqu'une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada. Le législateur a adopté le paragraphe 2.4(1.1) principalement pour que le Canada se conforme à l'article 8 du Traité de l'ODA.

[14] L'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) selon laquelle celui-ci s'applique à la mise à disposition tant des diffusions en continu que des téléchargements est conforme aux obligations du Canada prévues à l'article 8 du Traité de l'ODA et aux articles 10 et 14 du Traité de l'OIEP. Il s'agit également d'une interprétation compatible avec le principe d'interprétation de la neutralité technologique.

[15] L'ajout du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* n'a pas eu pour effet d'écartier l'arrêt *ESA*. L'interprétation que nous adoptons en l'espèce ne contredit pas le sens de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi* tel qu'il est décrit dans cet arrêt.

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

larger act.

[17] Subsections 2.4(1.1), 15(1.1) and 18(1.1) of the *Act* came into force on November 7, 2012. The effects of these provisions are entirely prospective from those dates; they are neither retroactive nor retrospective.

III. RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

[18] The *CMA* amended the *Copyright Act* to provide as follows:

2.4(1.1) For the purposes of this Act, communication of a work or other subject-matter to the public by telecommunication includes making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public.

[...]

15(1.1) Subject to subsections (2.1) and (2.2), a performer's copyright in the performer's performance consists of the sole right to do the following acts in relation to the performer's performance or any substantial part of it and to authorize any of those acts:

[...]

(d) to make a sound recording of it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to the sound recording from a place and at a time individually chosen by that member of the public and to communicate the sound recording to the public by telecommunication in that way.

[...]

18(1.1) Subject to subsections (2.1) and

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

[17] Les paragraphes 2.4(1.1), 15(1.1) et 18(1.1) sont entrés en vigueur le 7 novembre 2012. Les effets de ces dispositions sont entièrement prospectifs, à partir de ces dates; ils ne sont ni rétroactifs ni rétrospectifs.

III. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[18] La *LMDA* a modifié la *Loi sur le droit d'auteur* de manière à prévoir ce qui suit :

2.4(1.1) Pour l'application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

[...]

15(1.1) Sous réserve des paragraphes (2.1) et (2.2), l'artiste-interprète a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard de sa prestation ou de toute partie importante de celle-ci :

[...]

d) d'en mettre l'enregistrement sonore à la disposition du public et de le lui communiquer, par télécommunication, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

[...]

18(1.1) Sous réserve des paragraphes (2.1) et (2.2), le droit d'auteur du producteur d'un

(2.2), a sound recording maker's copyright in the sound recording also includes the sole right to do the following acts in relation to the sound recording or any substantial part of it and to authorize any of those acts:

(a) to make it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public and to communicate it to the public by telecommunication in that way.

[19] The communication right is provided at paragraph 3(1)(f) of the *Act* and reads as follows:

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

[...]

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

IV. POSITIONS OF THE PARTIES

[20] Parties in the Copyright Collective Societies and the Rights Holder Groups categories generally argue that the act of making a work available in the manner described in subsection 2.4(1.1) of the *Act* triggers the right of communication to the public by telecommunication. This is so whether the resulting transmission can be a download or a stream. Furthermore, some of these parties argue, explicitly or implicitly, that a download that results from a making available also triggers the right of communication to the public by

enregistrement sonore comporte également le droit exclusif, à l'égard de la totalité ou de toute partie importante de celui-ci :

a) de le mettre à la disposition du public et de le lui communiquer, par télécommunication, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

[19] Le droit de communication est prévu à l'alinéa 3(1)f) de la *Loi* et se lit comme suit :

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

[...]

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

IV. PRÉTENTIONS DES PARTIES

[20] De façon générale, les parties appartenant aux catégories des sociétés de gestion du droit d'auteur et des groupes de titulaires de droits soutiennent que le fait de mettre à disposition une œuvre de la manière décrite au paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* donne naissance au droit de communication au public par télécommunication, et ce, que la transmission qui en résulte soit un téléchargement ou une diffusion en continu. En outre, certaines de ces parties allèguent, de façon explicite ou implicite, qu'un téléchargement qui résulte d'une mise à

telecommunication. Other parties disagree with this latter proposition.

[21] Most parties argue either that the WCT requires that their interpretation be adopted in order for Canada to be compliant with its obligations or that their interpretation is compliant with these obligations.

[22] Parties in the Users and User Groups categories generally agree that the act of making a work available in the manner described in subsection 2.4(1.1) of the *Act*, where the resulting transmission is a stream, triggers the right of communication to the public by telecommunication. However, most parties in these categories argue that where a work is made available for download—or, some parties submit, actually results in a download—this does not trigger the right of communication to the public by telecommunication. Some parties in the Users and User Groups categories argue that in order for subsection 2.4(1.1) to be triggered, an actual transmission must take place. Furthermore, most parties in these categories argue that the WCT provides for sufficient flexibility for their interpretation to be consistent with Canada’s obligations.

[23] The positions taken by most of the parties to this proceeding are set out below. However, not all parties provided substantive arguments on the legal issues raised by the Board. The fact that we do not mention or cite a specific submission or argument of a party does not mean that we have not read or considered the submission or taken it into account when preparing these reasons. The number of parties involved, the number of positions, and variations of the arguments led us to address some arguments by subject-matter rather than by source.

disposition donne aussi naissance au droit de communication au public par télécommunication. D’autres parties ne souscrivent pas à cette dernière affirmation.

[21] La plupart des parties allèguent soit qu’aux termes du Traité de l’ODA, leur interprétation doit être adoptée pour que le Canada respecte ses obligations, ou que leur interprétation est conforme à ces obligations.

[22] Les parties appartenant aux catégories des utilisateurs et des groupes d’utilisateurs s’entendent de façon générale pour dire que le fait de mettre une œuvre à la disposition du public de la manière décrite au paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* donne naissance au droit de communication au public par télécommunication lorsque la transmission qui en résulte est une diffusion en continu. Toutefois, la majorité des parties dans ces catégories soutiennent que lorsqu’une œuvre est mise à disposition pour téléchargement – ou, selon certaines parties, résulte véritablement en un téléchargement – cela ne donne pas naissance au droit de communication au public par télécommunication. Certaines parties appartenant aux catégories des utilisateurs ou du groupe d’utilisateurs font valoir que pour que le paragraphe 2.4(1.1) soit mis en jeu, une véritable transmission doit avoir lieu. En outre, la plupart des parties appartenant à ces catégories soutiennent que le Traité de l’ODA offre suffisamment de souplesse pour que leur interprétation soit compatible avec les obligations du Canada.

[23] Les prétentions communes à la majorité des parties à la présente instance sont énoncées ci-dessous. Toutefois, ce ne sont pas toutes les parties qui ont présenté des arguments de fond sur les questions juridiques soulevées par la Commission. Le fait que nous ne mentionnons pas ou que nous ne citons pas une observation en particulier ou un argument d’une partie ne signifie pas que nous ne l’avons pas lu ou que nous ne l’avons pas pris en compte lors de la rédaction des présents motifs. Le nombre de parties en cause, le nombre de prétentions, et

la diversité des arguments nous ont amenés à traiter certains arguments en fonction de leur objet plutôt que de leur origine.

[24] We further note that some parties state that they support the position adopted by another party, only to make submissions that deviate from—or are even at odds with—the purportedly supported position. As such, statements that a party supports the submissions of another party could not always be taken at face value.

[24] Nous relevons en outre que certaines parties déclarent qu'elles appuient la thèse d'une autre partie, mais qu'elles présentent des observations qui s'en éloignent, ou sont même complètement opposées à ce qu'elles disent appuyer. Ainsi, les déclarations selon lesquelles une partie appuie les observations d'une autre partie ne peuvent pas toujours être prises à la lettre.

A. Copyright Collective Societies

Access Copyright and Copibec

[25] Access Copyright and Copibec describe themselves as “collective societies that represent the copyright interests of authors and publishers of literary works.”⁹

A. Sociétés de gestion du droit d'auteur

Access Copyright et Copibec

[25] Access Copyright et Copibec se décrivent comme des [TRADUCTION] « sociétés de gestion qui représentent les intérêts en matière de droits d'auteur des auteurs et des éditeurs d'œuvres littéraires. »⁹

[26] They argue that the timing of the Royal Assent of the Bill permits the Board to consider pre-*ESA* interpretations of paragraph 3(1)(f) of the *Act*. They submit that subsection 2.4(1.1) expands the scope of paragraph 3(1)(f)¹⁰ to create liability for the act of making a work available.

[26] Ces sociétés allèguent que le moment où le projet de loi a reçu la sanction royale permet à la Commission de prendre en considération les interprétations de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi* antérieures à l'arrêt *ESA*. Selon ces sociétés, le paragraphe 2.4(1.1) élargit la portée de l'alinéa 3(1)f)¹⁰ pour créer une responsabilité à l'égard de l'acte de mise à disposition d'une œuvre.

[27] According to Access Copyright and Copibec, the act of “making available” a work is, since the coming-into-force of subsection 2.4(1.1) of the *Act*, a discrete, tariffable act comprised within the right of communication to the public by telecommunication. The act is complete once access to a work is enabled by posting the work online, and remains an act of communication irrespective of whether the user perceives any resulting transmission simultaneously with the transmission or at a later time.

[27] Selon ces sociétés de gestion, le fait de « mettre à disposition » une œuvre est, depuis l'entrée en vigueur du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*, un acte distinct, tarifable, qui fait partie du droit de communiquer au public par télécommunication. L'acte est terminé lorsque l'accès à une œuvre est permis par la mise en ligne de l'œuvre et l'acte demeure un acte de communication, peu importe si l'utilisateur perçoit la transmission qui en résulte au moment de la transmission ou ultérieurement.

Artisti

[28] Artisti¹¹ describes itself as

[TRANSLATION] a collective society that administers certain rights for the benefit of performers participating in sound recordings, in particular made available to the public in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public.¹²

[29] Artisti submits that the proceeding was primarily about the making available of a work, and not sound recordings, and that the Board should limit its conclusions to those issues that SOCAN specifically raised.

[30] It further argues that “making available” does not require actual access to occur for it to be triggered, and that the possibility of having access is sufficient. The acts of making available and a subsequent transmission for download or streaming are distinct, and trigger distinct rights, even though these acts may occur in rapid sequence.

[31] Lastly, according to Artisti, subsection 2.4(1.1) of the *Act* is not intended to restrict the ambit of “communication” to simultaneous acts of transmission and perception, since the provision speaks of being able to choose the time of access.

CSI

[32] CSI¹³ describes itself as a joint venture of CMRRA and SODRAC. CSI licenses the reproduction rights in the joint repertoire of CMRRA and SODRAC to various music users, including radio stations, background music services and online music services.¹⁴

[33] It states that for the purposes of this proceeding, CSI and its parent collectives,

Artisti

[28] Artisti¹¹ se décrit comme suit :

Une société de gestion collective qui administre certains droits pour le compte d’artistes interprètes participant à des enregistrements sonores notamment mis à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement.¹²

[29] Artisti soutient que l’instance portait principalement sur la mise à disposition d’une œuvre, et non sur les enregistrements sonores, et que la Commission devrait restreindre ses conclusions aux questions précises que la SOCAN a soulevées.

[30] Artisti allègue en outre que, la « mise à disposition » n’exige pas qu’un véritable accès ait lieu pour qu’elle soit mise en jeu, et que la possibilité d’avoir un accès suffit. La mise à disposition et la transmission subséquente pour téléchargement ou pour diffusion en continu sont des actes distincts qui mettent en jeu des droits distincts, même si ces actes peuvent se succéder très rapidement.

[31] Enfin, selon Artisti, le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* n’a pas pour but de restreindre la portée de la « communication » aux actes simultanés de communication et de perception, étant donné que la disposition traite de la capacité de choisir le moment de l’accès.

CSI

[32] CSI¹³ se décrit comme une coentreprise formée de la CMRRA et de la SODRAC. CSI octroie des licences de reproduction relatives au répertoire conjoint de la CMRRA et de la SODRAC à des utilisateurs de musique, comme les stations de radio, les services de musique de fond et les services de musique en ligne.¹⁴

[33] CSI déclare qu’aux fins de la présente instance, elle et ses sociétés de gestion mères,

CMRRA and SODRAC, represent only the reproduction right in musical works and collect royalties pursuant to the CSI Online Music Services Tariff for the reproduction of musical works in permanent downloads, limited downloads, and on-demand streams.

[34] CSI contends that, given the Board's Notice, only issues related to the making available of works should be addressed, and not the making available of performers' performances fixed in sound recordings, nor the making available of sound recordings.

[35] It submits that subsection 2.4(1.1) of the *Act* implements Article 8 of the WCT through the communication right alone. However, while subsection 2.4(1.1) may apply to downloads, so does the reproduction right. If the making available right applies to an online transmission of music, it applies to acts that are separate and distinct from those that trigger the reproduction right, which applies independently to other aspects of the process.

[36] CSI submits that *ESA* remains good precedent and argues that its position is consistent with that decision since the act of making a work available for download is an act separate from the transmission of a download. Moreover, *ESA* also reaffirmed the well-established proposition that, where a given activity or transaction involves multiple acts, it is entirely appropriate to recognize each act separately. In any case, CSI argues, the act of making available a work is distinct from any initial reproduction made on the service provider's servers before any transmission occurs.

[37] Finally, CSI submits that it would contravene the WIPO Internet Treaties if a right were not applicable in a particular context only because the other right applies to

la CMRRA et la SODRAC, représentent seulement le droit de reproduction des œuvres musicales et perçoivent des redevances conformément au tarif CSI pour les services de musique en ligne visant la reproduction d'œuvres musicales dans des téléchargements permanents, des téléchargements limités et des diffusions en continu sur demande.

[34] CSI soutient que, considérant l'avis de la Commission, seules les questions liées à la mise à disposition d'œuvres devraient être traitées et non la mise à disposition des prestations des artistes-interprètes fixées sur des enregistrements sonores ou la mise à disposition d'enregistrements sonores.

[35] Selon CSI, le paragraphe 2.4(1.1) met en œuvre l'article 8 du Traité de l'ODA par le seul jeu du droit de communication. Toutefois, bien que le paragraphe 2.4(1.1) puisse s'appliquer aux téléchargements, le droit de reproduction s'y applique également. Si le droit de mise à disposition s'applique à une transmission de musique en ligne, il s'applique à des actes qui sont séparés et distincts de ceux qui mettent en jeu le droit de reproduction, lequel s'applique indépendamment des autres aspects du processus.

[36] CSI soutient que l'arrêt *ESA* demeure un bon précédent et que sa thèse est compatible avec cet arrêt, étant donné que le fait de mettre à disposition une œuvre en vue d'un téléchargement est un acte distinct de la transmission d'un téléchargement. En outre, l'arrêt *ESA* a aussi réaffirmé une thèse bien établie : lorsqu'une activité donnée ou une transaction touche à de multiples actes, il est tout à fait approprié de reconnaître chaque acte de façon distincte. Quoi qu'il en soit, selon CSI, la mise à disposition d'une œuvre est un acte distinct d'une reproduction initiale faite sur les serveurs des fournisseurs de service avant qu'une transmission ait lieu.

[37] Enfin, CSI soutient qu'il y aurait contravention aux Traités Internet de l'OMPI si un droit n'était pas applicable dans un contexte précis uniquement parce que l'autre

a (different) act in the same context.

[38] CSI filed the expert opinion of Dr. Silke von Lewinski,¹⁵ which was prepared jointly on behalf of CSI and Music Canada.

SACD-SCAM

[39] SACD-SCAM¹⁶ describe themselves as

[TRANSLATION] collective societies managing copyright in dramatic works. Both manage collectively the reproduction, the communication to the public by telecommunication and the making available rights of the authors they are representing.¹⁷

[40] They argue that subsection 2.4(1.1) does not create a new right, but amounts to a rule of interpretation, and that it must cover the “offering” of a work, even where this is not followed by an actual transmission of that work. It is triggered as soon as it is possible to access the work by telecommunication. If an actual transmission follows, it is only the “making available” that is triggered. This subordination of the subsequent transmission to the act of making available prevents the layering of rights for acts that are closely connected.

[41] However, they submit, the making available of a work is not always a communication of that work. While the making available of a work resulting in a communication may be a communication itself, the act of making available in other situations, such as where no transmission results, may fit elsewhere into the basic structure of copyright (i.e., the right to reproduce, produce, perform, or publish, enumerated in subsection 3(1)). Just because the right to communicate a work to the public by telecommunication includes the making available of that work does not prevent this

droit s’applique à un acte (différent) dans le même contexte.

[38] CSI a déposé l’opinion de l’experte M^{me} Silke von Lewinski,¹⁵ qui a été préparée conjointement pour le compte de CSI et de *Music Canada*.

SACD-SCAM

[39] SACD-SCAM¹⁶ se décrivent comme suit :

sociétés de gestion collective du droit d’auteur sur des œuvres dramatiques. Elles ont toutes deux vocation à gérer collectivement les droits de reproduction, de communication au public par télécommunication et de mise à disposition des auteurs qu’elles représentent.¹⁷

[40] Ces sociétés font valoir que le paragraphe 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit, mais équivaut à une règle d’interprétation, et doit englober l’« offre » d’une œuvre, même si elle n’est pas suivie d’une transmission de cette œuvre. Il est mis en jeu dès qu’on peut avoir accès à l’œuvre par télécommunication. Si une transmission s’ensuit, c’est uniquement le droit de « mise à disposition » qui est en jeu. Cette subordination de la transmission subséquente à l’acte de mise à disposition empêche le cumul de droits à l’égard d’actes qui sont étroitement liés.

[41] Toutefois, selon ces sociétés, la mise à disposition d’une œuvre n’est pas toujours une communication de cette œuvre. Bien qu’une mise à disposition d’une œuvre dont le résultat est une communication puisse être une communication en soi, le fait de mettre à disposition, dans d’autres situations dans lesquelles, par exemple, aucune transmission n’en résulte, peut cadrer ailleurs eu égard à l’économie fondamentale du droit d’auteur (à savoir les droits de reproduire, produire, représenter ou publier, qui sont énumérés au paragraphe 3(1)). Ce n’est pas parce que le droit de communication d’une œuvre au

making available “right” from being an example of the right to reproduce, the right to perform in public, or the right to publish the work.

SOCAN

[42] SOCAN¹⁸ submits that subsection 2.4(1.1) creates a new right, and renders moot and inapplicable the conclusion reached by the Supreme Court in *ESA*. It argues that the provision expands the scope of the right in paragraph 3(1)(f) so that posting a work on an Internet server in a way that allows access to it by a member of the public triggers the right to communicate to the public by communication, whether the work is subsequently transmitted by way of downloads, streams, or not at all.

[43] SOCAN further submits that after a work is made available, any subsequent acts of transmission may be communications or reproductions. The acts involved in a download are limited to the end-user’s request for a copy of the musical file and the resultant permanent reproduction. The making available of a work on the online music server is a separate and distinct act.

[44] SOCAN argues that its interpretation is supported by evidence showing the intention of Parliament and that the interpretation offered by some Users and User Groups would not meet Canada’s obligations under the WCT.

[45] SOCAN filed the expert opinions of Dr. Mihály Ficsor¹⁹ and Dr. Jane Ginsburg,²⁰ which were prepared at SOCAN’s request.

public par télécommunication inclut la mise à disposition de cette œuvre que cela empêche ce « droit » de mise à disposition d’être un exemple du droit de reproduire, du droit d’exécution en public, ou du droit de publier l’œuvre.

SOCAN

[42] La SOCAN¹⁸ soutient que le paragraphe 2.4(1.1) crée un nouveau droit et rend caduque et inapplicable la conclusion à laquelle la Cour suprême est arrivée dans l’arrêt *ESA*. Elle prétend que la disposition élargit la portée du droit prévu à l’alinéa 3(1)(f), de sorte que le fait de mettre une œuvre sur un serveur Internet de manière que chacun puisse y avoir accès met en jeu le droit de communiquer au public par communication, que l’œuvre soit par la suite transmise au moyen de téléchargements ou de diffusions en continu, ou non transmise.

[43] La SOCAN soutient en outre qu’une fois qu’une œuvre est mise à disposition, tous les actes subséquents de transmission peuvent être des communications ou des reproductions. Les actes liés à un téléchargement sont limités à la demande de l’utilisateur final d’obtenir une copie du fichier musical et de la reproduction permanente qui en résulte. La mise à disposition d’une œuvre sur le serveur de musique en ligne est un acte séparé et distinct.

[44] La SOCAN allègue que son interprétation est étayée par les éléments de preuve qui établissent l’intention du législateur, et que l’interprétation proposée par certains des utilisateurs et des groupes d’utilisateurs ne permettrait pas au Canada de s’acquitter de ses obligations aux termes du Traité de l’ODA.

[45] La SOCAN a déposé les opinions d’expert de M. Mihály Ficsor¹⁹ et de M^{me} Jane Ginsburg,²⁰ préparées à la demande de la SOCAN.

B. Rights Holder Groups

Music Canada

[46] Music Canada²¹ is a non-profit trade organization that promotes the interests of its members: Sony Music Entertainment Canada Inc., Universal Music Canada Inc., and Warner Music Canada Co.²²

[47] Music Canada submits that subsection 2.4(1.1) is a deeming clause that artificially imports into the expression “communication by telecommunication” an additional meaning other than its normal meaning. It argues that paragraph 3(1)(f) must be interpreted to include the making available of streams and downloads, and that this is consistent with *ESA*. Having subsection 2.4(1.1) applicable only to the making available of streams, and not of downloads would expose identical acts of making available to different legal standards and would result in fragmented rights. It further argues that making available should cover all elements of the transmission to the end user, should a transmission occur.

[48] Lastly, Music Canada submits that its proposed outcome is the only one that permits Canada to fully comply with Canada’s treaty obligations under the WCT.

[49] As noted, Music Canada filed the expert opinion of Dr. Silke von Lewinski,²³ jointly on behalf of itself and CSI.

CMPA

[50] The CMPA²⁴ states that it “represents the interests of screen-based media companies engaged in the production and distribution of English-language television programs, feature films, and new media content in all regions of Canada.”²⁵

B. Groupes de titulaires de droits

Music Canada

[46] *Music Canada*²¹ est une organisation à but non lucratif qui fait la promotion des intérêts de ses membres : *Sony Music Entertainment Canada Inc.*, *Universal Music Canada Inc.* et *Warner Music Canada Co.*²²

[47] *Music Canada* soutient que le paragraphe 2.4(1.1) est une disposition déterminative qui donne à l’expression « communication par télécommunication » une signification additionnelle de celle qu’on lui reconnaît habituellement. Selon *Music Canada*, l’alinéa 3(1)f) doit être interprété de manière à englober la mise à disposition des diffusions en continu et des téléchargements, et soutient que cette interprétation est compatible avec l’arrêt *ESA*. Si le paragraphe 2.4(1.1) s’appliquait seulement à la mise à disposition des diffusions en continu et non pas aux téléchargements, des actes identiques de mise à disposition seraient soumis à des normes juridiques différentes et il en résulterait une fragmentation des droits. *Music Canada* soutient en outre que la mise à disposition devrait englober tous les éléments de la transmission à l’utilisateur final, advenant transmission.

[48] Enfin, *Music Canada* soutient que l’issue qu’elle propose est la seule qui permette au Canada de se conformer entièrement à ses obligations au titre du Traité de l’ODA.

[49] Tel que déjà mentionné, *Music Canada* a déposé l’opinion d’expert de M^{me} Silke von Lewinski,²³ conjointement pour son propre compte et pour le compte de CSI.

CMPA

[50] La CMPA²⁴ déclare qu’elle [TRADUCTION] « représente les intérêts des entreprises du milieu audiovisuel œuvrant dans les domaines de la production et de la distribution d’émissions de télévision, de longs métrages et de nouveaux médias, de langue anglaise, dans toutes les régions du Canada ».²⁵

[51] The CMPA expresses concerns that there may be legislative gaps if an actual reproduction of—as opposed to the provision of access to—a work was necessary for liability to arise under subsection 2.4(1.1). Furthermore, the CMPA submits that the WIPO Internet Treaties require that liability be based on the provision of access to a work, not necessarily its reproduction.

[52] The CMPA submits that enforcing the reproduction right against a multitude of end-users is not pragmatically possible, and that the purpose of the making available right is to provide effective recourse against the person making the content available to the public, not the end user. It therefore urges the Board to reject the position that the “making available” right is limited only to the making available of streams.

C. Users

[53] The Users all take the position that the decision of the Supreme Court of Canada in *ESA* has not been overturned by subsection 2.4(1.1), and continues to govern whether a download is a communication to the public by telecommunication, and that SOCAN does not have the right to collect royalties for musical works that are downloaded via the Internet as a result of the making available of those works.

Apple

[54] Apple²⁶ argues that subsection 2.4(1.1) of the *Act* does not apply a new “making available right” to downloads, nor does it reflect Parliament’s intent to impose an additional layer of protection and fees based solely on the fact that downloads are transmitted over the Internet rather than delivered physically. In Apple’s submission, subsection 2.4(1.1) does not change the

[51] La CMPA a exprimé des réserves quant au fait qu’il pourrait y avoir des vides juridiques si une reproduction d’une œuvre – par opposition au fait de rendre une œuvre accessible – était nécessaire pour que la responsabilité soit engagée au titre du paragraphe 2.4(1.1). En outre, la CMPA soutient que les Traités Internet de l’OMPI exigent que la responsabilité soit fondée sur le fait de donner accès à une œuvre, et non nécessairement sur sa reproduction.

[52] La CMPA soutient que la mise en application du droit de reproduction à l’encontre d’une multitude d’utilisateurs finaux n’est pas, de façon pragmatique, possible et que l’objectif du droit de mise à disposition est de donner un recours efficace contre la personne qui met le contenu à la disposition du public et non pas contre l’utilisateur final. La CMPA invite donc la Commission à rejeter la thèse selon laquelle le droit de « mise à disposition » est limité uniquement à la mise à disposition de diffusions en continu.

C. Utilisateurs

[53] Les utilisateurs soumettent tous que l’arrêt *ESA* de la Cour suprême du Canada n’a pas été écarté par le paragraphe 2.4(1.1), et qu’il continue de régir la question de savoir si un téléchargement est une communication au public par télécommunication, et que la SOCAN n’a pas le droit de percevoir des redevances pour des œuvres musicales qui sont téléchargées par l’entremise de l’Internet en raison de la mise à disposition de ces œuvres.

Apple

[54] Apple²⁶ soutient que le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* ne prévoit pas un nouveau « droit de mise à disposition » à l’égard des téléchargements, et qu’il ne reflète pas non plus l’intention du législateur d’imposer une couche supplémentaire de protection et des frais basés uniquement sur le fait que les téléchargements sont transmis par Internet plutôt que d’être livrés physiquement.

nature of a communication, as described in *ESA*, but merely clarifies that Internet communications apply to “pull” or interactive transmissions.

[55] It also argues that Article 8 of the WCT was intended to fill any existing gaps in national copyright laws—not to add additional layers of fees for already compensated transactions. The protection of digital downloads (as opposed to streams) solely through the reproduction right is consistent with Canada’s international obligations.

Cineplex

[56] Cineplex²⁷ states that it

operates Cineplex Store, an online service that offers customers digital copies of movies for either purchase or rental by download, as well as movies on DVD and Blu-ray for delivery by traditional physical means.²⁸

[57] Cineplex proposes an interpretation of subsection 2.4(1.1) that excludes distribution of copies via download. According to it, online services that make available copies of musical works for download, including works embedded in audio-visual content, do not engage the right of communication to the public administered by SOCAN.

[58] It argues that subsection 2.4(1.1) added a definitional clarification of the term “communication to the public” by including the act of “making available to the public” within its scope. Thus, the act of “making available” must be construed as an illustrative example of “communication,” which is in

Selon les observations d’Apple, le paragraphe 2.4(1.1) ne change pas la nature d’une communication, comme l’indique l’arrêt *ESA*, mais apporte simplement des éclaircissements quant au fait que les communications Internet s’appliquent aux transmissions [TRADUCTION] « sollicitées » ou interactives.

[55] Apple fait aussi valoir que l’article 8 du Traité de l’ODA visait à combler toutes lacunes existantes du droit national en matière de droit d’auteur – et non à ajouter des couches supplémentaires de frais pour des transactions qui sont déjà rémunérées. La protection des téléchargements numériques (par opposition aux diffusions en continu) uniquement au moyen du droit de reproduction est compatible avec les obligations internationales du Canada.

Cineplex

[56] Cineplex²⁷ déclare qu’elle

[TRADUCTION] exploite des magasins Cineplex, un service en ligne qui offre aux consommateurs des copies numériques de films soit pour l’achat, soit pour la location par téléchargement, ainsi que des films en format DVD et Blu-ray pour livraison par des moyens physiques traditionnels.²⁸

[57] Cineplex propose une interprétation du paragraphe 2.4(1.1) qui exclut la distribution de copies par téléchargement. Selon Cineplex, les services en ligne qui mettent à disposition des copies d’œuvres musicales pour téléchargement, incluant les œuvres incorporées dans un contenu audiovisuel, ne font pas intervenir le droit de communication au public administré par la SOCAN.

[58] Cineplex allègue que le paragraphe 2.4(1.1) a ajouté une précision à la définition de l’expression « communication au public », en incluant l’acte de « mettre à la disposition du public » dans le champ d’application de cette expression. Ainsi, l’acte de « mise à disposition » doit être

turn an illustrative example of “performance.” According to it, SOCAN’s interpretation violates the principle of technological neutrality.

[59] Lastly, Cineplex submits that its proposed interpretation is compliant with the WCT since Canada already protects the making available of works for download via rights of reproduction and authorization, and thus it has no obligation to extend its right of communication to cover that activity.

Microsoft

[60] Microsoft²⁹ states that it

develops, manufactures, licenses, and supports a wide range of programs, devices, and online services, including Windows, Surface, Microsoft Office and Microsoft Office 365, SkyDrive, Xbox and Xbox Live, and Bing. Microsoft’s products and services are used by consumers worldwide to access, experience, and enjoy a wide range of media including music, games, movies, and television, whether such media is obtained via Microsoft online services such as Xbox Music or Xbox Live, via third party applications, or from third party online marketplaces.³⁰

[61] As part of its licensed entertainment services in Xbox Music and Xbox Live, Microsoft enables users to download media files containing music for which they have purchased a licence (including music tracks, film, television, and video game content). Additionally, users of various Microsoft online cloud services may also choose to store or backup, and download media files containing music for their personal use,

interprété comme un exemple de « communication » qui, à son tour, est un exemple d’« exécution ». Selon Cineplex, l’interprétation donnée par la SOCAN est contraire au principe de la neutralité technologique.

[59] Enfin, Cineplex soutient que l’interprétation qu’elle propose est compatible avec le Traité de l’ODA puisque le Canada assure déjà la protection de la mise à disposition d’œuvres en vue du téléchargement au moyen des droits de reproduction et d’autorisation. Ainsi, le Canada n’a pas l’obligation d’élargir la portée du droit de communication pour englober cette activité.

Microsoft

[60] Microsoft²⁹ déclare qu’elle :

[TRADUCTION] met au point, fabrique, autorise et prend en charge une vaste gamme de programmes, appareils informatiques et services en ligne, notamment Windows, Surface, Microsoft Office et Microsoft Office 365, SkyDrive, Xbox et Xbox Live, et Bing. Les produits et services de Microsoft sont utilisés par des consommateurs dans le monde entier, afin d’avoir accès, de faire l’expérience et de jouir d’un large éventail de produits notamment de musique, jeux, films et télévision, que de tels produits soient obtenus par les services en ligne de Microsoft tels que Xbox Music ou Xbox Live, par des applications d’une tierce partie, ou à partir de commerces en ligne d’une tierce partie.³⁰

[61] Dans le cadre de ses services de divertissement sous licence dans Xbox Music et Xbox Live, Microsoft permet aux utilisateurs de télécharger des fichiers média contenant de la musique pour lesquels ils ont acquis une licence (notamment des pistes musicales et du contenu de films, de télévision et de jeux vidéo). De plus, les utilisateurs de divers services en ligne du nuage Microsoft peuvent aussi choisir de

whether obtained from Microsoft or from third party media providers.

[62] Microsoft submits that users of music on the Internet are not liable to pay communication right royalties to SOCAN when they post musical works on their Internet servers for download by their end-user customers.

[63] Microsoft argues that subsection 2.4(1.1) of the *Act* does not render *ESA* moot or inapplicable. According to it, the communication right engages and protects activities akin to performance, but not activities akin to reproduction. The inclusion of making available within the scope of communication means that subsection 2.4(1.1) must be read in accordance with the scope of the communication right as discussed in *ESA*, and therefore applies only when works are made available by streaming. This aligns with paragraphs 15(1.1)(*d*) and 18(1.1)(*a*), where the mode of access by telecommunication that supports the act of making available must be a mode of access that would constitute a communication to the public by telecommunication.

[64] Microsoft also submits that any act of making available takes its character from the mode of “availability.” Only availability that fits within the concept of communication as developed in *ESA* can constitute availability for these purposes. Requiring a separate payment for the making available of works for download would go contrary to the principle of technological neutrality, as would amount to “double dipping.”

[65] Lastly, Microsoft argues that this

stocker ou de sauvegarder une copie, et de télécharger des fichiers média contenant de la musique pour leur utilisation personnelle, qu’ils soient obtenus de Microsoft ou de fournisseurs média tiers.

[62] Microsoft soutient que les utilisateurs de musique sur Internet ne sont pas tenus de payer à la SOCAN des redevances pour le droit de communication lorsqu’ils mettent des œuvres musicales sur leurs serveurs Internet pour qu’elles soient téléchargées par leurs consommateurs qui sont des utilisateurs finaux.

[63] Microsoft affirme que le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* ne rend l’arrêt *ESA* ni caduc ni inapplicable. Selon elle, le droit de communication fait intervenir et protège des activités qui s’apparentent à l’exécution, mais non les activités qui s’apparentent à la reproduction. Le fait d’inclure la mise à disposition dans le cadre de la communication signifie que le paragraphe 2.4(1.1) doit être interprété en conformité avec le droit de communication décrit dans l’arrêt *ESA* et, par conséquent, il s’applique uniquement lorsque les œuvres sont mises à disposition par diffusion en continu. Selon Microsoft, cette thèse est compatible avec les alinéas 15(1.1)(*d*) et 18(1.1)(*a*), selon lesquels le mode d’accès par télécommunication qui permet la mise à disposition doit être un mode d’accès qui constituerait une communication au public par télécommunication.

[64] Microsoft soutient aussi que la qualification de tout acte de mise à disposition est faite selon le mode de [TRADUCTION] « disponibilité ». Seule la disponibilité qui correspond au concept de communication élaboré dans l’arrêt *ESA* peut constituer une disponibilité à ces fins. Le fait d’exiger un paiement distinct pour la mise à disposition d’œuvres en vue du téléchargement serait contraire au principe de la neutralité technologique, car il équivaudrait à une « double rémunération ».

[65] Enfin, Microsoft fait valoir que cette

approach is consistent with international treaties, as there is nothing in the treaties that requires Canada to enshrine protection for making available for downloads within the domestic communication right.

Networks

[66] Bell Canada, Google, Rogers Communications, Shaw Communications, Quebecor Media, and Yahoo! filed together as the “Networks.”³¹ They argue that the amendment of the *Act* by the addition of subsection 2.4(1.1) did not amend the communication right, or create a new “making available” right, but merely included the act of “making available” within the scope of the existing right in paragraph 3(1)(f) of communication to the public by telecommunication. Since *ESA* continues to be good law, the right in paragraph 3(1)(f) is itself an example of an activity covered under the public performance right contained in subsection 3(1) of the *Act*. Subsection 2.4(1.1) does not have the effect of turning an act that is not a performance into a performance. Thus, they submit, subsection 2.4(1.1) applies only to the making available of works for the purpose of communication, not for download. Once a work is communicated to the public by telecommunication that transmission and the preparatory act of making the work available merge into a single act of public performance.

[67] Moreover, they argue, an interpretation that would result in downloads being subject to more than one right would be contrary to the Supreme Court’s statement in *ESA* that a single event cannot engage more than one right.

[68] Lastly, they submit that their interpretation of subsection 2.4(1.1) is consistent with the WCT, as the treaty permits flexibility in its implementation. In

méthode est compatible avec les traités internationaux, car rien dans ces traités n’exige que le Canada intègre la protection pour la mise à disposition en vue de téléchargements dans son droit national en matière de communication.

Les Réseaux

[66] Bell Canada, Google, *Rogers Communications, Shaw Communications, Québecor Média et Yahoo!* ont déposé conjointement des observations sous le nom de « Réseaux ». ³¹ Ils allèguent que la modification à la *Loi* par l’ajout du paragraphe 2.4(1.1) ne modifie pas le droit de communication et ne crée pas un nouveau droit de « mise à disposition », mais a simplement inclus le fait de « mettre à disposition » dans le droit existant, prévu à l’alinéa 3(1)f), de communiquer au public par télécommunication. Étant donné que l’arrêt *ESA* demeure valable en droit, l’alinéa 3(1)f) est en soi un exemple d’une activité incluse dans le droit d’exécution en public prévu au paragraphe 3(1) de la *Loi*. Le paragraphe 2.4(1.1) n’a pas pour effet de changer un acte qui n’est pas une exécution en une exécution. Les Réseaux soutiennent donc que le paragraphe 2.4(1.1) s’applique uniquement à la mise à disposition d’œuvres à des fins de communication, et non à des fins de téléchargement. Une fois qu’une œuvre est communiquée au public par télécommunication, cette transmission et l’acte préalable de mettre l’œuvre à disposition s’intègrent en un acte unique d’exécution en public.

[67] En outre, les Réseaux font valoir qu’une interprétation qui donnerait lieu à ce que des téléchargements soient assujettis à plus d’un droit serait contraire à ce qu’a dit la Cour suprême dans l’arrêt *ESA*, à savoir qu’une seule activité ne peut faire intervenir plus d’un droit.

[68] Enfin, les Réseaux soutiennent que leur interprétation du paragraphe 2.4(1.1) est compatible avec le Traité de l’ODA puisque celui-ci laisse place à de la souplesse quant à

particular, the WCT does not require that the act of making available be covered by a free-standing right, nor does it require that downloads be protected as public performances.

[69] The Networks filed the expert opinions of Prof. Sam Ricketson³² and Prof. Jeremy de Beer,³³ which were prepared at the request of the Networks.

Province of British Columbia

[70] The Government of British Columbia³⁴ submits that subsection 2.4(1.1) does not create another exclusive right of “making available,” in addition to the exclusive rights set out in section 3 of the *Act*. Rather, making a work available for the purpose of communication is protected under the public performance right in section 3 and making available for the purpose of downloading is protected under the reproduction right in section 3. Where a work is merely made available but no download of the work has occurred, since no reproduction right has been engaged, no event compensable to the owner of the reproduction right has occurred.

D. User Groups

CAB

[71] CAB³⁵ states that it supports the overall conclusions of Apple, Bell, Cineplex, Google, Microsoft, Rogers, Shaw, Quebecor, and Yahoo and relies on the analysis undertaken in the expert opinions of Professors Sam Ricketson and Jeremy de Beer.

[72] CAB submits that subsection 2.4(1.1) applies in the context of communications, but does not apply in the context of reproductions. According to it, subsection 2.4(1.1) does not create a new, separate right, but only clarifies the existing right of communication to the public by

sa mise en œuvre. En particulier, le Traité de l’ODA n’exige pas que l’acte de mise à disposition soit englobé dans un droit distinct ni que les téléchargements soient protégés en tant qu’exécutions en public.

[69] Les Réseaux ont déposé les opinions des experts MM. Sam Ricketson³² et Jeremy de Beer,³³ préparées à la demande des Réseaux.

Province de la Colombie-Britannique

[70] Le gouvernement de la Colombie-Britannique³⁴ soutient que le paragraphe 2.4(1.1) ne crée pas un autre droit exclusif de « mise à disposition », en sus des droits exclusifs énoncés à l’article 3 de la *Loi*. Au contraire, le fait de mettre une œuvre à la disposition du public à des fins de communication est protégé par le droit d’exécution en public prévu à l’article 3 et la mise à disposition à des fins de téléchargement est protégée par le droit de reproduction prévu à l’article 3. Lorsqu’une œuvre est simplement mise à disposition mais qu’aucun téléchargement de l’œuvre n’a eu lieu, il n’y a aucun acte donnant droit à rémunération du titulaire du droit de reproduction puisque aucun droit de reproduction n’a été exercé.

D. Groupes d’utilisateurs

ACR

[71] L’ACR³⁵ déclare qu’elle appuie les conclusions générales des sociétés suivantes : Apple, Bell, Cineplex, Google, Microsoft, Rogers, Shaw, Québecor et Yahoo, et qu’elle se fonde sur l’analyse effectuée dans les rapports d’expert de Sam Ricketson et de Jeremy de Beer.

[72] L’ACR soutient que le paragraphe 2.4(1.1) s’applique dans le contexte des communications, mais ne s’applique pas dans le contexte des reproductions. Selon l’ACR, le paragraphe 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit distinct, mais apporte simplement des précisions sur le

telecommunication, and does not give rise to a separately tariffable activity.

[73] It further submits that such an interpretation is consistent with Canada's international obligations.

ESA

[74] ESA³⁶ submits that the Supreme Court's decision in *ESA* has not been rendered moot by the addition of subsection 2.4(1.1), and that SOCAN still cannot collect royalties for the transmission of downloads; nor can it collect for the mere posting of musical works online. According to ESA, there is nothing in the context of the 22.A tariff to distinguish it from the context in the *ESA* decision: it is the single activity of the downloading of a musical work.

[75] It argues that since stores can place musical works into their inventory without paying a charge, online music stores should not have to do so when they post musical works online—in-line with the principle of technological neutrality. Moreover ESA submits that adopting an interpretation wherein the posting of a work online may trigger the reproduction right as well as the communication right would disregard the prohibition against the layering or rights and “double (or more)-dipping.”

[76] Lastly, it argues the introduction of subsection 2.4(1.1) does not demonstrate an intent of Parliament to overturn the principles enunciated in the *ESA* decision.

RCC

[77] RCC³⁷ submits that subsection 2.4(1.1) acts as a definition, not as a new right with respect to works. The context and content of the WCT demonstrate that a separate right for

droit existant de communication au public par télécommunication, et ne donne pas naissance à une activité distincte susceptible d'être soumise à un tarif.

[73] L'ACR soutient en outre qu'une telle interprétation est compatible avec les obligations internationales du Canada.

ESA

[74] ESA³⁶ soutient que l'adjonction du paragraphe 2.4(1.1) n'a pas rendu l'arrêt *ESA* de la Cour suprême caduque et que la SOCAN ne peut toujours pas percevoir des redevances pour la transmission de téléchargements; la SOCAN ne peut pas non plus recueillir de redevances pour la simple mise en ligne d'œuvres musicales. Selon ESA, rien dans le contexte du tarif 22.A ne permet de le distinguer du contexte de l'arrêt *ESA*, à savoir l'activité unique de téléchargement d'une œuvre musicale.

[75] ESA allègue qu'étant donné que les magasins peuvent conserver des œuvres musicales dans leur inventaire sans payer de frais, les magasins de musique en ligne ne devraient pas avoir à le faire lorsqu'ils mettent en ligne des œuvres musicales – conformément au principe de la neutralité technologique. En outre, ESA soutient que l'adoption d'une interprétation selon laquelle la mise en ligne d'une œuvre pourrait mettre en jeu le droit de reproduction, ainsi que le droit de communication ne tiendrait pas compte de l'interdiction de cumul des droits ou de [TRADUCTION] « double (voire multiple) rémunération ».

[76] Enfin, ESA allègue que l'ajout du paragraphe 2.4(1.1) n'établit pas l'intention du législateur d'écarter les principes énoncés dans l'arrêt *ESA*.

CCCD

[77] Le CCCD³⁷ affirme que le paragraphe 2.4(1.1) a une fonction de définition, et non pas d'établissement d'un nouveau droit en ce qui touche les œuvres. Le contexte et le

the making available is not required. However, even if a new right had been created, it is not one that can be dealt with by collective administration. It argues SOCAN's interpretation of subsection 2.4(1.1) would create the kind of layering of rights, or "double-dipping" of tariffs, of which the Supreme Court of Canada has expressed its wariness. In any case, according to RCC, what SOCAN seeks is the creation of copyright-like rights not found in the *Act*.

[78] Furthermore, RCC argues that collective societies such as SOCAN may not have the chain of title to administer the "making available right," as framed by SOCAN, including in relation to foreign rights holders.

E. Individuals

Prof. Katz

[79] Prof. Katz,³⁸ Associate Professor at the University of Toronto, states that he is a consumer who purchases digital content online, an objector in the *Access Copyright – Reproduction of Literary Works by Post-Secondary Educational Institutions* tariff matter, that he works in an educational institution that is currently a licensee of Access Copyright, and that he is an author and a copyright holder.

[80] Prof. Katz submits that if subsection 2.4(1.1) is a new right, then it cannot be presumed that SOCAN is entitled to collect royalties for it, since it seems highly unlikely that SOCAN could have obtained those rights since the *CMA* came into force.

[81] He further submits that it is not self-evident that judicial economy justifies

contenu du Traité de l'ODA démontrent qu'un droit distinct pour la mise à disposition n'est pas nécessaire. Toutefois, même si un nouveau droit avait été créé, il ne s'agit pas d'un droit qui peut être géré par une gestion collective. Le CCCD soutient que l'interprétation que la SOCAN donne au paragraphe 2.4(1.1) créerait une sorte de cumul de droits, ou une « double rémunération » quant aux tarifs pour lesquels la Cour suprême du Canada a exprimé une certaine inquiétude. Quoi qu'il en soit, selon le CCCD, ce que la SOCAN sollicite est la création de droits semblables au droit d'auteur qui ne sont pas prévus dans la *Loi*.

[78] En outre, le CCCD allègue que les sociétés de gestion telles que la SOCAN n'ont peut-être pas toutes les autorisations requises pour gérer le « droit de mise à disposition » au sens où l'a formulé la SOCAN, notamment à l'égard des titulaires de droits étrangers.

E. Individus

M. Katz

[79] M. Katz,³⁸ professeur agrégé à l'Université de Toronto, déclare qu'il est un consommateur qui achète du contenu numérique en ligne, un opposant dans l'affaire du tarif d'*Access Copyright – Reproduction d'œuvres littéraires par les établissements d'enseignement postsecondaires*, qu'il travaille dans un établissement d'enseignement actuellement titulaire d'une licence d'Access Copyright, et qu'il est un auteur et un titulaire de droit d'auteur.

[80] M. Katz soutient que si le paragraphe 2.4(1.1) crée un nouveau droit, on ne peut pas présumer que la SOCAN est autorisée à percevoir des redevances relativement à ce droit, étant donné qu'il est fort peu probable que la SOCAN puisse avoir obtenu ce droit depuis que la *LMDA* est entrée en vigueur.

[81] M. Katz soutient en outre qu'il ne va pas de soi que l'économie judiciaire justifie la

holding a special proceeding involving numerous parties, instead of proceeding in the normal way of deciding legal questions as they pertain to specific circumstances in specific proceedings.

V. LEGAL ISSUES

A. Does subsection 2.4(1.1) of the Act result in an online music service communicating a work to the public by telecommunication when it places a copy of that work on a server from where it can be downloaded by the public?

Background

[82] SOCAN applied for a tariff for the use of musical works on the Internet in 1996. The application for a tariff was divided into two phases: the first dealt with the legal issues and the second established the royalties payable for the use of online music. In the first phase, the Board concluded that a musical work is communicated by telecommunication when packets of data are transmitted over the Internet so that, once reassembled, the work is performed, copied or otherwise conveyed to the recipient.³⁹ As such, these acts of transmission were captured by paragraph 3(1)(f) of the *Act*, which provides that “ ‘copyright,’ in relation to a work [...] includes the sole right [...] in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication.”

[83] The Board also found that a communication intended to be received by members of the public in individual private settings is a communication “to the public,” but that the sole posting of a file, intended to be accessed by more than a single recipient, is not a communication to the public by telecommunication of a work contained in

tenue d’une instance spéciale impliquant plusieurs parties, plutôt qu’une instance tenue de manière habituelle pour trancher les questions juridiques qui concernent les circonstances précises d’une instance particulière.

V. QUESTIONS JURIDIQUES

A. Est-ce qu’en vertu du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi, un service de musique en ligne communique au public par télécommunication une œuvre lorsque celui-ci place une copie de cette œuvre sur un serveur à partir duquel le public peut la télécharger?

Contexte

[82] La SOCAN a demandé en 1996 l’homologation d’un tarif applicable à l’utilisation des œuvres musicales sur Internet. L’examen de la demande d’homologation a été divisé en deux phases : la première portait sur les questions d’ordre juridique, alors que la deuxième établissait les redevances payables pour l’utilisation de la musique en ligne. À la première phase, la Commission a conclu qu’il y a communication d’une œuvre musicale par télécommunication lorsque des paquets de données sont transmis par Internet de telle façon qu’une fois ces paquets rassemblés, il est possible d’exécuter, copier ou autrement transmettre l’œuvre au destinataire.³⁹ Ces actes de transmission tombaient donc sous le coup de l’alinéa 3(1)f) de la *Loi*, selon lequel « [l]e droit d’auteur sur l’œuvre [...] comporte, en outre, le droit exclusif [...] de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. »

[83] La Commission a également conclu qu’une communication destinée à être captée par des membres du public individuellement, dans leur foyer, était une communication « au public », mais a ajouté que le seul fait de mettre en ligne un fichier, de façon que plusieurs destinataires puissent y accéder, ne constitue pas une communication au public

that file: “[a] musical work is not communicated when it is made available on a server.”⁴⁰

[84] In subsequent decisions, the Board and the Federal Court of Appeal held that the transmission of musical works in the form of electronic data packets to the public by telecommunication amounted to communication to the public by telecommunication pursuant to paragraph 3(1)(f) of the *Act*.⁴¹

[85] Until 2012, no court or tribunal found that a transmission of a musical work that results in a download over the Internet was not a communication to the public by telecommunication. As Justice Binnie of the Supreme Court of Canada stated in *SOCAN v. CAIP*, a work has necessarily been “communicated” when, “[a]t the end of the transmission, the end user has a musical work in his or her possession that was not there before.”⁴² While *obiter*, Justice Binnie’s comments highlight the fact that at the time, it had been accepted that the transmission of a musical work that results in a download of that work is a communication to the public by telecommunication of such work.

[86] In its 2012 *ESA* decision, the Supreme Court of Canada rejected this position.⁴³ In that case, *ESA* argued that the operators of Internet game sites did not “communicate” musical works within the meaning of paragraph 3(1)(f) of the *Act* when they transmitted video games containing musical works to their customers.⁴⁴ The Supreme Court held that the transmission of musical works resulting in permanent copies via the Internet does not constitute communication of those works.⁴⁵

[87] As *SOCAN* administers only the right of communication to the public by telecommunication, but not the right of reproduction, the effect of *ESA* is that

par télécommunication d’une œuvre contenue dans ce fichier : « Une œuvre musicale n’est pas communiquée au moment où elle est rendue disponible sur un serveur. »⁴⁰

[84] Dans des décisions ultérieures, la Commission et la Cour d’appel fédérale ont statué que la transmission au public d’œuvres musicales sous forme de paquets de données électroniques correspondait à une communication au public par télécommunication, au sens de l’alinéa 3(1)f) de la *Loi*.⁴¹

[85] Jusqu’en 2012, aucune cour de justice ni aucun tribunal n’a jugé que la transmission d’une œuvre entraînant le téléchargement de celle-ci via Internet n’était pas une communication au public par télécommunication. Comme l’indiquait le juge Binnie de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, l’œuvre a nécessairement été « communiquée » lorsqu’[à] l’issue de la transmission, l’utilisateur final a en sa possession une œuvre musicale qu’il n’avait pas auparavant. »⁴² Même s’il s’agit de remarques incidentes, il ressort des propos du juge Binnie qu’il était entendu à l’époque que la transmission d’une œuvre musicale qui entraînait le téléchargement de celle-ci constituait une communication au public par télécommunication de l’œuvre en question.

[86] Dans l’arrêt *ESA* rendu en 2012, la Cour suprême du Canada a rejeté cette position.⁴³ Dans cette affaire, *ESA* faisait valoir que les exploitants de sites de jeux Internet n’avaient pas « communiqué » des œuvres musicales au sens de l’alinéa 3(1)f) de la *Loi* lorsqu’ils avaient transmis à leurs clients des jeux vidéo contenant des œuvres musicales.⁴⁴ La Cour suprême a statué que la transmission par Internet d’œuvres musicales au moyen de copies permanentes ne constituait pas une communication de ces œuvres.⁴⁵

[87] Puisque la *SOCAN* ne gère que le droit de communication au public par télécommunication, et non le droit de reproduction, l’effet de l’arrêt *ESA* est que la

SOCAN could not collect royalties for the transmission via the Internet of musical works resulting in downloads. It continued to be able to collect royalties for the streaming via the Internet of musical works to the public. Collectives that administered the right of reproduction and the right to authorize reproduction, of musical works could seek and collect royalties for the reproductions of those works resulting from such downloads.

Parties' arguments

[88] SOCAN argues that, as a result of the new subsection 2.4(1.1) of the *Act*, Internet music services are liable to SOCAN when they post musical works on their Internet servers in a way that allows customers to have access to them from a place and at a time chosen by each customer, irrespective of whether the musical works are subsequently transmitted to end-users by way of downloads, streams, or not at all.

[89] SOCAN submits that the act of “making available” a musical work in this manner is captured by subsection 2.4(1.1) of the *Act*, which has the effect of rendering that act a communication to the public by telecommunication. Since it administers the right of communication to the public by telecommunication, it claims that it is eligible to receive royalties for such acts.

[90] Other parties contend that the act of making available for the purpose of streaming falls under paragraph 3(1)(f) of the *Act*, but making available for the purpose of downloading does not.⁴⁶ The argument in support of this position is that subsection 2.4(1.1) clarifies the scope of the communication right in paragraph 3(1)(f). The communication right was not amended and the act of making available was merely included within the scope of the existing concept of communication to the public by telecommunication, which is itself an

SOCAN ne peut percevoir de redevances sur la transmission par Internet d'œuvres musicales par téléchargement. La SOCAN était toujours en mesure de percevoir des redevances pour la diffusion en continu au public d'œuvres musicales par Internet. Les sociétés de gestion qui administrent le droit de reproduction, et le droit d'autoriser la reproduction, d'œuvres musicales peuvent demander et percevoir des redevances pour la reproduction de ces œuvres résultant de tels téléchargements.

Arguments des parties

[88] La SOCAN fait valoir que, suivant le nouveau paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*, les services de musique en ligne sont tenus de verser des redevances à la SOCAN lorsqu'ils mettent une œuvre musicale sur leurs serveurs Internet de manière à ce que chacun des clients puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit, peu importe que l'œuvre musicale soit ensuite transmise à des utilisateurs par téléchargement, par diffusion en continu ou non transmise.

[89] La SOCAN affirme que le fait de « mettre à disposition » une œuvre musicale de cette manière tombe sous le coup du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*, qui a pour effet de faire de cet acte une communication au public par télécommunication. Puisqu'elle gère le droit de communication au public par télécommunication, la SOCAN soutient qu'elle a le droit de percevoir des redevances pour ce type d'acte.

[90] D'autres parties affirment que la mise à disposition en vue d'une diffusion en continu tombe sous le coup de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi*, mais pas la mise à disposition en vue d'un téléchargement.⁴⁶ Elles font valoir que le paragraphe 2.4(1.1) a pour effet de préciser la portée du droit de communication prévu à l'alinéa 3(1)f). Ce dernier droit n'a pas été modifié et l'acte de mise à disposition était simplement inclus dans la notion existante de communication au public par télécommunication, ce qui illustre en soi une activité visée par le droit d'exécution en

example of an activity covered under the public performance right provided for in subsection 3(1).

[91] Some parties⁴⁷ submit that it is notable that Parliament did not amend the *Act* by making the protection relating to “making available” a separate right under the *Act*, but chose rather to clarify the definition of communication to the public by telecommunication by using a definitional subsection. They disagree with SOCAN that subsection 2.4(1.1) of the *Act* creates a new right to make works available. In their submission, it merely clarifies that the right to communicate a work to the public by telecommunication includes the making available of that work. They argue that the interpretation of subsection 2.4(1.1) proposed by SOCAN introduces a new communication right for the initial step of making copies available for subsequent download and has the effect of completely abandoning the traditional distinction between the reproduction and performance rights confirmed by the Supreme Court of Canada in *ESA*.

[92] This position is based primarily on the argument that, according to *ESA*, “copyright” “means the sole right [...] to perform [a] work or any substantial part thereof in public,” which, “in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work,” includes the sole right “to communicate the work to the public by telecommunication” which—as a result of subsection 2.4(1.1)—“includes making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public.”

[93] In other words, subsection 2.4(1.1) of the *Act* clarifies that the act of “making available” is included in, and constrained by,

public prévu au paragraphe 3(1).

[91] Selon certaines parties,⁴⁷ il convient de signaler que le législateur n’a pas modifié la *Loi* en faisant de la protection relativement à la « mise à disposition » un droit distinct aux termes de la *Loi*; il a plutôt choisi de clarifier la définition de communication au public par télécommunication par l’ajout d’un paragraphe définitionnel. Ces parties s’opposent à la thèse de la SOCAN selon laquelle le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* a pour objet de créer un nouveau droit relatif à la mise à disposition d’œuvres. Elles affirment que cette disposition ne fait que préciser que le droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication comprend la mise à disposition de l’œuvre en question. Ces parties soutiennent que l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) que propose la SOCAN introduit un nouveau droit de communication à l’étape initiale de mise à disposition des copies en vue d’un téléchargement ultérieur et a pour effet d’écarter complètement la distinction traditionnelle entre le droit de reproduction et le droit d’exécution que la Cour suprême du Canada a confirmée dans l’arrêt *ESA*.

[92] Cette position repose essentiellement sur l’argument selon lequel, suivant l’arrêt *ESA*, « le droit d’auteur sur l’œuvre » « comporte le droit exclusif [...] d’exécuter [...] la totalité ou une partie importante en public », ce qui comporte, en outre, le droit exclusif « de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique », incluant – par application du paragraphe 2.4(1.1) – « le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d’auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement. »

[93] En d’autres termes, le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* précise que l’acte de « mise à disposition » est inclus dans

the definition of “communicate” which, in turn, is included in, and constrained by, the scope of “perform.” Since *ESA* stands for the proposition that a communication to the public by telecommunication occurs when a musical work is transmitted by way of a stream, but not when it is transmitted by way of a download, this argument leads to the conclusion that placing a copy of a musical work on a server from which it is available to the public to be downloaded does not engage subsection 2.4(1.1) as no “communication to the public,” as described by the majority in *ESA*, occurs or will occur.

Analysis of the statutory language

[94] Does subsection 2.4(1.1) clarify the meaning of the expression “communication to the public by telecommunication” with the result that it is applicable only in performance-like situations, such as streams, or should it be interpreted as expanding the meaning of the expression to include acts of “making available” regardless of the nature of any subsequent transmission?

[95] Statutory enactments and amendments must be interpreted in accordance with the modern principles of interpretation set out by the Supreme Court of Canada in *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*⁴⁸ That is, the words must be considered in their entire context and in a grammatical and ordinary sense, harmonious with the scheme of the *Act*, the object of the *Act*, and the intention of Parliament.⁴⁹

History of subsection 2.4(1.1)

[96] Prior to the enactment of the *CMA* in 2012, the *Act* did not explicitly provide protection for works and other subject-matter in relation to the act of making these available to the public.

[97] Several previously introduced bills addressed this issue in various ways. In 2005,

– et circonscrit par – la définition du mot « communiquer », lequel est lui-même inclus dans – et circonscrit par – la portée du mot « exécuter ». Puisque l’arrêt *ESA* établit qu’il y a communication au public par télécommunication d’une œuvre musicale lors de sa transmission en continu, et non lors de son téléchargement, cet argument porte à conclure que le fait de placer une copie d’une œuvre musicale sur un serveur à partir duquel cette œuvre est mise à la disposition du public en vue d’être téléchargée ne fait pas intervenir le paragraphe 2.4(1.1) puisqu’il n’y a pas de « communication au public », telle que décrite par les juges majoritaires dans *ESA*.

Analyse du libellé de la Loi

[94] Le paragraphe 2.4(1.1) a-t-il pour effet de préciser le sens de l’expression « communication au public par télécommunication », de telle sorte qu’il ne s’applique qu’à des cas semblables à l’exécution, par exemple à la transmission en continu, ou devrait-il être interprété de façon à élargir le sens de cette expression de manière à inclure l’acte de « mettre à disposition », peu importe la nature de toute transmission ultérieure?

[95] Les textes législatifs et les modifications doivent être interprétés conformément aux principes modernes d’interprétation énoncés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*,⁴⁸ à savoir qu’il faut lire les mots dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit, l’objet de la *Loi* et l’intention du législateur.⁴⁹

L’historique du paragraphe 2.4(1.1)

[96] Avant l’entrée en vigueur de la *LMDA* en 2012, la *Loi* ne protégeait pas explicitement la mise à la disposition du public d’œuvres et de tout autre objet du droit d’auteur.

[97] Plusieurs projets de loi présentés auparavant traitaient cette question de

the first of these bills, Bill C-60,⁵⁰ explicitly provided protection for the making available of works and other subject-matter.⁵¹ That Bill died on the Order Paper. In 2008, the then government attempted to amend the *Act* and tabled Bill C-61,⁵² which did not repeat the explicit language of Bill C-60 with respect to the protection for making available of works. In June 2010, the Government tabled Bill C-32.⁵³ This Bill also died on the Order Paper but was reintroduced unchanged as Bill C-11 in September 2011.⁵⁴ Bill C-11, titled the *Copyright Modernization Act*, received Royal Assent on June 29, 2012. Unlike Bill C-61, the *CMA* explicitly amended the *Act* by the addition of subsection 2.4(1.1) which reads as follows:

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

[98] The Preamble to the *CMA* makes it clear that Parliament intended to implement new copyright protections via “coordinated approaches, based on internationally recognized norms.” It stated:

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

Whereas advancements in and convergence of the information and communications technologies that link communities around the world present opportunities and challenges that are global in scope for the creation and use of

diverses manières. En 2005, le premier de ces projets de loi, soit le projet de loi C-60,⁵⁰ prévoyait explicitement une protection pour la mise à disposition d’une œuvre et de tout autre objet du droit d’auteur.⁵¹ Ce projet de loi a finalement expiré au Feuilleton.

En 2008, le gouvernement de l’époque a tenté de faire modifier la *Loi* et a présenté le projet de loi C-61,⁵² lequel ne reprenait pas le libellé explicite du projet de loi C-60 relativement à la protection pour la mise à disposition d’œuvres. En juin 2010, le gouvernement a présenté le projet de loi C-32,⁵³ lequel a également expiré au Feuilleton, mais déposé de nouveau sans modification, en septembre 2011, à titre du projet de loi C-11.⁵⁴ Ce projet de loi, intitulé *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, a reçu la sanction royale le 29 juin 2012.

Contrairement au projet de loi C-61, la *LMDA* a modifié expressément la *Loi* par l’ajout du paragraphe 2.4(1.1) qui se lit ainsi :

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

[98] Il ressort clairement du préambule de la *LMDA* que le législateur avait l’intention d’adopter de nouvelles protections du droit d’auteur au moyen d’« approches coordonnées, fondées sur des normes reconnues à l’échelle internationale ». En voici l’énoncé :

Attendu :

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

copyright works or other subject-matter;

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

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

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

[...]

[99] Thus, one of the main purposes of the *CMA* was to establish copyright protection that is based on internationally recognized norms, as reflected in the *WCT* and the *WPPT*.

Government statements

[100] In addition to evidence of Parliamentary intent that can be found from the *CMA* itself, there are the various statements made by the Government during the introduction and development of the Bill.

[101] When introducing the *CMA*, the Government stated its core objectives for the new legislation as follows:

The *Copyright Modernization Act* provides copyright industries with a clear framework in which to invest in creative

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

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

que ces normes sont incluses dans le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur et dans le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adoptés à Genève en 1996;

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

[...]

[99] Par conséquent, la *LMDA* avait principalement pour objet d'adopter une protection relative au droit d'auteur fondée sur des normes reconnues à l'échelle internationale, tel que reflété dans le Traité de l'ODA et le Traité de l'OIEP.

Déclarations du gouvernement

[100] À l'intention du législateur énoncée dans la *LMDA*, s'ajoutent différentes déclarations formulées par le gouvernement au cours de la présentation et de l'élaboration du projet de loi.

[101] Lorsqu'il a présenté la *LMDA*, le gouvernement a énoncé comme suit les objectifs fondamentaux de la nouvelle loi :

Le projet de loi intitulé *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* donne aux secteurs reposant sur le droit d'auteur

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

[...]

The WIPO Copyright Treaty and the Performances and Phonograms Treaty, collectively known as the WIPO Internet treaties, establish new rights and protections for authors, performers and producers. Canada signed the treaties in 1997. The proposed Bill will implement the associated rights and protections to pave the way for a future decision on ratification. All copyright owners will now have a “making available right,” which is an exclusive right to control the release of copyrighted material on the Internet. This will further clarify that the unauthorized sharing of copyrighted material over peer-to-peer networks constitutes an infringement of copyright.⁵⁵

[102] The Government explained the proposed addition of subsection 2.4(1.1) to the *Act* in a document entitled: Government of Canada, “Balanced Copyright—Glossary.” It stated that the “making available right” is an “exclusive right of copyright owners to authorize the communication of their work or other related subject-matter in a manner in which the time and place of receiving the

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

[...]

Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, appelés collectivement *Traités Internet de l'OMPI*, établissent les nouveaux droits et mesures de protection des auteurs, interprètes et producteurs. Le Canada a signé ces traités en 1997. Le projet de loi permettra de mettre en œuvre les droits et mesures de protection connexes, afin qu'une future décision soit prise concernant la ratification de ces traités. Tous les titulaires du droit d'auteur auront désormais le « droit de mettre à disposition », à savoir le droit exclusif de contrôler l'affichage d'œuvres protégées par le droit d'auteur sur Internet. Ainsi, il sera plus facile de déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d'auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d'auteur.⁵⁵

[102] Le gouvernement a expliqué l'ajout proposé du paragraphe 2.4(1.1) à la *Loi* dans un document intitulé : Gouvernement du Canada, « Droit d'auteur équilibré – Glossaire », en précisant que la « mise à disposition » constitue un « [d]roit exclusif pour les titulaires du droit d'auteur d'autoriser la communication au public de leur œuvre ou d'un autre objet protégé de

communication can be individually chosen by members of the public (e.g., iTunes).”⁵⁶

[103] While we recognize that such statements play a limited role in the interpretation of legislation, and are mindful of the limited reliability and weight of such evidence,⁵⁷ in our opinion they are relevant to both the background and the object of the *CMA*.

Context and grammatical and ordinary sense

[104] It should be noted that subsection 2.4(1.1) of the *Act* is not confined to the communication by telecommunication of a work but also applies to “other subject-matter.” The concept of “making available,” as a protected act, also appears in paragraphs 15(1.1)(d) and 18(1.1)(a) of the *Act*.

[105] This, or a similar expression, appears in some of the other provisions created by the *CMA*, such as subsections 29.21(1),⁵⁸ 30.04(1),⁵⁹ and 30.04(5).⁶⁰

[106] The expression “making [...] available” is not entirely new to the *Act*. For example, subparagraph 2.2(1)(a)(i), which existed before the coming into force of the *CMA*, defines “publication” using the expression “making [...] available” in relation to works and sound recordings.⁶¹ However, the definition expressly excludes the communication of a work by telecommunication.⁶² These provisions do not appear to shed light on the issue identified above.

[107] Arguments that subsection 2.4(1.1) applies only to the making available of performance-like transmissions rely heavily on the analysis of the majority in *ESA*, and in particular the majority’s interpretation of subsection 3(1) and the terms “means” and “includes.” Since the phrase “to communicate

façon à ce que le temps et l’endroit de la réception de la communication puissent être individuellement choisis par les membres du public (p. ex., iTunes). »⁵⁶

[103] Tout en reconnaissant que les déclarations de cette nature jouent un rôle limité en matière d’interprétation législative et en gardant à l’esprit que leur fiabilité et leur poids sont limités,⁵⁷ nous estimons que ces éléments de preuve sont pertinents quant au contexte et à l’objet de la *LMDA*.

Le contexte, le sens ordinaire et grammatical

[104] Il convient de noter que l’application du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* ne se limite pas à la communication d’une œuvre par télécommunication, mais aussi à la communication d’« un autre objet » du droit d’auteur. La notion « mettre à la disposition », à titre d’acte protégé, figure aussi aux alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) de la *Loi*.

[105] Cette expression, ou une expression semblable, apparaît dans d’autres dispositions établies par la *LMDA*, par exemple les paragraphes 29.21(1),⁵⁸ 30.04(1),⁵⁹ et 30.04(5).⁶⁰

[106] L’expression « mise à la disposition » n’est pas entièrement nouvelle dans la *Loi*. Par exemple, le paragraphe 2.2(1)a), qui existait avant l’entrée en vigueur de la *LMDA*, définit le terme « publication » à l’aide de l’expression « mise à la disposition » à l’égard d’une œuvre et d’un enregistrement sonore.⁶¹ Or, cette définition exclut expressément la communication d’une œuvre par télécommunication.⁶² Ces dispositions ne semblent pas faire la lumière sur la question énoncée ci-dessus.

[107] Les arguments selon lesquels le paragraphe 2.4(1.1) ne s’applique qu’à la mise à disposition des transmissions semblables à l’exécution reposent dans une large mesure sur l’analyse effectuée par les juges majoritaires dans l’arrêt *ESA*, et en particulier sur leur interprétation du

to the public by telecommunication” appears in paragraph 3(1)(f), subsection 2.4(1.1) becomes part of the ambiguous “means [...] and includes” structure that was at issue in *ESA*.

[108] In its interpretation of the communication right prior to the enactment of subsection 2.4(1.1), the Supreme Court in *ESA* held that subsection 3(1)

states that copyright “means” the sole right to produce or reproduce a work in any material form, to perform a work in public, or to publish an unpublished work. This definition of “copyright” is exhaustive, as the term “means” confines its scope. The paragraph concludes by stating that copyright “includes” several other rights, set out in subsections (a) through (i). As a result, the rights in the introductory paragraph provide the basic structure of copyright. The enumerated rights listed in the subsequent subparagraphs are simply illustrative [...]. The rental rights in s. 3(1)(i) referred to by Justice Rothstein, for example, can fit comfortably into the general category of reproduction rights.⁶³

[109] In *ESA*, the Supreme Court stated that “communication by telecommunication” was fundamentally a performance right, and the term “communicate” did not extend to reproduction-based activities.⁶⁴ It based this conclusion on the legislative history of section 3, as well as the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*⁶⁵ and the *Canada-U.S. Free Trade Agreement*,⁶⁶ which connected the term “communicate” to performance-based activities.⁶⁷

paragraphe 3(1) et des termes anglais « means » et « includes ». Puisque l’expression « communiquer au public, par télécommunication » figure à l’alinéa 3(1)f), le paragraphe 2.4(1.1) tombe sous le coup de la formulation ambiguë « means [...] and includes » qui était en cause dans l’arrêt *ESA*.

[108] En interprétant le droit de communication avant l’adoption du paragraphe 2.4(1.1), la Cour suprême a affirmé, dans l’arrêt *ESA*, ce qui suit au regard du paragraphe 3(1) :

[La partie introductive] dispose que le droit d’auteur « comporte » le droit exclusif de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, d’exécuter l’œuvre ou de la représenter en public et de publier une œuvre non publiée. Il s’agit d’une définition exhaustive, car dans sa version anglaise, le terme « means » en circonscrit la portée. Le texte introductif précise à la fin que le droit d’auteur « comporte, en outre » plusieurs autres droits, qui sont énumérés aux al. a) à i). Partant, les droits énoncés dans la partie introductive constituent l’assise fondamentale du droit d’auteur. Ceux qui font l’objet des alinéas suivants ne sont que des exemples [...] Par exemple, le droit de location prévu à l’al. 3(1)i) et auquel renvoie le juge Rothstein entre aisément dans la catégorie générale des droits de reproduction.⁶³

[109] Selon la Cour suprême dans l’arrêt *ESA*, la « communication par télécommunication » était fondamentalement un droit d’exécution, et le terme « communiquer » n’englobait pas des activités apparentées à la reproduction.⁶⁴ Cette conclusion prenait appui sur l’historique législatif de l’article 3 ainsi que sur la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*⁶⁵ et sur l’*Accord de libre-échange Canada-États-Unis*,⁶⁶ selon lesquels le terme « communiquer » englobait des activités apparentées à l’exécution.⁶⁷

[110] That interpretation was based on the performance-based activities covered by Articles 11 and 11*bis* of the *Berne Convention* which subsection 3(1) and paragraph 3(1)(f) of the *Act* were intended to implement. The *Berne Convention* and the amendments made as a result of the 1988 *Canada-US Free Trade Agreement* did not explicitly require protection for the transmission of copies.⁶⁸ The Supreme Court in *ESA* did not consider the effects of the WCT, as Canada had not yet implemented the WIPO Internet Treaties.

[111] The WCT was a special agreement among *Berne Convention* contracting parties that was intended to expand the rights set out in that Convention. The new protection for the act of making a work available by telecommunication was intended to provide rights holders with a basis to hold liable those who make copyrighted works available to the public online even where no evidence of reproduction or actual communication to the public was present.

[112] The legislative history of subsection 2.4(1.1) clearly distinguishes the issue before the Board from the issue before the Supreme Court of Canada in *ESA*. There is a vast difference between the legislative backdrop to the 1988 amendments and the WIPO Internet Treaties. While in *ESA* the Supreme Court held that “communication by telecommunication” is an act that occurs when a work is streamed, but not when it is downloaded, the Court did not consider the scope of “making [a work] available by telecommunication.”

[113] The dictionary definition of the word “communicate,” which in its ordinary meaning includes the successful transmission or conveyance of information from one person to another does not appear to fit the expression “making [...] available to the

[110] Cette interprétation était fondée sur les activités apparentées à l'exécution visées par les articles 11 et 11*bis* de la *Convention de Berne*, que le paragraphe 3(1) et l'alinéa 3(1)*f* de la *Loi* devaient mettre en œuvre. La *Convention de Berne* et les modifications apportées à la *Loi* suite à l'*Accord de libre-échange Canada-États-Unis* de 1988 ne prévoyaient pas expressément une protection pour la transmission de copies.⁶⁸ Dans l'arrêt *ESA*, la Cour suprême n'a pas examiné les effets du Traité de l'ODA puisque le Canada n'avait pas encore mis en œuvre les Traités Internet de l'OMPI.

[111] Le Traité de l'ODA était une entente spéciale entre les parties contractantes à la *Convention de Berne* qui visait à élargir la portée des droits énoncés dans celle-ci. La nouvelle protection concernant la mise à disposition d'une œuvre par télécommunication visait à fournir aux titulaires de droits des outils pour poursuivre ceux qui mettent des œuvres à la disposition du public en ligne, même sans preuve de reproduction ou de communication.

[112] L'historique législatif du paragraphe 2.4(1.1) établit clairement une distinction entre la question dont est saisie la Commission et la question soulevée devant la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ESA*. Il existe une énorme différence entre le contexte législatif relatif aux modifications apportées en 1988 et les Traités Internet de l'OMPI. La Cour suprême a conclu dans l'arrêt *ESA* que la « communication par télécommunication » est un acte qui se produit lors de la transmission en continu d'une œuvre, et non lors du téléchargement, mais n'a pas examiné la portée de l'expression « mettre à la disposition [...] par télécommunication une œuvre. »

[113] La définition que donnent les dictionnaires du verbe « communiquer », dont le sens ordinaire comporte la transmission d'information d'une personne à une autre ne semble pas englober l'expression « mettre à la disposition du public par

public by telecommunication” of subsection 2.4(1.1) of the *Act*. This is distinct from the ordinary, or more general, meaning of “communicate [...] to the public by telecommunication” in paragraph 3(1)(f), which includes the transmission of information from one person to another.

[114] The Oxford Canadian Dictionary defines communicate and communication as follows:

communicate [...] 1 *tr.* a. transmit or pass on (information) by speaking, writing or other means. b. transmit (heat, motion, etc.). c. pass on (an infectious illness). d impart (feelings etc.) non-verbally [...] 2 *intr.* succeed in conveying information, evoking understanding, etc. [...] 3 *intr* [...] share a feeling or understanding; relate socially [...]

communication [...] *n.* 1 a. the act of communicating, esp. imparting news. b. an instance of this. c. the information etc. communicated. 2 a means of connecting different places, such as a door, passage, road, or railway. 3 social contact; routine exchange of information. 4 (in *pl.*) a the science and practice of transmitting information esp. by electronic or mechanical means.⁶⁹

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

télécommunication » figurant au paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*. Le sens de cette expression est différent du sens ordinaire, ou plus général, de l’expression « communiquer au public, par télécommunication » figurant à l’alinéa 3(1)f), lequel inclut la transmission de l’information d’une personne à une autre.

[114] Voici les définitions du verbe « communiquer » et du mot « communication » qui figurent dans le *Oxford Canadian Dictionary* :

[TRADUCTION] communiquer [...] 1 *v.tr.* a. transmettre ou transférer (une information) de vive voix, par écrit ou par d’autres moyens. b. transmettre (la chaleur, le mouvement, etc.). c. passer (une maladie infectieuse). d. exprimer (des sentiments, etc.) non verbalement [...] 2 *v. intr.* transmettre une information de manière efficace, susciter la compréhension, etc. [...] 3 *v. intr.* [...] partager un sentiment ou une compréhension; établir des rapports sociaux.

[...]

communication [...] *nom féminin* 1 a. l’action de communiquer, notamment la transmission des nouvelles. b. résultat de cette action. c. l’information, etc. qui est communiquée. 2 moyen qui permet de passer d’un endroit à l’autre, p. ex. une porte, un passage, un chemin ou une voie ferrée. 3 contact social; échange quotidien d’information. 4 (au pluriel) science et pratique concernant la transmission d’information, notamment par des moyens électroniques ou mécaniques.⁶⁹

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

[116] The effect of a deeming clause was described in *R. v. Verrette*⁷⁰ where the Supreme Court explained that for the purposes of the statute, a deeming clause performs the purpose of expanding a word beyond its ordinary meaning to achieve a special purpose. This is a statutory fiction that imports into a word or expression an additional meaning that it would not otherwise have. As the Supreme Court stated in *Verrette*, a deeming clause enlarges the words so that it shall be taken as if it were that thing although it is not, or there is a doubt as to whether it is.⁷¹

[117] In our opinion, the effect of the deeming provision in subsection 2.4(1.1) of the *Act* is to expand the meaning of the right of communication to the public by telecommunication, by reason that no definition of “communication” includes the preparatory act—that is, the “making available” of content in and of itself. The word, in its grammatical and ordinary meaning, includes only the successful transmission or conveyance of information from one person to another. Therefore, subsection 2.4(1.1) creates the legal fiction that the act of “making available” a work in the manner described is an act of communication to the public by telecommunication of that work. The previous interpretation of “communicate” in *ESA* focussed only on the transmission element of that right and is distinguishable; it does not restrict the interpretation of subsection 2.4(1.1).

[118] As such, while many parties referred to the concept in subsection 2.4(1.1) of the *Act* as a “making available right” or MAR, it is probably more accurate to refer to it as a component of the right to communicate to the public by telecommunication.

[119] The attempt by some parties to limit or restrict the interpretation of subsection

[116] L’effet d’une disposition déterminative a été décrit dans l’arrêt *R. c. Verrette*,⁷⁰ où la Cour suprême a précisé que, pour l’application de la loi, une disposition déterminative vise à élargir la portée d’un mot au-delà de son sens ordinaire, et ce, à des fins particulières. Une disposition déterminative est une fiction juridique qui donne à un mot ou à une expression un sens autre que celui qu’on leur reconnaît habituellement. Comme l’a affirmé la Cour suprême dans l’arrêt *Verrette*, une disposition déterminative a pour effet d’étendre la portée d’un mot de sorte qu’une chose soit considérée comme étant ce qu’elle n’est pas ou ne semble pas être.⁷¹

[117] À notre avis, à titre de disposition déterminative, le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* a pour effet d’élargir la portée du droit de communication au public par télécommunication parce qu’aucune définition de « communication » ne comporte l’acte préparatoire – à savoir la « mise à disposition » du contenu en soi. Dans son acception ordinaire et grammaticale, ce mot ne comporte que la transmission ou le transfert de l’information d’une personne à une autre. Par conséquent, le paragraphe 2.4(1.1) crée une fiction juridique : l’acte de « mettre à disposition » une œuvre de la manière décrite est un acte de communication au public par télécommunication de cette œuvre. L’interprétation antérieure de « communiquer » donnée dans l’arrêt *ESA* ne portait que sur l’élément lié à la transmission de ce droit et se distingue, ne restreignant pas l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1).

[118] Ainsi, bien que plusieurs parties renvoient à la notion énoncée au paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* comme à un « droit de mise à disposition » ou DMD, il est probablement plus juste de la considérer comme une composante du droit de communication au public par télécommunication.

[119] Les tentatives de certaines parties de limiter ou restreindre l’interprétation du

2.4(1.1) of the *Act* to the on-demand provision of transmissions of streams adds restrictions to the clause which are not apparent from, and are inconsistent with, the language of that clause.⁷²

Whether two rights can be triggered

[120] Some parties argue that concluding that the making available of a work for download amounts to a communication to the public by telecommunication would be contrary to the Supreme Court's interpretation of *Bishop v. Stevens*⁷³ in *ESA*.

[121] It is important, however, to note precisely what the Supreme Court decided in *Bishop*. There, the Court found that since the rights to perform a work and to record a work are distinct, the right to broadcast a performance under subsection 3(1) of the *Act* does not include the right to make ephemeral recordings for the purpose of facilitating the broadcast.

[122] In *ESA*, the Supreme Court found that *Bishop* does not stand for the proposition that a single activity (in that case, a download) can involve two separate rights at the same time.⁷⁴ The difference between *Bishop* and *ESA* is that *ESA* dealt with a single activity. The acts of reproduction are separate and distinct in theory and in practice from the act of making a work or other subject-matter available to the public. An act of reproduction may precede the act of making a work available or it may follow such an act, or there may be no reproduction by the person making the work available to the public.⁷⁵

Technological neutrality

[123] Some parties rely on the principle of technological neutrality to argue that subsection 2.4(1.1) of the *Act* cannot be

paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* aux transmissions en continu sur demande ont pour effet d'établir des restrictions qui ne ressortent pas du libellé de cette disposition ou qui sont même incompatibles avec celui-ci.⁷²

Peut-il y avoir deux droits qui entrent en jeu?

[120] Certaines parties font valoir que la conclusion selon laquelle la mise à disposition d'une œuvre en vue du téléchargement correspond à une communication au public par télécommunication serait contraire à l'interprétation de l'arrêt *Bishop c. Stevens*⁷³ par la Cour suprême dans l'arrêt *ESA*.

[121] Il importe toutefois de préciser les conclusions formulées par la Cour suprême dans *Bishop*. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que puisque le droit d'exécuter une œuvre et le droit d'enregistrer cette œuvre sont distincts, le droit de diffuser l'exécution de l'œuvre en vertu du paragraphe 3(1) de la *Loi* ne comporte pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion.

[122] Dans l'arrêt *ESA*, la Cour suprême a jugé que l'arrêt *Bishop* n'indique pas qu'une seule activité (à savoir, le téléchargement) peut porter atteinte à deux droits distincts en même temps.⁷⁴ L'arrêt *Bishop* se distingue de l'arrêt *ESA* du fait que ce dernier portait sur une seule activité. Les actes de reproduction sont séparés et distincts en théorie et en pratique des actes concernant la mise à la disposition du public d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur. Un acte de reproduction peut précéder ou suivre l'acte de mise à disposition d'une œuvre, alors il est possible qu'il n'y ait aucune reproduction effectuée par la personne qui met l'œuvre à la disposition du public.⁷⁵

La neutralité technologique

[123] Certaines parties invoquent le principe de la neutralité technologique pour soutenir que le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* ne saurait

interpreted to include acts of making available that result in streams as well as those that result in downloads. According to this argument, since *ESA* construed the term “communicate” to exclude downloads by relying on the principle of technological neutrality before the *CMA* amendments, after the amendments, the term must therefore be construed in the same way.

[124] As Justice Rothstein, dissenting in *ESA*, pointed out, “technological neutrality is not a statutory requirement capable of overriding the language of the *Act*.”⁷⁶ It has been interpreted by the courts as meaning that the *Act* should be interpreted to apply or to extend to technologies that were not or could not have been contemplated at the time of the drafting.⁷⁷

[125] In *Rogers*, the principle of technological neutrality was applied by the Supreme Court in deciding that paragraph 3(1)(f) of the *Act* was broad enough to include on-demand communications. It stated:

Although the words “in any material form whatever” qualify the right to “produce or reproduce the work” in s. 3(1), the same principle should guide the application of the neutral wording of the right to “communicate ... to the public by telecommunication.” The broad definition of “telecommunication” was adopted precisely to provide for a communication right “not dependent on the form of technology (*SOCAN v. CAIP*, at para. 90).”⁷⁸

[126] In our opinion, the principle of technological neutrality would suggest that the deeming language in subsection 2.4(1.1) of the *Act* should be given a technologically neutral interpretation whereby it applies both to streams and downloads “in different media,

être interprété de manière à inclure des actes comportant une mise à disposition en vue d’une diffusion en continu et d’un téléchargement. Selon cet argument, puisque la Cour suprême avait, dans l’arrêt *ESA*, interprété le terme « communiquer » de manière à exclure les téléchargements en se fondant sur le principe de la neutralité technologique, et ce, avant l’adoption des modifications prévues par la *LMDA*, ce terme doit conséquemment, après l’adoption desdites modifications, être interprété de la même façon.

[124] Comme l’avait souligné le juge Rothstein, dissident dans l’arrêt *ESA*, « la neutralité technologique n’est pas une exigence légale susceptible de primer le texte de la *Loi*. »⁷⁶ Les tribunaux ont interprété ces observations comme signifiant que la *Loi* continue de s’appliquer aux technologies qui n’existaient pas ou qui n’avaient pas été envisagées au moment de sa rédaction.⁷⁷

[125] Dans l’arrêt *Rogers*, la Cour suprême a appliqué le principe de la neutralité technologique pour décider que le libellé de l’alinéa 3(1)f) de la *Loi* était suffisamment large pour englober la communication sur demande. La Cour a déclaré ce qui suit :

Bien que les mots « sous une forme matérielle quelconque » se rattachent au droit de « produire ou de reproduire [une] œuvre » prévu au par. 3(1), le même principe devrait présider à l’interprétation de la formulation neutre du droit de « communiquer au public, par télécommunication ». La définition large du mot « télécommunication » a précisément été adoptée afin que ce terme ne soit plus défini en fonction du « type de technologie en cause (*SOCAN c. ACFI*, par. 90). »⁷⁸

[126] Nous sommes d’avis que, suivant le principe de la neutralité technologique, le libellé de nature déterminative du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* devrait être interprété de manière neutre sur le plan technologique, et par conséquent être

including more technologically advanced ones.”⁷⁹

[127] In *ESA*, the Supreme Court held that the principle of technological neutrality was a principle of construction that applied “absent evidence of Parliamentary intent to the contrary.”⁸⁰ Here, it is clear that Parliament did not intend that the principle of technological neutrality limit the scope of subsection 2.4(1.1) of the *Act*. On the contrary, Parliament intended to create a technologically neutral protection that applies to the making available of protected works “in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member.”

[128] As previously noted, the preamble to the *CMA* expressed Parliament’s goals to “update the rights and protections of copyright owners to better address the challenges and opportunities of the Internet so as to be in line with international standards, [...] ensure that it remains technologically neutral”⁸¹ and to “establish rules that are technologically neutral, so they are flexible enough to evolve with changing technologies and the digital economy, while ensuring appropriate protection for both creators and users.”⁸²

[129] We agree with Music Canada that the *CMA* specifically intended to change the *Act* to address digital challenges. Given the legislative history, the rationale for the WIPO Internet Treaties, and the legislative objective to fully implement those treaties using a “coordinated approach,” the principle of technological neutrality does not limit or restrict the meaning of subsection 2.4(1.1) of the *Act*.

applicable à la fois aux transmissions en continu et aux téléchargements, « malgré l’usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d’une technologie plus avancée. »⁷⁹

[127] Dans l’arrêt *ESA*, la Cour suprême a jugé que la neutralité technologique était un principe d’interprétation qui s’appliquait « sauf intention contraire avérée du législateur ». ⁸⁰ En l’espèce, il est évident que le législateur ne voulait pas que le principe de la neutralité technologique limite la portée du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*. Bien au contraire, le législateur voulait établir une protection neutre sur le plan technologique qui s’applique à la mise à disposition des œuvres protégées « de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement ».

[128] Comme il a déjà été indiqué, le préambule de la *LMDA* énonçait les objectifs du législateur de « mettre à jour les droits et les mesures de protection dont bénéficient les titulaires du droit d’auteur, en conformité avec les normes internationales, afin de mieux tenir compte des défis et des possibilités créés par Internet; [...] éliminer la spécificité technologique des dispositions de la loi »⁸¹ et « [é]tablir des règles neutres sur le plan technologique afin qu’elles puissent s’adapter constamment aux progrès de la technologie tout en assurant une protection adéquate aux créateurs et aux consommateurs. »⁸²

[129] Nous sommes d’accord avec *Music Canada* sur le fait que la *LMDA* avait expressément pour objet de modifier la *Loi* afin de tenir compte des défis liés au numérique. Vu l’historique législatif, l’objet des Traités Internet de l’OMPI et l’objectif du législateur de mettre pleinement en œuvre ces traités au moyen d’« approches coordonnées », le principe de la neutralité technologique n’a pas pour effet de restreindre le sens du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*.

What is the effect of the introduction of subsection 2.4(1.1) of the Act on the ESA decision?

[130] Prior to the coming into force of the relevant provisions of the *CMA*, and in particular subsection 2.4(1.1) of the *Act*, Canadian law, as described in the *ESA* decision, limited the communication right to completed transmissions of copyrighted content to the public to performance-based activities, such as streams. While the scope of the right was broad enough to include on-demand communications, there was still a requirement to establish that there had been an actual transmission. The mere availability of copyrighted content was not enough to trigger the right.⁸³

[131] Some parties submit that the *ESA* decision is either moot, or not binding, while other parties argue that it continues to be good precedent.

[132] For example, Microsoft contends that *ESA* governs the interpretation of the amendments to the *Act*. It argues that subsection 2.4(1.1) of the *Act* received Royal Assent after *ESA* was argued but before the decision was rendered. Accordingly, in its submission, Parliament cannot be said to have intended to change or otherwise influence the effect of *ESA* through the amendment. It points out that the amendment was only proclaimed in force on November 7, 2012, about four months after the release of the *ESA* decision and thus was not addressed by the Court. Nevertheless, *ESA* described the historic relationship among communication, performance and reproduction that were said to continue up to the date of the decision. As a result, in its submission, the Supreme Court of Canada necessarily described the concept of “communication” as it stood when Parliament passed the *CMA* which contained the amendment. It contends the communication right chosen by Parliament as the vehicle for protecting the making available of musical works had at that time all of the characteristics and limitations

Quel est l'effet de l'adoption du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi sur l'arrêt ESA?

[130] Comme il est expliqué dans l'arrêt *ESA*, avant l'entrée en vigueur des dispositions applicables de la *LMDA*, en particulier du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*, le droit canadien limitait le droit de communication aux transmissions complètes de contenu protégé par le droit d'auteur au public à des activités d'exécution ou de représentation, comme les diffusions en continu. Même si la portée de ce droit était suffisamment large pour englober les communications sur demande, il fallait toujours établir l'existence d'une véritable transmission. L'accès au contenu protégé ne permettait pas à lui seul de faire entrer en jeu le droit en question.⁸³

[131] Certaines parties font valoir que l'arrêt *ESA* est caduc ou qu'il ne lie pas la Commission, alors que d'autres affirment qu'il continue de faire autorité.

[132] Par exemple, Microsoft soutient que l'arrêt *ESA* régit l'interprétation des modifications apportées à la *Loi*. Microsoft affirme que le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* a reçu la sanction royale après les plaidoiries dans l'affaire *ESA*, mais avant que l'arrêt ne soit rendu. Microsoft fait donc valoir qu'on ne saurait affirmer que le législateur avait l'intention de modifier l'effet de l'arrêt *ESA* ou d'exercer une quelconque influence sur celui-ci. Microsoft souligne que la modification n'est entrée en vigueur que le 7 novembre 2012, soit environ quatre mois après que l'arrêt *ESA* a été rendu et donc qu'elle n'a pas été examinée par la Cour. Néanmoins, l'arrêt *ESA* décrivait le lien historique entre la communication, l'exécution et la reproduction qui se poursuivait jusqu'à la date de la décision de la Cour. Par conséquent, selon Microsoft, la Cour suprême du Canada a nécessairement défini la notion de « communication » telle qu'elle existait au moment où le législateur a adopté la *LMDA* qui comportait la modification en question. Microsoft ajoute que le droit de communication que le

described in *ESA*, notwithstanding that the decision in *ESA* was decided after the *CMA* received Royal Assent and prior to its coming into force.

[133] In Microsoft's submission, the amendment cannot be taken to have "overturned" *ESA* and cannot be interpreted so as to produce results inconsistent with either the conclusion of the copyright policies and principles set out in that decision. As a matter of statutory interpretation, it argues the inclusion of making available within the envelope of communication rather than its establishment as a free-standing right means the amendment must be read in accordance with *ESA*.

[134] As another example, Access Copyright and Copibec argue that the timing of the Royal Assent of the Bill permits the Board to consider the pre-*ESA* interpretations of paragraph 3(1)(f) of the *Act*.

[135] It is a basic principle of statutory interpretation that the meaning of words used in legislation is fixed at the time of enactment and not at some later time.⁸⁴ Since the *ESA* decision was rendered after the enactment of the *CMA*, the former could not have changed Parliament's intent.

[136] In any event, by the passage of the *CMA*, Parliament deemed that the making available is also included in the communication right, without otherwise changing what the "transmission component" of communication to the public by telecommunication means. Only the latter part was in issue in the *ESA* decision. As such, we are unconvinced by the arguments discussed above for the simple reason that the issue in *ESA* and the one with which we are concerned here are different. Therefore, given

législateur avait choisi comme moyen permettant de protéger la mise à disposition des œuvres musicales comportait à l'époque toutes les caractéristiques et les limitations énoncées dans l'arrêt *ESA*, même si cet arrêt a été rendu après la sanction royale de la *LMDA* et avant son entrée en vigueur.

[133] Selon les observations présentées par Microsoft, la modification ne saurait avoir pour effet d'« écarter » l'arrêt *ESA* ni être interprétée de manière à entraîner des résultats incompatibles avec les politiques en matière de droit d'auteur et les principes énoncés dans cet arrêt. En matière d'interprétation des lois, Microsoft soutient que le fait d'inclure la mise à disposition dans la notion de communication plutôt que de la reconnaître comme un droit distinct signifie que la modification en question doit être interprétée conformément à l'arrêt *ESA*.

[134] En guise d'autre exemple, Access Copyright et Copibec font valoir que, vu le moment où le projet de loi a reçu la sanction royale, la Commission peut prendre en considération les interprétations de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi* antérieures à l'arrêt *ESA*.

[135] Selon un principe fondamental en matière d'interprétation des lois, le sens des termes figurant dans une loi est fixé au moment de son adoption, et non par la suite.⁸⁴ Étant donné que la décision *ESA* fût rendue après la date de l'adoption de la *LMDA*, la décision ne saurait avoir pour effet de modifier l'intention du législateur.

[136] Quoi qu'il en soit, lors de l'adoption de la *LMDA*, le législateur jugeait que le droit de communication englobe la mise à disposition, sans pour autant modifier le sens de l'« élément relatif à la transmission » de la communication au public par télécommunication. L'arrêt *ESA* ne portait que sur la deuxième partie de l'expression. Ainsi, nous ne sommes pas convaincus par les arguments examinés dans les paragraphes précédents pour la simple raison que la question en litige dans l'arrêt *ESA* est

that the issue before us is to determine the scope of subsection 2.4(1.1) of the *Act*, and not to revisit the “transmission component” of the right of communication to the public by telecommunication, it is not necessary to address the argument of Access Copyright and Copibec based on subsection 45(4) of the *Interpretation Act*⁸⁵ with respect to the effect of judicial decisions on statutory interpretation.

B. Is the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1) of the Act consistent with Canada’s obligations under Article 8 of the WCT and Articles 10 and 14 of the WPPT?

[137] The Preamble of the *CMA* and statements made by the Government during its introduction and development, demonstrate that one of the main purposes of the Bill was to implement the WCT and WPPT. The interpretation of subsection 2.4(1.1) of the *Act* must be in harmony with this intention. Although the discussion herein focusses mainly on subsection 2.4(1.1) of the *Act* and Article 8 of the WCT, the underlying principles of our analysis are applicable *mutadis mutandis* to paragraphs 15(1.1)(d) and 18(1.1)(a) of the *Act* and Articles 10 and 14 of the WPPT.

[138] As a starting point, it is useful to note that there does not appear to be any significant dispute that the WIPO Internet Treaties were intended to cover the making available of works and other subject-matter in a way that they may be downloaded or streamed. The parties who made submissions on the issue also agree that implementation methods under the “umbrella solution”⁸⁶ (described below at paragraphs 152 and following) for the fulfilling of Canada’s treaty obligations are only acceptable if the WIPO Internet Treaties are fully complied with. This means there must be no gaps in protection for the making available of both streams and downloads.

différente de la question soulevée en l’espèce. Par conséquent, puisque nous sommes appelés à déterminer la portée du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* et non à revoir l’« élément relatif à la transmission » du droit de communication au public par télécommunication, il n’est pas nécessaire d’examiner l’argument formulé par Access Copyright et Copibec, fondé sur le paragraphe 45(4) de la *Loi d’interprétation*,⁸⁵ quant à l’effet des décisions judiciaires sur l’interprétation législative.

B. L’interprétation faite par la Commission du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi est-elle conforme aux obligations du Canada au titre de l’article 8 du Traité de l’ODA et des articles 10 et 14 du Traité de l’OIEP?

[137] Le préambule de la *LMDA* et les déclarations faites par le gouvernement durant sa présentation et son élaboration démontrent que l’un des principaux objectifs du projet de loi était de mettre en œuvre les Traités de l’ODA et de l’OIEP. L’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* doit s’harmoniser avec cette intention. Bien que la discussion en l’espèce porte principalement sur le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* et l’article 8 du Traité de l’ODA, les principes qui sous-tendent notre analyse s’appliquent *mutadis mutandis* aux alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) de la *Loi* et aux articles 10 et 14 du Traité de l’OIEP.

[138] Comme point de départ, il convient de signaler que nul ne semble vraiment contester que les Traités Internet de l’OMPI visaient à régir la mise à disposition d’œuvres et tout autre objet du droit d’auteur en vue d’être téléchargés ou diffusés en continu. Les parties qui ont présenté des observations sur la question conviennent également que les méthodes de mise en application suivant la « solution cadre »⁸⁶ (décrite plus loin aux paragraphes 152 et suivants) en vue de respecter les obligations du Canada découlant des traités ne sont acceptables que si les Traités Internet de l’OMPI sont respectés intégralement. Ainsi, la protection de la mise à disposition à la fois des diffusions en

continu et des téléchargements ne doit comporter aucune lacune.

[139] SOCAN and some other parties submit that such activities are captured by subsection 2.4(1.1) of the *Act*; it is clear that there would be no gap if this provision were interpreted in this way. However, other parties argue that the making available of a work for download is not covered by subsection 2.4(1.1). Since such an approach would, *a priori*, leave a gap if no other right is applicable to this activity, we must determine whether this proposed interpretation of subsection 2.4(1.1) adequately or fully complies with Canada's WIPO Internet Treaty obligations.

[139] La SOCAN et certaines autres parties sont d'avis que ces activités sont visées par le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*; il est clair qu'il n'y aurait aucune lacune si cette disposition était interprétée de cette façon. Toutefois, les autres parties font valoir que la mise à disposition d'une œuvre pour téléchargement n'est pas visée par le paragraphe 2.4(1.1). Comme cette approche créerait *a priori* un vide si aucun autre droit ne s'applique à cette activité, nous devons déterminer si cette interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* respecte les obligations du Canada que lui imposent les Traités Internet de l'OMPI.

The scope of WCT Article 8

Le champ d'application de l'article 8 du Traité de l'ODA

[140] The expert opinion of Dr. Mihály Ficsor, former Assistant Director General of WIPO, the person responsible for the preparation of the WIPO Internet Treaties and the development of the “umbrella solution,” is particularly helpful in that respect. Dr. Ficsor points out that there were several issues that needed to be solved, for example:

[140] L'opinion de l'expert M. Mihály Ficsor, ancien directeur général adjoint de l'OMPI et personne chargée de la préparation des Traités Internet de l'OMPI et de l'établissement de la « solution cadre », est particulièrement utile à cet égard. M. Ficsor fait remarquer qu'il y avait plusieurs questions à résoudre, par exemple :

The legal characterization of—the applicable exclusive right or rights for—the acts of including works and objects of related rights in the Internet for interactive use (for any kind of use by those who may get access to them) was one of these issues. In fact, it seemed to be the biggest issue as potential obstacle to agreement between such key negotiating parties as the United States and the European Community.

[TRADUCTION] La qualification juridique – le ou les droits exclusifs applicables – des actes d'inclure des œuvres et des objets de droits connexes sur Internet pour usage interactif (pour tout genre d'usage par ceux qui peuvent y avoir accès) était l'une de ces questions. En fait, il semble s'agir du plus gros enjeu pouvant représenter un obstacle à l'entente entre des parties clés aux négociations, comme les États-Unis et l'Union européenne.

This thorny problem was solved through the so-called “umbrella solution” serving as a basis of the recognition of the right of (interactive) making available to the public which had been worked out by me and offered to the negotiating parties in the way described below.⁸⁷

Cet épineux problème a été réglé au moyen de la soi-disant « solution cadre » qui sert de fondement à la reconnaissance du droit de mise à la disposition (interactive) du public, que j'ai élaborée et offerte aux parties aux négociations de la façon décrite plus loin.⁸⁷

[141] Dr. Ficsor sets out in great detail the problem that confronted the drafters of the WIPO Internet Treaties: how to apply the concepts of distribution and communication to the public when existing norms were not sufficient. The *Berne Convention*⁸⁸ does not provide for a right of distribution for all categories of works but only for cinematographic works; and although coverage of the right of communication to the public is broader, it still does not cover all categories of works. Thus it became clear that it would be difficult for the various countries to select only one of the two basic candidate rights—either distribution or communication to the public directly.

[142] Dr. Ficsor sums up the intention of the drafters of the “making available” provisions in the WCT and the WPPT as follows:

The intention—which is duly reflected in the text of the relevant provisions of the two Treaties and which is also confirmed by their “preparatory work”—was to provide for an exclusive right in order to control the decisive act of uploading and making accessible for interactive use of protected works and objects of related rights on the Internet irrespective of the nature/purpose of the transmissions taking place in the course of such use. The relevant provisions of the WCT and the WPPT were adopted by the 1996 Diplomatic Conference on the basis of a unanimous understanding that the making available right is applicable both where the resulting interactive use takes the form of transmissions only allowing perception of and where they may result in downloading of the works (performances and/or phonograms) thus made available.⁸⁹

[143] Professor Ginsburg puts it this way:

[141] M. Ficsor explique en détail le problème auquel ont été confrontés les rédacteurs des Traités Internet de l'OMPI : comment appliquer les concepts de distribution et de communication au public lorsque les normes déjà établies ne sont pas suffisantes. Selon la *Convention de Berne*,⁸⁸ le droit de distribution ne s'applique pas à toutes les catégories d'œuvres, mais seulement aux œuvres cinématographiques; et bien que le champ d'application du droit de communication au public soit plus large, ce droit ne s'applique tout de même pas à toutes les catégories d'œuvres. Ainsi, il serait manifestement difficile pour les divers pays de choisir seulement un des deux droits candidats de base – à savoir la distribution ou la communication au public directement.

[142] M. Ficsor résume l'intention des rédacteurs des dispositions relatives à la « mise à disposition » des Traités de l'ODA et de l'OIEP de la façon suivante :

[TRADUCTION] L'intention – qui est dûment exprimée dans le texte des dispositions applicables des deux Traités et qui est également confirmée par les « travaux préparatoires » – était de prévoir un droit exclusif afin de contrôler l'acte décisif de télécharger et rendre accessible pour usage interactif des œuvres protégées et des objets de droits connexes sur Internet indépendamment de la nature ou de l'objectif des transmissions qui ont lieu dans l'exercice de cet usage. Les dispositions applicables des Traités de l'ODA et de l'OIEP ont été adoptées dans le cadre de la Conférence diplomatique de 1996 sur la base d'une interprétation unanime selon laquelle le droit de mise à disposition s'applique tant lorsque l'usage interactif qui en découle prend la forme de transmissions permettant uniquement la perception que lorsqu'il découle du téléchargement des œuvres (interprétations ou exécutions et/ou phonogrammes) ainsi mises à disposition.⁸⁹

[143] M^{me} Ginsburg énonce la question de

The making available right targets on-demand transmissions (whether by wire or wireless means), for it makes clear that the members of the public may be separated both in space and in time. The technological means of “making available” are irrelevant; the right is expressed in technological neutral terms [...] Equally importantly, the right applies to the “work”; is not limited to “performances” of the work. Thus it covers making the work available both as a download and as a stream.⁹⁰ [footnotes omitted]

[144] Dr. von Lewinski also participated in the development of the provisions of the WCT and WPPT addressing the making available right and provides her opinion that:

The making available right under the WCT and WPPT applies as soon as a work, performance, or phonogram, which is stored on a server, is rendered accessible to the public through an [I]nternet or other network or connection that may be used by members of the public in such a way that they then may access these works, performances or phonograms at a time and from a place individually chosen.⁹¹ [footnotes omitted]

[145] Article 8 of the WCT requires signatories to provide to authors the exclusive right of authorizing the communication to the public of their works. Some parties appear to argue that this right to authorize a communication to the public includes the “making available” of a work.⁹² This approach would essentially apply the same argument as to the meaning of “including” of Article 8 of the WCT, as is being put forward by those parties in relation to the interpretation of subsection 2.4(1.1) of the

cette façon :

[TRADUCTION] Le droit de mise à disposition vise les transmissions sur demande (par fil ou sans fil), car il apparaît clairement que les membres du public peuvent se trouver à des endroits différents et à des moments différents. Les moyens technologiques pour « mettre à disposition » ne sont pas pertinents; le droit est exprimé dans des termes neutres sur le plan technologique [...] Fait tout aussi important, le droit s’applique à l’« œuvre »; il n’est pas limité aux exécutions de l’œuvre. Ainsi, il englobe la mise à disposition de l’œuvre tant à titre de téléchargement qu’à titre de diffusion en continu. »⁹⁰ [Notes omises]

[144] M^{me} von Lewinski a également participé à l’élaboration des dispositions des Traités de l’ODA et de l’OIEP portant sur le droit de mise à disposition et est d’avis que :

[TRADUCTION] Le droit de mise à disposition prévu par les Traités de l’ODA et de l’OIEP s’applique dès qu’une œuvre, une interprétation ou exécution, ou un phonogramme, qui est stocké sur un serveur, est rendu accessible au public grâce à Internet ou à un autre réseau ou connexion qui peut être utilisé par le public de manière à ce que chacun puisse ensuite avoir accès à ces œuvres, interprétations ou exécutions ou phonogrammes de l’endroit et au moment qu’il choisit de manière individualisée.⁹¹ [Notes omises]

[145] L’article 8 du Traité de l’ODA requiert des signataires de conférer aux auteurs le droit exclusif d’autoriser la communication au public de leurs œuvres. Certaines parties semblent affirmer que ce droit d’autoriser la communication au public comprend le droit de « mettre à disposition » une œuvre.⁹² Suivant cette approche, on appliquerait essentiellement le même argument que celui s’appliquant au sens de l’expression « y compris » de l’article 8 du Traité de l’ODA, tel que présenté par ces parties relativement à

Act; that is that the phrase in Article 8 “including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them” is a clarification of the *in limine* phrase “any communication to the public of their works, by wire or wireless means.”

[146] We disagree. As all the expert opinions make clear, the act of making available can occur without any communication taking place. As such, the *in fine* phrase cannot be a clarification of the *in limine* phrase. More logically, just like subsection 2.4(1.1) of the *Act*, this portion of Article 8 is a deeming provision, which expands the meaning of the expression “any communication to the public.”

[147] Therefore, it is our opinion that to the extent that a country’s existing law grants an exclusive right of authorizing the communication to the public of a work, but does not cover the mere “making available” of that work, a gap exists, and such country is not compliant with Article 8 of the WCT.

Compliance through existing rights and a “performance-based” subsection 2.4(1.1)

[148] Those parties that submit that subsection 2.4(1.1) of the *Act* does not apply for the making available that may result in downloads, and that such an interpretation is compliant with the WCT, argue that one or more combinations of the existing rights of reproduction, of authorizing reproductions, and of authorizing communications to the public by telecommunication, along with their proposed interpretation of the scope of subsection 2.4(1.1), are sufficient to meet the obligation contained in Article 8 of the WCT. Some argue that the WCT does not require a specific manner of implementation, and, furthermore, that the WCT does not require a freestanding “making available” right.

l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*; c’est-à-dire que la formulation de l’article 8 « y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit de manière individualisée » se veut une précision de l’énoncé qui la précède, « toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil ».

[146] Nous ne sommes pas d’accord. Comme l’ont dit clairement tous les experts, l’acte de mise à disposition peut survenir sans qu’une communication ait lieu. Ainsi, la formulation *in fine* ne peut constituer une précision de l’énoncé qui la précède. Plus logiquement, au même titre que le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*, cette partie de l’article 8 est une disposition déterminative, qui élargit le sens de l’expression « toute communication au public ».

[147] Par conséquent, nous sommes d’avis que dans la mesure où la législation d’un pays confère le droit exclusif d’autoriser la communication au public d’une œuvre mais n’englobe pas la simple « mise à disposition » de cette œuvre, il y a lacune, et ce pays ne respecte pas l’article 8 du Traité de l’ODA.

Respect au moyen des droits actuels et du paragraphe 2.4(1.1) « fondé sur l’exécution »

[148] Les parties qui soutiennent que le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* ne s’applique pas à la mise à disposition suite à laquelle pourraient s’ensuivre des téléchargements, et que pareille interprétation est conforme au Traité de l’ODA, font valoir qu’une ou plusieurs combinaisons des droits actuels en matière de reproduction, d’autorisation des reproductions et d’autorisation des communications au public par télécommunication, conjointement avec l’interprétation qu’elles proposent de la portée du paragraphe 2.4(1.1), sont suffisantes pour répondre à l’obligation prévue à l’article 8 du Traité de l’ODA. Certaines prétendent que le Traité de l’ODA n’exige pas de méthode de mise en œuvre

précise et, en outre, qu'il n'impose pas un droit de « mise à disposition » distinct.

[149] SOCAN and some Copyright Collective Societies and Rights Holder Groups disagree. They argue that while Professors Ricketson and de Beer state that a country potentially could implement the WIPO Internet Treaties in the manner they propose, neither the professors, nor the parties relying on their expert opinions, provide any reasons or jurisprudence to support their contention that Canada intended to, and in fact did, implement the WIPO Internet Treaties in the manner they propose.

[149] Certaines sociétés de gestion du droit d'auteur, dont la SOCAN et certains groupes de titulaires de droits ne sont pas d'accord. Ils font valoir que bien que MM. Ricketson et de Beer affirment qu'un pays pourrait potentiellement mettre en œuvre les Traités Internet de l'OMPI de la façon qu'ils proposent, ni ces derniers ni les parties qui se fondent sur leurs opinions d'expert ne fournissent de motifs ou de la jurisprudence à l'appui de leur prétention selon laquelle le Canada avait l'intention de mettre en œuvre, et a effectivement mis en œuvre, les Traités Internet de l'OMPI de la façon qu'ils proposent.

[150] Professor Ricketson states that

an interpretation of the Canadian communication right in s. 3(1)(f) so as to apply to the interactive making available of works that are streamed only is consistent with the requirements of article 8 of WCT, so long as there are other exclusive rights, such as the reproduction right, that can apply to the making of transmissions that result or may result in downloads of the works made available.⁹³

[150] M. Ricketson affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] [L]'interprétation du droit de communication au Canada prévu à l'alinéa 3(1)(f) qui préconise que celui-ci s'applique à la mise à disposition interactive des œuvres qui sont diffusées en continu uniquement est conforme aux exigences de l'article 8 du Traité de l'ODA, pour autant qu'il existe d'autres droits exclusifs, comme le droit de reproduction, qui peuvent s'appliquer aux transmissions qui donnent lieu ou peuvent donner lieu à des téléchargements des œuvres mises à disposition.⁹³

[151] In Prof. Ricketson's opinion, the right required by Article 8 of the WCT supplements the pre-existing exclusive rights to broadcast and communicate works that are required under the *Berne Convention*. He notes that, in addition to the rules of treaty interpretation allowing member states to implement standard rights in the manner of their choosing, the wording of Article 8 is open-ended enough to provide member states with flexibility of implementation. He concludes that the words of Article 8 do not place any qualification on the way works are made available, and finds confirmation for this principle in the Basic Proposal for the "umbrella solution."⁹⁴

[151] Selon M. Ricketson, le droit exigé par l'article 8 du Traité de l'ODA complète les droits exclusifs actuels de diffuser et de communiquer des œuvres qui sont exigés en vertu de la *Convention de Berne*. Il souligne qu'en plus des règles d'interprétation de traité qui permettent aux États membres de mettre en œuvre des droits standards de la manière de leur choix, le libellé de l'article 8 est suffisamment large pour fournir aux États membres une souplesse quant à la mise en œuvre. Il conclut que le libellé de l'article 8 n'impose aucune condition sur la façon dont les œuvres sont mises à disposition et, selon lui, ce principe est confirmé dans la proposition de base relativement à la « solution cadre ».⁹⁴

[152] The term “umbrella solution” refers to a compromise solution worked out during the WCT negotiations which contained the following elements: “(i) the act of interactive transmission should be described in a neutral way, free from specific legal characterization (for example, as making available a work to the public by wire or by wireless means, for access by members of the public); (ii) such a description should not be technology-specific and, at the same time, it should express the interactive nature of digital transmissions in the sense that it should go along with a clarification that a work or an object of related right is considered to be made available “to the public” also when the members of the public may access it at a time and at a place freely chosen by them; (iii) in respect of the legal characterization of the exclusive right—that is, in respect of the actual choice of the right or rights to be applied—sufficient freedom should be left to national legislation; and, (iv) the gaps in the Berne Convention in the coverage of the relevant rights—the right of communication to the public and the right of distribution—should be eliminated. This solution was referred to as the “umbrella solution,” and it was adopted by the Diplomatic Conference as a basis for the provisions concerning interactive transmissions.”⁹⁵

[153] Professor de Beer also concludes that when determining whether Canada’s copyright law is compliant with Canada’s international obligations, the key question is whether the substance of the law complies—not whether the specific manner of implementation matches that of other member states and that “perfect harmonization with all foreign approaches is impossible, as well as unnecessary, for Canada’s treaty compliance.”⁹⁶

[154] In their respective opinions, Professors Ricketson and de Beer both conclude that the *CMA* does not need to grant a freestanding “making available” right to comply with

[152] Le terme « solution cadre » renvoie à un compromis élaboré durant les négociations du Traité de l’ODA, qui contient les éléments suivants : « (i) l’acte de transmission interactive devrait être décrit d’une manière neutre, dépourvu de qualification juridique (par exemple, comme étant le fait de mettre une œuvre à la disposition du public par fil ou sans fil, pour que chacun puisse y accéder); (ii) cette description ne devrait pas être technique, mais devrait exprimer la nature interactive des transmissions numériques en ce sens qu’elle doit préciser également qu’une œuvre ou un objet de droits connexes est mis à la disposition du public quand chacun peut y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit; (iii) concernant la qualification juridique du droit exclusif – soit, le choix effectif du ou des droits applicables – il faudrait laisser une latitude suffisante au législateur national et (iv) les disparités dans la Convention de Berne relatives à la portée des droits pertinents – droit de communication au public et droit de mise en circulation – devraient être éliminées. Cette solution, dite « solution cadre », a été adoptée à la conférence diplomatique comme fondement des dispositions concernant les transmissions interactives. »⁹⁵

[153] M. de Beer conclut également que lorsqu’il s’agit de déterminer si la législation du Canada en matière de droit d’auteur est conforme aux obligations internationales du Canada, la question essentielle est celle de savoir si le fond de la législation est conforme, et non de savoir si la manière précise de mise en œuvre concorde avec celle d’autres États membres et que [TRADUCTION] « l’harmonisation parfaite avec toutes les autres approches adoptées par les pays étrangers est impossible, voire même inutile, pour assurer le respect de traités par le Canada. »⁹⁶

[154] Dans leur opinion respective, MM. Ricketson et de Beer concluent tous deux qu’il est inutile que la *LMDA* confère un droit de « mise à disposition » distinct pour être

WCT obligations, and further provide an opinion that the interpretation that subsection 2.4(1.1) does not cover the making available of downloads satisfies the WCT obligation under Article 8.

[155] Given all the evidence, Articles 31 and 32 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*,⁹⁷ as well as the history and effect of the “umbrella solution,” we find that there is no specific approach that needs to be adopted by WCT member states in order for them to be compliant. It can take any form: a reproduction right, a distribution right, a publication right, a communication right, or a stand-alone making available right, or any combination thereof.⁹⁸ However, that does not answer the fundamental question: does the interpretation urged on us by some parties—that subsection 2.4(1.1) of the *Act* does not cover the making available which may result in downloads—satisfy Canada’s treaty obligations under Article 8 of the WCT?

What rights may be used to comply with Article 8 of the WCT?

[156] Some experts argue that only some rights should be considered in whether a WCT member’s domestic implementation of the protection of the “making available” of a work meets the obligations of that treaty, and that the reproduction right should not be one of these.

[157] For example, Dr. Ficsor and Dr. von Lewinski state that the reproduction right is not a viable mechanism for the implementation of the right of making available as applied to making copies available to the public for downloading. Dr. Ficsor provided a detailed explanation of the two candidate rights in reviewing the WIPO

conforme aux obligations imposées par le Traité de l’ODA. Ils estiment également que l’interprétation selon laquelle le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* n’englobe pas la mise à disposition de téléchargements satisfait à l’obligation prévue à l’article 8 du Traité de l’ODA.

[155] Compte tenu de l’ensemble de la preuve, des articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des Traités*⁹⁷ ainsi que de l’historique et de l’effet de la « solution cadre », nous estimons que les États membres du Traité de l’ODA n’ont pas à adopter une approche précise afin de respecter leurs obligations. L’approche peut prendre n’importe quelle forme : un droit de reproduction, un droit de distribution, un droit de publication, un droit de communication ou un droit de mise à disposition autonome, ou toute combinaison de ces droits.⁹⁸ Toutefois, cela ne répond pas à la question fondamentale : l’interprétation que certaines parties nous invitent à faire selon laquelle le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* n’englobe pas la mise à disposition résultant en des téléchargements répond-elle aux obligations du Canada découlant de l’article 8 du Traité de l’ODA?

Quels droits peuvent être exercés pour assurer le respect de l’article 8 du Traité de l’ODA?

[156] Certains experts font valoir que seuls certains droits devraient être pris en considération pour savoir si la mise en œuvre nationale de la protection de la « mise à disposition » d’une œuvre par un membre du Traité de l’ODA répond aux obligations créées par ce traité, et que le droit de reproduction ne devrait pas en faire partie.

[157] Par exemple, M. Ficsor et M^{me} von Lewinski affirment que le droit de reproduction ne constitue pas un mécanisme viable pour mettre en œuvre le droit de mise à disposition tel qu’il s’applique à la mise à la disposition du public de copies en vue d’un téléchargement. M. Ficsor a fourni une explication détaillée des deux droits

Treaties negotiations and explained why the reproduction right was considered insufficient. In short, the reproduction right is not the same as the right of providing access to or making available in interactive environments.⁹⁹

[158] Dr. von Lewinski states that the reproduction right was not a candidate right that could form part of the umbrella solution to satisfy the obligations under the WIPO Internet Treaties as it relates to making available:

Accordingly, among the candidate rights discussed for application to the act of making available were only rights that would cover the act of making available as a form of diffusion in the broadest sense, as opposed to the mere reproduction right. In fact the reproduction right was mentioned in the Basic Proposal as applying to any reproductions taking place in the course of such making available and as applying in addition to a right of making available. Likewise, discussion of the Committees of Experts and of the Diplomatic Conference confirmed that the reproduction right was always considered as a right applying to acts of reproduction in the context of internet transmission, and that any other, additional right or rights would have to cover the (different) act of making available.

Therefore, I disagree with the expert opinions of J. de Beer and S. Ricketson, as far as they consider the reproduction right (including the right to authorize reproduction) to be a possible candidate right to implement the making available right as regards downloads.¹⁰⁰ [footnotes omitted]

[159] However, Professor Ginsburg states that

potentiels dans son examen des négociations des traités de l'OMPI et a expliqué pourquoi le droit de reproduction a été considéré comme insuffisant. En bref, le droit de reproduction n'équivaut pas au droit de fournir accès ou de mettre à disposition dans des environnements interactifs.⁹⁹

[158] M^{me} von Lewinski affirme que le droit de reproduction n'était pas un droit potentiel susceptible de faire partie de la « solution cadre » pour satisfaire aux obligations découlant des Traités Internet de l'OMPI en ce qui a trait à la mise à disposition :

[TRADUCTION] Par conséquent, les droits potentiels à appliquer à l'acte de mise à disposition dont nous avons discuté ne sont que les droits qui engloberaient l'acte de mise à disposition en tant que forme de diffusion dans le sens le plus large, par opposition au simple droit de reproduction. En fait, on a indiqué dans la proposition de base que le droit de reproduction s'applique à toute reproduction qui a lieu pendant la mise à disposition et qui s'applique en plus du droit de mise à disposition. De même, les discussions des Comités d'experts et de la Conférence diplomatique ont confirmé que le droit de reproduction a toujours été considéré comme un droit qui s'applique aux actes de reproduction dans le contexte de la transmission sur Internet, et que tout autre droit supplémentaire devrait englober l'acte (différent) de mise à disposition.

Par conséquent, je ne souscris pas aux opinions des experts J. de Beer et S. Ricketson, dans la mesure où ils considèrent le droit de reproduction (y compris le droit d'autoriser la reproduction) comme un droit potentiel permettant la mise en œuvre du droit de mise à disposition des téléchargements.¹⁰⁰ [Notes omises]

[159] Toutefois, M^{me} Ginsburg affirme ce qui suit :

[w]hat matters is not the label any national law confers, but rather its actual coverage. In one way or another, or in combination, member states must ensure that authors enjoy the right to control the offering and provision of on-demand access by the public, whether that access takes the form of a stream or of a download.¹⁰¹

[160] She continues:

Canada may therefore, consistently with WCT art. 8, enact a “making available” right that comprehensively regulates offering on-demand streaming and downloading, but it may also cover on-demand offers for streaming and downloading through a combination of exclusive rights, for example, through a public performance or communication to the public right over offers to stream, and a reproduction/distribution right over offers of downloads. But it cannot, consistently with its international obligations, cover offers to stream on the one hand, but only actual deliveries of downloads on the other.¹⁰²

[161] This is supported by Dr. Jörg Reinbothe and Dr. von Lewinski in their text where they state that the United States

expressed its understanding that the right of making available as contained in Article 10 Basic Proposal I 1996 could be implemented into national law *by any exclusive right*, hence not necessarily by the right of communication to the public. This understanding was not opposed by other delegations.¹⁰³ [emphasis added]

[162] We agree. What name a right is given in domestic legislation does not make it any

[TRADUCTION] Ce qui importe n’est pas la désignation qu’utilise la législation nationale, mais plutôt son champ d’application réel. D’une façon ou d’une autre, les États membres doivent s’assurer que les auteurs jouissent du droit de contrôler l’offre et l’accès sur demande du public, que cet accès prenne la forme d’une diffusion en continu ou d’un téléchargement.¹⁰¹

[160] Elle poursuit :

[TRADUCTION] Le Canada peut donc, conformément à l’article 8 du Traité de l’ODA, édicter un droit de « mise à disposition » qui régit l’ensemble de l’offre de diffusion en continu et de téléchargement sur demande, mais qui peut également englober les offres sur demande de diffusion en continu et de téléchargement au moyen d’une combinaison de droits exclusifs, par exemple, au moyen d’un droit d’exécution en public ou d’un droit de communication au public à l’égard des offres de diffusion en continu, et d’un droit de reproduction/distribution à l’égard des offres de téléchargement. Toutefois, selon ses obligations internationales, il ne peut englober les offres de diffusion en continu d’une part, mais seulement la distribution réelle de téléchargements d’autre part.¹⁰²

[161] Ce point de vue est secondé par M. Jörg Reinbothe et M^{me} von Lewinski dans leur texte, où ils affirment que les États-Unis :

[TRADUCTION] ont dit comprendre que le droit de mise à disposition énoncé à l’article 10 de la proposition de base I 1996 pourrait être mis en œuvre dans la législation nationale *par tout droit exclusif*, donc pas forcément par le droit de communication au public. Cette compréhension n’a pas été contestée par les autres délégations.¹⁰³ [Nos italiques]

[162] Nous sommes d’accord. Le nom que l’on attribue au droit dans la législation

more or any less compliant. What is important is that all the acts contemplated by the treaties are covered through one or more exclusive rights.

[163] We note that while some of the submissions and expert opinions used the term “offer” as a synonym or shorthand for “make available,” they are not the same. A work must actually be made available in the manner described in subsection 2.4(1.1) of the *Act* before the making available right is triggered—a mere offer to transmit a work, without the work being ready for on-demand transmission, is not sufficient. This necessary state of readiness has been described by the expert witnesses as “accessible for interactive use”¹⁰⁴ or as an “incipient” communication.¹⁰⁵

[164] We find that, in order for a country to be compliant with Article 8 of the WCT, it must provide a right, or combination of rights—however named, and whether existing or new—which grants an owner of copyright an exclusive right to authorize:

- (i) the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them;
- (ii) an act of communication to the public that results from such a making available, if any; and,
- (iii) an act of reproduction that results from such a making available, if any.

[165] Provided that the acts above are captured in one way or another, a country’s obligation in respect of the *in fine* portion of Article 8 of the WCT is met.

nationale ne le rend pas plus ou moins conforme. Ce qui importe, c’est que tous les actes indiqués dans les traités soient visés par un ou plusieurs droits exclusifs.

[163] Nous remarquons que bien que certains experts, dans leurs observations et opinions, utilisaient le terme « offre » comme un synonyme ou une abréviation de l’expression « mise à disposition », ces deux termes ne s’équivalent pas. Une œuvre doit être mise à disposition de la manière décrite dans le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* avant que le droit de mise à disposition n’entre en jeu – la simple offre de transmettre une œuvre, sans que cette œuvre ne soit accessible pour la transmission sur demande, n’est pas suffisante. Cet état nécessaire d’accessibilité a été décrit par les témoins experts comme étant « accessible pour usage interactif »¹⁰⁴ ou comme une communication « embryonnaire ».¹⁰⁵

[164] Nous estimons que, pour qu’un pays respecte ses obligations au titre de l’article 8 du Traité de l’ODA, il doit prévoir un droit, ou une combinaison de droits – peu importe leur nom, existant déjà ou étant nouveaux – conférant à un titulaire d’un droit d’auteur le droit exclusif d’autoriser :

- (i) la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit de manière individualisée;
- (ii) l’acte de communication au public qui découle d’une telle mise à disposition, le cas échéant;
- (iii) l’acte de reproduction qui découle d’une telle mise à disposition, le cas échéant.

[165] Dans la mesure où les actes ci-dessus sont représentés d’une façon ou d’une autre, l’obligation d’un pays au regard de la partie *in fine* de l’article 8 du Traité de l’ODA est respectée.

[166] As we are of the opinion that the rights in the *Act* already covered the last two of the three acts above, we find most relevant the fact that compliance requires that an exclusive right, or rights, are triggered as soon as a work is made available in the manner described in Article 8 of the WCT—even without any subsequent download or stream taking place. Therefore, we now must consider the alternative rights proposed by some of the parties to determine whether any of them would cover such an act.

[167] For the reasons described below, we are not persuaded that the combination of alternative rights put forward is sufficient to cover all the acts enumerated above.

Reproduction right

[168] The right to prohibit a reproduction may not be sufficiently broad as to prohibit a subsequent act of “making available” of a reproduction. While it is true that—in the current state of technology—an act of reproduction almost always precedes an act of “making available,” it does not appear that the right to prohibit the former would always permit the prohibition of the latter.

[169] For example, the initial act of reproduction (e.g., the copying of a work onto a server) may be done by a person who is authorized to make such a reproduction, while the subsequent “making available” (e.g., configuring the server in such a fashion that a request to that server made by the public will result in access to that copy of that work) may be done by another person. The right of reproduction would not be triggered by that subsequent act of “making available.”

[170] Even if the owner of the right of reproduction were to require, by way of a term in a licence, that a licensee not permit any other person to make available any

[166] Comme nous sommes d’avis que les droits prévus dans la *Loi* englobent déjà les deux derniers actes parmi les trois cités ci-dessus, nous estimons très pertinent le fait que la conformité exige qu’un droit ou des droits exclusifs entrent en jeu dès qu’une œuvre est mise à la disposition du public de la manière décrite à l’article 8 du Traité de l’ODA, même sans qu’il y ait subséquemment téléchargement ou diffusion en continu. Par conséquent, nous devons maintenant examiner les autres droits proposés par certaines parties pour déterminer si ceux-ci engloberaient un tel acte.

[167] Pour les motifs qui suivent, nous ne sommes pas convaincus que la combinaison des autres droits présentés suffit pour englober tous les actes énumérés ci-dessus.

Droit de reproduction

[168] Le droit d’interdire une reproduction peut ne pas être suffisamment large pour interdire l’acte subséquent de « mise à disposition » d’une reproduction. Bien qu’il soit vrai que – dans l’état actuel de la technologie – l’acte de reproduction précède presque toujours l’acte de « mise à disposition », il semble que le droit d’interdire la reproduction ne permettrait pas toujours d’interdire la mise à disposition.

[169] Par exemple, l’acte initial de reproduction (p. ex. l’acte de copier une œuvre sur un serveur) peut être effectué par une personne qui est autorisée à effectuer une telle reproduction, alors que la « mise à disposition » subséquente (p. ex. l’acte de configurer le serveur de façon à ce qu’une demande envoyée à ce serveur par le public entraînera l’accès à cette copie de cette œuvre) peut être effectuée par une autre personne. Le droit de reproduction n’entrerait pas en jeu par cet acte subséquent de « mise à disposition ».

[170] Même si le titulaire du droit de reproduction devait exiger, au moyen d’une condition dans une licence, qu’un titulaire d’une licence n’autorise personne d’autre à

resulting copies, any breach thereof would only be actionable as against the licensee—and not against the person who actually made the work available. Such a potential contractual right does not arise to the level of an “exclusive right” as contemplated in the WCT.

Authorization of reproduction or authorization of communication to the public

[171] Some parties, such as Music Canada, argue that the “authorization” right in the *Act* is not sufficient as, *inter alia*, the obligations in the WCT require strict liability for the mere “making available.” We express no view on whether compliance with the WCT requires strict liability—or permits another standard, as there was insufficient evidence from the various experts on this point.

[172] More importantly, for an “authorization” to be an infringement under the *Act*, a subsequent infringing act must actually occur. In our opinion, this feature of the authorization right leaves an important gap in the protections required by the WCT.

[173] One of the effects of Article 8 of the WCT was to remove the evidentiary requirement of rights holders to prove that their works had actually been consumed in some manner (either by reproduction or communication to the public). While the right to control the “making available” of a work does not give control over any act used to actually consume that work (such as by hearing, viewing, or reading it), it provides a way for rights holders to prohibit an activity (the making available) that *could* lead to such a consumptive act.

[174] For example, in the case of a work posted on a public website, no evidence of an

mettre à disposition toute copie qui en découle, tout manquement à cette condition ne donnerait ouverture à un droit d’action qu’à l’encontre du titulaire de la licence, et non à l’encontre de la personne qui a mis l’œuvre à disposition. Un droit contractuel potentiel de cette nature ne s’élève pas au rang d’un « droit exclusif » au sens du Traité de l’ODA.

Autorisation de reproduction ou autorisation de communication au public

[171] Certaines parties, comme *Music Canada*, font valoir que le droit d’« autorisation » prévu dans la *Loi* n’est pas suffisant puisque, entre autres, les obligations découlant du Traité de l’ODA exigent une responsabilité stricte en cas de simple « mise à disposition ». Nous ne nous prononçons pas sur la question de savoir si le respect du Traité de l’ODA exige une responsabilité stricte ou permet une autre norme, puisque les différents experts n’ont pas présenté suffisamment de preuve sur ce point.

[172] Qui plus est, pour qu’une « autorisation » soit une violation au sens de la *Loi*, un acte de violation subséquent doit se produire. Selon nous, cette caractéristique du droit d’autorisation laisse un vide important dans les protections requises par le Traité de l’ODA.

[173] L’un des effets de l’article 8 du Traité de l’ODA était d’enlever l’exigence des titulaires de droits de prouver que leurs œuvres ont été consommées d’une certaine manière (soit par reproduction ou communication au public). Bien que le droit de contrôler la « mise à disposition » d’une œuvre ne donne pas le contrôle sur tout acte accompli pour consommer cette œuvre (comme l’écouter, la regarder ou la lire), il fournit une façon pour les titulaires de droits d’interdire une activité (la mise à disposition) qui *pourrait* mener à un tel acte de consommation.

[174] Par exemple, dans le cas d’une œuvre mise en ligne sur un site Web public, aucune

actual resulting download would be required for the “making available” to be triggered, thus relieving the copyright owner of the burden of proving that a download actually took place, and that the download was infringing.

[175] As discussed above, in our opinion, for a party to be compliant with the WCT, an exclusive right must be triggered by the making available to the public of a work in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them. By its very nature of requiring a subsequent act in order for liability to occur, the concept of authorization is deficient in this respect.

[176] In our opinion neither the right to reproduce a work, nor the right to authorize the reproduction or communication to the public of a work—alone or in combination—adequately cover these situations.

[177] The same reasoning would apply to an analysis of the existing right to authorize the reproduction of sound recordings and performances fixed in sound recordings, and therefore these rights would not be sufficient to meet the obligations in Articles 10 and 14 of the WPPT.

Distribution right

[178] Some parties briefly mention the distribution right, contained in paragraph 3(1)(j) of the *Act*, as being a possible candidate for the set of rights used to comply with Article 8 of the WCT. The provision provides that “copyright” includes the sole right, “in the case of a work that is in the form of a tangible object, to sell or otherwise transfer ownership of the tangible object, as long as that ownership has never previously been transferred in or outside Canada with the authorization of the copyright owner.”

preuve démontrant qu’il y a eu téléchargement ne serait requise pour faire entrer en jeu la « mise à disposition », dégageant ainsi le titulaire du droit d’auteur de l’obligation de prouver qu’il y a effectivement eu téléchargement, et que ce téléchargement constituait une violation.

[175] Comme nous en avons discuté précédemment, à notre avis, pour qu’une partie respecte le Traité de l’ODA, un droit exclusif doit entrer en jeu par la mise à la disposition du public d’une œuvre de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit de manière individualisée. Comme elle exige qu’un acte subséquent survienne pour que la responsabilité soit engagée, la notion d’autorisation est déficiente à cet égard.

[176] À notre avis, ni le droit de reproduire une œuvre ni le droit d’autoriser la reproduction ou la communication publique d’une œuvre ne suffit à lui seul, ou en combinaison avec un autre droit, à englober convenablement ces situations.

[177] Le même raisonnement s’appliquerait à une analyse du droit actuel d’autoriser la reproduction d’enregistrements sonores et de prestations fixées dans les enregistrements sonores et, par conséquent, ces droits ne seraient pas suffisants pour répondre aux obligations imposées par les articles 10 et 14 du Traité de l’OIEP.

Droit de distribution

[178] Certaines parties ont mentionné brièvement que le droit de distribution, prévu à l’alinéa 3(1)*j* de la *Loi*, pourrait faire partie de l’ensemble de droits potentiels qui permettraient de respecter l’article 8 du Traité de l’ODA. La disposition indique que le « droit d’auteur » comporte le droit exclusif, « s’il s’agit d’une œuvre sous forme d’un objet tangible, d’effectuer le transfert de propriété, notamment par vente, de l’objet, dans la mesure où la propriété de celui-ci n’a jamais été transférée au Canada ou à l’étranger avec l’autorisation du titulaire du droit d’auteur. »

[179] Dr. Ficsor states that in order for a distribution right to be sufficient, it would have to cover “distribution through reproduction through transmission—that is making available copies by making such copies, through transmission of electronic signals, in the receiving computers.”¹⁰⁶ Dr. von Lewinski states that the concept of exhaustion does not apply to the making available right in Article 8 of the WCT.¹⁰⁷

[180] The Canadian distribution right does not have these characteristics. Thus, this argument can readily be dispensed with. The distribution right in paragraph 3(1)(j) of the *Act* applies only to works contained in tangible media—while the WCT has no such limitation. Furthermore, the right is only triggered when an actual distribution takes place—as opposed to being triggered as soon as the work has become available in a way that could result in a “distribution.” Lastly, the right in paragraph 3(1)(j) applies only so long as “ownership has never previously been transferred in or outside Canada with the authorization of the copyright owner.” Once ownership of the tangible object containing the work is transferred, the right is no longer applicable—or, in other words, the right is exhausted.

[181] All of these aspects of the distribution right, as encompassed in the *Act*, make it unsuitable for meeting the obligation in Article 8 of the WCT.

[182] Therefore, we find that the proposed interpretation whereby subsection 2.4(1.1) of the *Act* would not cover the making available of downloads would result in Canada not complying with Article 8 of the WCT, and would therefore not be an interpretation harmonious with the intention of Parliament: to implement the WCT.

[179] M. Ficsor affirme que pour que le droit de distribution soit suffisant, il devrait englober [TRADUCTION] « la distribution par la reproduction par la transmission, c’est-à-dire la mise à disposition de copies en faisant ces copies, au moyen de la transmission de signaux électroniques, dans les ordinateurs de réception. »¹⁰⁶ M^{me} von Lewinski affirme que le concept d’épuisement ne s’applique pas au droit de mise à disposition prévu à l’article 8 du Traité de l’ODA.¹⁰⁷

[180] Au Canada, le droit de distribution n’a pas ces caractéristiques. Ainsi, cet argument peut facilement être écarté. Le droit de distribution prévu à l’alinéa 3(1)(j) de la *Loi* ne s’applique qu’aux œuvres comprises sur un support tangible – alors que le Traité de l’ODA ne comporte aucune restriction de cette nature. De plus, ce droit entre en jeu uniquement lorsqu’une distribution a lieu et non dès que l’œuvre est rendue accessible d’une manière qui pourrait donner lieu à une « distribution ». Enfin, le droit prévu à l’alinéa 3(1)(j) ne s’applique que dans la mesure où « la propriété de celui-ci n’a jamais été transférée au Canada ou à l’étranger avec l’autorisation du titulaire du droit d’auteur. » Une fois que la propriété de l’objet tangible contenant l’œuvre est transférée, le droit ne s’applique plus ou, autrement dit, le droit est épuisé.

[181] Tous ces aspects du droit de distribution, tels qu’ils sont prévus dans la *Loi*, le rendent inapproprié pour répondre aux obligations découlant de l’article 8 du Traité de l’ODA.

[182] Par conséquent, nous estimons que l’interprétation proposée selon laquelle le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* n’engloberait pas la mise à disposition de téléchargements ferait en sorte que le Canada ne respecterait pas l’article 8 du Traité de l’ODA. Cette interprétation ne s’harmoniserait donc pas avec l’intention du législateur qui a pour objectif la mise en œuvre du Traité de l’ODA.

Does the Board's interpretation of subsection 2.4(1.1) of the Act meet the requirements of Article 8 of the WCT?

[183] Having found that an implementation of Article 8 of the WCT can take whatever form, and be implemented by whatever exclusive right—or combination of exclusive rights—as long as it covers “the making available to the public in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them” regardless of whether or not it is followed by a stream or a download, or nothing at all, we are of the opinion that our interpretation meets all the requirements of Article 8 of the WCT. Subsection 2.4(1.1) of the *Act* describes how the “making available” of works is protected through the exclusive right of communication to the public by telecommunication while the subsequent resulting transmissions of works, if applicable, are already protected by exclusive rights under subsection 3(1) of the *Act*.

Foreign legislative regimes

[184] Some expert witnesses described the legislative regimes of selected countries that implemented the WIPO Internet Treaties. Given that those treaties provide for broad flexibility in the manner of the implementation of the obligations stemming therefrom, we find little relevance in looking at a select number of countries' manner of implementing protection for the act of “making available” in their respective legislation.

C. Does a transmission of a work or other subject-matter “merge” with the initial act of making available into a single protected act?

[185] There remains one issue to address and that is the *merging theory* in the context of

L'interprétation faite par la Commission du paragraphe 2.4(1.1) de la Loi répond-elle aux exigences de l'article 8 du Traité de l'ODA?

[183] Ayant conclu que la mise en œuvre de l'article 8 du Traité de l'ODA peut prendre n'importe quelle forme et être appliquée par n'importe quel droit exclusif – ou combinaison de droits exclusifs – dans la mesure où elle englobe « la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée », sans égard à la question de savoir si elle est suivie d'une diffusion en continu ou d'un téléchargement, ou de rien du tout, nous sommes d'avis que notre interprétation répond à toutes les exigences de l'article 8 du Traité de l'ODA. Le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* décrit comment la « mise à disposition » d'œuvres est protégée grâce au droit exclusif de communication au public par télécommunication alors que les transmissions d'œuvres subséquentes qui en découlent, s'il y a lieu, sont déjà protégées par les droits exclusifs visés au paragraphe 3(1) de la *Loi*.

Régimes législatifs étrangers

[184] Certains témoins experts ont décrit les régimes législatifs de certains pays qui ont mis en œuvre les Traités Internet de l'OMPI. Étant donné que ces Traités permettent une grande souplesse dans la manière de mettre en œuvre les obligations qui en découlent, nous estimons peu pertinent d'examiner la manière dont un certain nombre de pays ont mis en œuvre le droit en matière de « mise à disposition » dans leur législation respective.

C. La transmission d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur « fusionne »-t-elle avec l'acte initial de mise à disposition de façon à former un seul acte protégé?

[185] Il reste une question à aborder, soit la *théorie de la fusion* dans le contexte de la

the making available of works, as described below. We characterize the issue as fundamental as several submissions integrate the theory, either implicitly or explicitly,¹⁰⁸ in their reasoning but come to very different conclusions as to what legal effect merging has in the context of the issues we must decide.

[186] For example, Cineplex argues that “the making available of a work and its subsequent transmission constitute one protected transaction, giving rise to a performance royalty in the context of a stream, and a mechanical royalty in the context of a download.”¹⁰⁹ Similarly, SACD-SCAM submits that

[TRANSLATION] if the work, the performance, or the sound recording is actually transmitted subsequently to the offer, it is then the “making available” right, and only that right that will cover all of the online activities: there should not be a cumulative exercise of several rights.¹¹⁰

[187] In the context of the making available of works and other subject-matter, the *merging theory* essentially means that once a work or other subject-matter is made available to the public and is then subsequently transmitted, that subsequent transmission merges with the initial act of making available to become a single protected act, and, arguably, subject to a single right.

[188] Looking at the history and the language of the WCT and WPPT, and, more importantly, language in the *Act*, we conclude, for the reasons that follow, that the *merging theory* is not applicable to the protection of the making available of works and other subject-matter as implemented under the *Act*.

mise à disposition d’œuvres, comme nous le décrirons plus loin. Nous estimons que cette question est fondamentale puisque plusieurs des prétentions des parties intègrent cette théorie, implicitement ou explicitement,¹⁰⁸ dans leur raisonnement, mais en sont venues à des conclusions très différentes quant à l’effet juridique de la fusion dans le contexte des questions que nous devons trancher.

[186] Par exemple, Cineplex prétend que [TRADUCTION] « la mise à disposition d’une œuvre et sa transmission subséquente constituent une seule transaction protégée, qui donne lieu à des redevances pour le droit d’exécution dans le contexte d’une diffusion en continu et à des redevances pour le droit de reproduction dans le contexte d’un téléchargement. »¹⁰⁹ De même, SACD-SCAM soutient que :

[...] si l’œuvre, la prestation ou l’enregistrement sonore fait effectivement l’objet d’une transmission subséquente à l’offre, c’est le droit de « mise à disposition », et lui seul, qui couvrira toute la chaîne d’activités en ligne; il ne doit pas y avoir cumul de l’exercice de plusieurs droits.¹¹⁰

[187] Dans le contexte de la mise à disposition d’œuvres et autres objets du droit d’auteur, la *théorie de la fusion* signifie essentiellement qu’une fois qu’une œuvre ou un autre objet du droit d’auteur est mis à la disposition du public puis transmis, cette transmission subséquente fusionne avec l’acte initial de mise à disposition pour ne former qu’un seul acte protégé, qui serait assujéti à un seul droit.

[188] En examinant l’historique et le libellé des Traités de l’ODA et de l’OIEP et, plus important encore, le libellé de la *Loi*, nous concluons, pour les motifs qui suivent, que la *théorie de la fusion* ne s’applique pas à la protection de la mise à disposition d’œuvres et autres objets du droit d’auteur telle que mise en œuvre par la *Loi*.

The domestic provisions

[189] There is no dispute among the parties that the sole act of making a work or other subject-matter available “in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public”¹¹¹ regardless of whether any subsequent transmission ever occurs, is enough to trigger the protection or liability afforded by subsection 2.4(1.1) of the *Act*. We agree with that position. The situation with respect to the rights afforded to performers’ performances fixed in sound recordings and sound recordings by paragraphs 15(1.1)(d) and 18(1.1)(a) of the *Act* respectively, conveys the same notion even more so since these provisions create a stand-alone exclusive right. It is desirable to have the same principles apply equally to the making available to the public of works on the one hand, and the making available to the public of sound recordings and performers’ performances on the other.

[190] The unambiguous language in subsection 2.4(1.1) of the *Act* deals solely with the act of posting of a work (or other subject-matter) online in a manner that makes it accessible by members of the public at a time and place of their choosing.

[191] Subsection 2.4(1.1) of the *Act* deems that the sole act of posting of a work (or other subject-matter) online in a manner that makes it accessible by members of the public is to be considered a communication to the public by telecommunication of that work or other subject-matter. There is no condition attached to the provision to suggest that access has to actually occur for the protection or liability to be triggered. It refers to “making it available to the public by telecommunication.”¹¹² Thus, the mere act of making available in a manner that permits the subsequent access by members of the public is sufficient to trigger the deeming clause, and does not require the subsequent act resulting from the access, whichever form it takes.

Les dispositions nationales

[189] Les parties ne contestent pas que l’acte de mise à disposition d’une œuvre ou d’un autre objet du droit d’auteur « de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement »¹¹¹ sans égard à la question de savoir s’il y a une transmission subséquente, suffit à faire entrer en jeu la protection ou la responsabilité prévue au paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*. Nous souscrivons à ce point de vue. La situation à l’égard des droits accordés pour les prestations fixées au moyen d’un enregistrement sonore et les enregistrements sonores visés par les alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) de la *Loi* respectivement, évoque la même notion, d’autant plus que ces dispositions créent un droit exclusif autonome. Il est souhaitable que les mêmes principes s’appliquent de manière égale à la mise à la disposition du public d’œuvres d’une part, et la mise à la disposition du public d’enregistrements sonores et de prestations, d’autre part.

[190] Les termes non équivoques du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* ne portent que sur l’acte de mettre une œuvre (ou un autre objet du droit d’auteur) en ligne de façon à la rendre accessible au public de l’endroit et à un moment qu’il choisit.

[191] Le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* prévoit que l’acte de mettre en ligne une œuvre (ou un autre objet du droit d’auteur) de manière à la rendre accessible au public doit être considéré comme une communication au public par télécommunication de cette œuvre ou de cet autre objet du droit d’auteur. La disposition n’est assortie d’aucune condition qui indiquerait que l’accès doit effectivement avoir lieu pour que la protection ou la responsabilité entre en jeu. Elle renvoie au fait de « mettre à la disposition du public par télécommunication. »¹¹² Ainsi, le simple acte de mettre à disposition de manière à permettre l’accès subséquent par le public suffit à faire entrer en jeu la disposition déterminative et n’exige pas l’acte subséquent découlant de l’accès, peu importe la forme qu’il prend.

[192] The meaning of “communication to the public by telecommunication” as it pertains to transmissions of a protected work has not changed with the coming into force of the *CMA*. The legislator created a legal fiction effectively making an act that was arguably outside of the scope of the right of communication to the public by telecommunication now one clearly deemed to be within it.

[193] Furthermore, in practice, the act of making a work or other subject-matter available to the public and the subsequent resulting transmission, whichever form it takes, may be carried out by different individuals, at different times and different places. The *merging* of the act of making available with the subsequent transmission could create situations where the legal relationship (standing, protection, and liability) between two individuals could be altered retroactively by the sole action of a third party, at a different time and place of the latter’s choosing. This would occur, for example, where a transmission subsequent to a making available changes the legal nature of the making available from an act of communication to the public by telecommunication into one of reproduction. An interpretation that would make such situations possible is not justifiable or desirable.

Article 8 of the WCT and Articles 10 and 14 of the WPPT

[194] Article 8 of the WCT reads as follows:

Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11*bis*(1)(i) and (ii), 11*ter*(1)(ii), 14(1)(ii) and 14*bis*(1) of the Berne Convention,¹¹³ authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means,

[192] La signification de l’expression « communication au public par télécommunication », qui se rapporte à la transmission d’une œuvre protégée, n’a pas changé avec l’entrée en vigueur de la *LMDA*. Le législateur a créé une fiction juridique en transformant un acte qui pourrait être considéré comme étant à l’extérieur du champ d’application du droit de communication au public par télécommunication en un acte désormais manifestement réputé être à l’intérieur de ce champ.

[193] De plus, en pratique, l’acte de mettre une œuvre ou un autre objet du droit d’auteur à la disposition du public et la transmission subséquente qui en découle, peu importe la forme qu’elle prend, peut être effectué par diverses personnes, à des moments et à des endroits différents. La *fusion* de l’acte de mettre à disposition avec la transmission subséquente pourrait créer des situations où la relation juridique (qualité pour agir, protection et responsabilité) entre deux personnes pourrait être altérée rétroactivement par la seule action d’un tiers, à des moments et à des endroits différents choisis par ce dernier. Par exemple, cette situation surviendrait lorsqu’une transmission subséquente à une mise à disposition change la nature juridique de la mise à disposition, d’un acte de communication au public par télécommunication en un acte de reproduction. Une interprétation qui rendrait de telles situations possibles n’est pas justifiable ni souhaitable.

Article 8 du Traité de l’ODA et articles 10 et 14 du Traité de l’OIEP

[194] L’article 8 du Traité de l’ODA est rédigé comme suit :

Sans préjudice des dispositions des articles 11(1)(ii), 11*bis*(1)(i) et (ii), 11*ter*(1)(ii), 14(1)(ii) et 14*bis*(1) de la Convention de Berne,¹¹³ les auteurs d’œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d’autoriser toute communication au public de leurs œuvres

including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.¹¹⁴

[195] The clear language in Article 8 of the WCT does not require subsequent transmissions resulting from the making available of a work to be protected under the same right.

[196] The first part of Article 8 of the WCT, namely “Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11*bis*(1)(i) and (ii), 11*ter*(1)(ii), 14(1)(ii) and 14*bis*(1) of the *Berne Convention*” indicates that all previous rights covered by the specific provisions of the *Berne Convention* are not to be affected by the obligations created by that Article. As a corollary, the domestic legislation implementing the subject-matter found in Article 8 of the WCT should probably not disturb pre-existing rights covering the subject-matter of the enumerated provisions of the *Berne Convention*.

[197] Article 8 of the WCT does not speak of “making available to the public” as a stand-alone exclusive right, but rather as something that may be included in a pre-existing right of communication to the public, without prejudice to the latter. It explicitly states that the obligations under the *Berne Convention*, and by extension the rights implemented to meet such obligations, should not be affected by the implementation of the protection for the act of making available to the public. Adopting the *merging theory*, as described above, would disturb the legal meaning of rights addressed in the *Berne Convention*, namely the reproduction and the communication rights related to some protected works.

[198] Articles 10 and 14 of the WPPT read as follows:

Article 10—Right of Making Available of

par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit de manière individualisée.¹¹⁴

[195] Les termes non équivoques de l’article 8 du Traité de l’ODA n’exigent pas que les transmissions subséquentes à la mise à disposition d’une œuvre soient protégées en vertu du même droit.

[196] La première partie de l’article 8 du Traité de l’ODA, à savoir « [s]ans préjudice des dispositions des articles 11(1)(ii), 11*bis*(1)(i) et (ii), 11*ter*(1)(ii), 14(1)(ii) et 14*bis*(1) de la *Convention de Berne* » indique que tous les droits précédents visés par les dispositions précises de la *Convention de Berne* ne seront pas touchés par les obligations créées par cet article. Comme corollaire, la législation nationale mettant en œuvre l’objet de l’article 8 du Traité de l’ODA ne devrait probablement pas perturber les droits actuels visant l’objet des dispositions énumérées de la *Convention de Berne*.

[197] L’article 8 du Traité de l’ODA n’indique pas que la « mise à la disposition du public » est un droit exclusif autonome, mais plutôt un élément qui peut être inclus dans un droit de communication au public qui existe déjà, sans préjudice de ce dernier. Il indique expressément que les obligations découlant de la *Convention de Berne*, et par extension les droits mis en œuvre pour répondre à ces obligations, ne devraient pas être touchés par la mise en œuvre de la protection de l’acte de mettre à la disposition du public. Adopter la *théorie de la fusion*, décrite précédemment, perturberait le sens juridique des droits visés par la *Convention de Berne*, à savoir les droits de reproduction et de communication liés à certaines œuvres protégées.

[198] Les articles 10 et 14 du Traité de l’OIEP sont rédigés comme suit :

Article 10 – Droit de mettre à disposition

Fixed Performances

Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.¹¹⁵

Article 14—Right of Making Available of Phonograms

Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.¹¹⁶

[199] It is noteworthy that those provisions are crafted differently than Article 8 of the WCT, since phonograms or “sound recordings” in the Canadian domestic context, do not necessarily benefit from full exclusive rights as do works. In Canada, prior to the coming into force of the *CMA*, sound recording makers and performers whose performances were fixed in a sound recording enjoyed a right to remuneration for the communication to the public by telecommunication and the public performance of sound recordings rather than an exclusive right. That situation is the main reason paragraphs 15(1.1)(d) and 18(1.1)(a) of the *Act* are worded differently than subsection 2.4(1.1) of the *Act*.

[200] The way protection for the act of making available of phonograms and performances fixed therein is addressed in the WPPT makes it clear that such act can be protected in its own right and does not have to be dependent on or amalgamated with another right.

des interprétations ou exécutions fixées

Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.¹¹⁵

Article 14 – Droit de mettre à disposition des phonogrammes

Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs phonogrammes de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.¹¹⁶

[199] Il convient de noter que ces dispositions sont formulées différemment de l'article 8 du Traité de l'ODA, puisque les phonogrammes ou « enregistrements sonores » dans le contexte canadien, ne jouissent pas forcément de droits exclusifs complets comme c'est le cas pour les œuvres. Au Canada, avant l'entrée en vigueur de la *LMDA*, les producteurs d'enregistrements sonores et les artistes-interprètes dont les prestations étaient fixées au moyen d'un enregistrement sonore jouissaient d'un droit à rémunération pour la communication au public par télécommunication et l'exécution en public d'enregistrements sonores plutôt que d'un droit exclusif. Cette situation est la raison principale pour laquelle les alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) de la *Loi* sont libellés différemment du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*.

[200] La façon dont la protection de l'acte de mettre à disposition des phonogrammes et des interprétations ou exécutions qui y sont fixées est abordée dans le Traité de l'OIEP démontre clairement qu'un tel acte peut être protégé dans son propre droit et n'a pas besoin d'être dépendant d'un autre droit ou fusionné à un autre droit.

[201] It is generally agreed by all parties that both the WCT and the WPPT provide broad latitude to member states for the implementation of the obligations contained therein within their domestic legislation.¹¹⁷ We are of the same opinion.

[202] The actual online transmissions of copyrighted content were not part of any “gap in protection” which the WIPO Internet Treaties, and in turn the *CMA*, were intended to resolve. Adequate protection for such transmissions is already provided under the *Act* through exclusive rights of reproduction and communication to the public by telecommunication.

[203] On the issue of merging, as defined herein, we find that that the “making available” to the public is legally distinct from the transmission that may result from such “making available,” and therefore subsequent resulting transmissions are to be evaluated on their own right.

D. When do the various “making available” provisions (subsection 2.4(1.1) and paragraphs 15(1.1)(d) and 18(1.1)(a) of the Act) come into effect?

[204] Pursuant to the Order Fixing Various Dates as the Dates on which Certain Provisions of the Act Come into Force,¹¹⁸ subsection 2.4(1.1) of the *Act* came into force on November 7, 2012. Paragraphs 15(1.1)(d) and 18(1.1)(a) of the *Act*, providing for a “making available” right for performances fixed in sound recordings and sound recordings respectively, also came into force on that date.

[205] However, these rights only applied to sound recordings, and performances fixed in such sound recordings, that have a point of attachment to Canada, as described in subsections 15(2.1) and 18(2.1) of the *Act*.

[201] Les parties ont, de façon générale, convenu que tant le Traité de l’ODA que le Traité de l’OIEP accordent une grande latitude aux États membres quant à la mise en œuvre des obligations qui y sont visées dans leur législation nationale.¹¹⁷ Nous partageons le même avis.

[202] La transmission en ligne de contenu protégé par le droit d’auteur ne faisait pas partie des « lacunes dans la protection » que les Traités Internet de l’OMPI, et ensuite la *LMDA*, devaient régler. La protection adéquate pour ces transmissions est déjà fournie dans la *Loi* au moyen des droits exclusifs de reproduction et de communication au public par télécommunication.

[203] Sur la question de la fusion, telle qu’elle est définie dans les présentes, nous estimons que la « mise à disposition » du public est juridiquement distincte de la transmission qui peut découler d’une telle « mise à disposition » et, par conséquent, les transmissions subséquentes qui en découlent doivent être évaluées selon leur propre droit.

D. À quelles dates les diverses dispositions relatives à la « mise à disposition » (le paragraphe 2.4(1.1) et les alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) de la Loi) entrent-elles en vigueur?

[204] Conformément au *Décret fixant plusieurs dates d’entrée en vigueur de diverses dispositions de la loi*,¹¹⁸ le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* est entré en vigueur le 7 novembre 2012. Les alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) de la *Loi*, lesquels prévoient le droit de « mise à disposition » des prestations fixées dans des enregistrements sonores ainsi que des enregistrements sonores respectivement, sont également entrés en vigueur à cette date.

[205] Toutefois, ces droits ne s’appliquaient qu’aux enregistrements sonores et aux prestations fixées dans ces enregistrements sonores qui ont un point d’attache au Canada, comme le décrivent les paragraphes 15(2.1)

The Order provided that the provisions extending these rights to WCT and WPPT member states, subsections 15(2.2) and 18(2.2), would come into force once Canada had ratified those Treaties.

[206] The Government of Canada filed instruments of ratification of the WPPT on May 13, 2014, and the Treaty came into force for Canada on August 13, 2014, triggering the coming into force of those provisions.

[207] Because of certain statements made by some of the parties in these proceedings, both during these proceedings, and during the development of the *CMA*, we believe it is important to note that the effect of these provisions is entirely prospective. They are neither retroactive, nor retrospective. Such a prospective effect is to be presumed unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to apply retrospectively.¹¹⁹ In this case, there is no such intent discernible. Furthermore, unlike subsections 13(6) and 13(7) of the *Act*, for example, there is no language in the provision to suggest that it acts as a “clarification” or that the provision is deemed to always have been the way it reads after the amendment.

et 18(2.1) de la *Loi*. Le Décret prévoyait que les dispositions élargissant la portée de ces droits aux États membres des Traités de l’ODA et de l’OIEP, soit les paragraphes 15(2.2) et 18(2.2), entreraient en vigueur une fois que le Canada aurait ratifié ces Traités.

[206] Le gouvernement du Canada a déposé des instruments de ratification du Traité de l’OIEP le 13 mai 2014, et le Traité est entré en vigueur au Canada le 13 août 2014, déclenchant l’entrée en vigueur de ces dispositions.

[207] En raison de déclarations faites par certaines parties en l’espèce, tant durant l’instance que durant l’élaboration de la *LMDA*, nous estimons qu’il convient de noter que ces dispositions produiront leur effet de façon entièrement prospective. Elles ne sont ni rétroactives ni rétrospectives. Un tel effet prospectif se présume, à moins qu’il soit possible de discerner une intention manifeste du législateur de les appliquer rétrospectivement.¹¹⁹ Dans le cas qui nous occupe, nous ne discernons aucune intention de cette nature. En outre, contrairement aux paragraphes 13(6) et 13(7) de la *Loi*, par exemple, rien dans la disposition ne porte à croire qu’elle agit comme une « précision » ou que la disposition est réputée avoir toujours été rédigée de la façon dont elle se lit après la modification.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall
Secretary General

ENDNOTES

1. *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 SCR 231. [ESA]
2. *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 SCR 283. [Rogers]
3. *Ibid* at para 2.
4. *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.
5. *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20. [CMA]
6. SOCAN, “Making Available Right” (e-mail to Copyright Board, 2012-11-28).
7. *World Intellectual Property Organization Copyright Treaty* (adopted in Geneva on December 20, 1996), online at: http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html. [WCT]
8. *World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty* (adopted in Geneva on December 20, 1996), online at: http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/trtdocs_wo034.html. [WPPT]
9. See Access Copyright and Copibec, “Submissions of Access Copyright & Copibec on the Making Available Amendment” (e-mail to Copyright Board, 2013-08-21) at 1.
10. *Copyright Act*, s. 3(1)(f) (“For the

NOTES

1. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 RCS 231. [ESA]
2. *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 RCS 283. [Rogers]
3. *Ibid* au para 2.
4. *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42.
5. *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, ch. 20. [LMDA]
6. SOCAN, [TRADUCTION] « Droit de mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 28 novembre 2012).
7. *Traité de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d’auteur* (adopté à Genève le 20 décembre 1996), accessible en ligne à l’adresse suivante : http://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=295168. [Traité de l’ODA]
8. *Traité de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (adopté à Genève le 20 décembre 1996), accessible en ligne à l’adresse suivante : http://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=295580. [Traité de l’OIEP]
9. Voir Access Copyright et Copibec, [TRADUCTION] « Observations présentées par Access Copyright et Copibec sur la modification au droit de mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 21 août 2013) à la p 1.
10. *Loi sur le droit d’auteur*, alinéa 3(1)f)

- purposes of this Act, “copyright,” in relation to a work, [...] includes the sole right [...] in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication.”)
- (« Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif [...] de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. »)
11. See ARTISTI, “*Position d’ARTISTI / Droit de mise à la disposition*” (e-mail to Copyright Board, 2013-08-21) [Artisti Submission]; ARTISTI, “*Réplique d’ARTISTI / Droit de mise à la disposition*” (e-mail to Copyright Board, 2013-10-18).
 11. Voir ARTISTI, « Position d’ARTISTI / Droit de mise à la disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 21 août 2013) [Observations d’Artisti]; ARTISTI, « Réplique d’ARTISTI / Droit de mise à la disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 18 octobre 2013).
 12. Artisti, “Re: Making Available Right / Droit de mise à disposition” (e-mail to Copyright Board, 2012-12-21).
 12. Artisti, « Re: Making Available Right / Droit de mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 21 décembre 2012).
 13. See CSI, “Submissions of CMRRA-SODRAC Inc. (CSI) on the Making Available Right” (e-mail to Copyright Board, 2013-08-21).
 13. Voir CSI, [TRADUCTION] « Observations présentées par la CMRRA-SODRAC Inc. (CSI) sur le droit de mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 21 août 2013).
 14. CMRRA-SODRAC, “About CSI”, online: CSI Music Services <http://www.cmrrasodrac.ca/en/about-us/about-csi>.
 14. CMRRA-SODRAC, « À propos de CSI », en ligne : CSI Musique Services <http://www.cmrrasodrac.ca/fr/about-us/about-csi>.
 15. Silke von Lewinski, “Expert Opinion on the rights of making available and of reproduction under the WCT and WPPT” (e-mail to Copyright Board, 2013-08-21). [von Lewinski Opinion]
 15. Silke von Lewinski, [TRADUCTION] « Opinion d’expert sur les droits de mise à la disposition du public et de reproduction en vertu du Traité de l’ODA et du Traité de l’OIEP » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 21 août 2013). [Opinion de von Lewinski]
 16. See SACD-SCAM, “*Mémoire de la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques et de la Société Civile des Auteurs Multimédia / Droit de mise à disposition*” (e-mail to Copyright Board, 2013-08-21). [SACD-SCAM Submission]
 16. Voir SACD-SCAM, « Mémoire de la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques et de la Société Civile des Auteurs Multimédia / Droit de mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 21 août 2013). [Observations de SACD-SCAM]

17. SACD-SCAM, “SACD-SCAM – Avis du 7 décembre de la Commission – Droit de mise à disposition” (e-mail to Copyright Board, 2012-12-18).
18. See SOCAN, “SOCAN’s Submissions on the Making Available Right” (e-mail to Copyright Board, 2013-03-08); SOCAN, “SOCAN’s Reply Submissions on the Making Available Right” (e-mail to Copyright Board, 2013-10-18).
19. Mihály Ficsor, “Expert opinion on the international norms on the right of making available to the public and on its application in countries where it has been implemented” (e-mail from SOCAN to Copyright Board, 2013-03-08). [Ficsor Opinion]
20. Jane C. Ginsburg, “Opinion on Article 8 of the WIPO Copyright Treaty” (e-mail from SOCAN to Copyright Board, 2013-10-18). [Ginsburg Opinion]
21. See Music Canada, “Submissions of Music Canada on the Making Available Amendment” (e-mail to Copyright Board, 2013-08-21).
22. Music Canada, “About”, online: <http://musiccanada.com/about>.
23. von Lewinski Opinion, *supra* note 15.
24. See CMPA, “SOCAN Tariff 22.A / The Making Available Amendment” (e-mail to Copyright Board, 2013-08-21).
17. SACD-SCAM, « SACD-SCAM – Avis du 7 décembre de la Commission – Droit de mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 18 décembre 2012).
18. Voir SOCAN, [TRADUCTION] « Observations présentées par la SOCAN sur le droit de mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 8 mars 2013); SOCAN, [TRADUCTION] « Observations en réplique présentées par la SOCAN sur le droit de mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 18 octobre 2013).
19. Mihály Ficsor, [TRADUCTION] « Opinion de l’expert sur les normes internationales relatives au droit de mise à disposition du public et son application dans les pays où il a été mis en œuvre » (courriel de la SOCAN à la Commission du droit d’auteur, 8 mars 2013). [Opinion de Ficsor]
20. Jane C. Ginsburg, [TRADUCTION] « Opinion relative à l’article 8 du Traité de l’ODA » (courriel de la SOCAN à la Commission du droit d’auteur, 18 octobre 2013). [Opinion de Ginsburg]
21. Voir *Music Canada*, [TRADUCTION] « Observations présentées par *Music Canada* sur la modification à la mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 21 août 2013).
22. *Music Canada*, « About », en ligne à : <http://musiccanada.com/about> (en anglais seulement).
23. Opinion de von Lewinski , *supra* note 15.
24. Voir CMPA, [TRADUCTION] « SOCAN Tarif 22.A / La modification à la mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 21 août 2013).

25. *Ibid* at para 2.
26. See Apple, “Submissions on Making Available of Apple Inc. & Apple Canada Inc.” (e-mail to Copyright Board, 2013-06-14) [Apple Submission]; Apple, “Reply on Making Available of Apple Inc. & Apple Canada Inc.” (e-mail to Copyright Board, 2013-10-18).
27. See Cineplex, “Cineplex’s Submissions on the Making Available Amendment” (e-mail to Copyright Board, 2013-06-14) [Cineplex Submission]; Cineplex, “Cineplex’s Reply Submissions on the Making Available Amendment” (e-mail to Copyright Board, 2013-10-18).
28. *Ibid*.
29. See Microsoft, “Microsoft’s Submissions on the Making Available Amendment” (e-mail to Copyright Board, 2013-06-14). [Microsoft Submission]
30. Microsoft, “Making Available – Microsoft Request to Participate” (e-mail to Copyright Board, 2013-02-28).
31. See Networks, “Submissions of Bell Canada, Google, Rogers Communications, Shaw Communications, Quebecor Media, and Yahoo! (the “Networks”) on the Making Available Amendment” (e-mail to Copyright Board, 2013-06-14) [Networks Submission]; Networks, “Reply Submissions of Bell
25. *Ibid* au para 2.
26. Voir Apple, [TRADUCTION] « Observations sur la mise à disposition présentées par Apple Inc. et Apple Canada Inc. » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 14 juin 2013) [Observations de Apple]; Apple, [TRADUCTION] « Réplique présentée par Apple Inc. et Apple Canada Inc. sur la mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 18 octobre 2013).
27. Voir Cineplex, [TRADUCTION] « Observations présentées par Cineplex sur la modification au droit de mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 14 juin 2013) [Observations de Cineplex]; Cineplex, [TRADUCTION] « Observations en réplique présentées par Cineplex sur la modification au droit de mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 18 octobre 2013).
28. *Ibid*.
29. Voir Microsoft, [TRADUCTION] « Observations présentées par Microsoft sur la modification de la mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 14 juin 2013). [Observations de Microsoft]
30. Microsoft, [TRADUCTION] « Mise à disposition – Demande de participer de Microsoft » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 28 février 2013).
31. Voir les Réseaux, [TRADUCTION] « Observations de Bell Canada, Google, Rogers Communications, Shaw Communications, Québecor Média et Yahoo! (les « Réseaux ») sur la modification à la mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 14 juin 2013)

- Canada, Google, Rogers Communications, Shaw Communications, Quebecor Media, and Yahoo! (the “Networks”) on the Making Available Amendment” (e-mail to Copyright Board, 2013-10-18).
32. Exhibit Objectors-1 (Sam Ricketson, “Submissions of Bell Canada, Google, Rogers Communications, Shaw Communications, Quebecor Media, and Yahoo! (the “Networks”) on the Making Available Amendment”). [Ricketson Opinion]
33. Exhibit Objectors-2 (Jeremy de Beer, “Expert Opinion on Canada’s Compliance with the WIPO Copyright Treaty”). [de Beer Opinion]
34. See Government of British Columbia, “Reply Of Her Majesty The Queen In Right Of The Province Of British Columbia / Making Available Amendment” (e-mail to Copyright Board, 2013-10-18).
35. See CAB, “Submissions of the Canadian Association of Broadcasters (CAB) on the Making Available Amendment” (e-mail to Copyright Board, 2013-06-14); CAB, “SOCAN Tariff 22.A – The Making Available Amendment” (e-mail to Copyright Board, 2013-10-18).
36. See ESA, “Written Submission of Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada” (e-mail to Copyright Board, 2013-06-14) [ESA Submission]; ESA, “Reply Submission of Entertainment Software Association and Entertainment
- [Observations des Réseaux]; Réseaux, [TRADUCTION] « Réplique de Bell Canada, Google, Rogers Communications, Shaw Communications, Québecor Média et Yahoo! (les « Réseaux ») sur la modification à la mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 18 octobre 2013).
32. Pièce Objectors-1 (Sam Ricketson, [TRADUCTION] « Observations de Bell Canada, Google, Rogers Communications, Shaw Communications, Québecor Media et Yahoo! (les Réseaux) sur la modification à la mise à disposition »). [Opinion de Ricketson]
33. Pièce Objectors-2 (Jeremy de Beer, [TRADUCTION] « Avis d’expert sur la conformité du Canada au Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur ») [Opinion de de Beer]
34. Voir gouvernement de la Colombie-Britannique, [TRADUCTION] « Réplique de Sa Majesté la reine du chef du droit de la province de la Colombie-Britannique / Modification à la mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 18 octobre 2013).
35. Voir ACR, [TRADUCTION] « Observations présentées par l’Association canadienne des radiodiffuseurs » (ACR) sur la modification à la mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 14 juin 2013); ACR, [TRADUCTION] « SOCAN Tarif 22.A – La modification à la mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 18 octobre 2013).
36. Voir ESA, [TRADUCTION] « Observations écrites présentées par *Entertainment Software Association* et l’Association canadienne du logiciel de divertissement » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 14 juin 2013) [Observations de ESA];

- Software Association of Canada” (e-mail to Copyright Board, 2013-10-18).
37. See RCC, “SOCAN Proposed Tariff 22 and Making Available Right (“MAR”)” (e-mail to Copyright Board, 2012-12-21).
38. See Ariel Katz, “Making Available Right / Droit de mise à disposition” (e-mail to Copyright Board, 2012-12-21).
39. *SOCAN Tariff 22 – Transmission of Musical Works to Subscribers Via a Telecommunications Service not covered under Tariff Nos. 16 or 17* (27 October 1999) Copyright Board Decision at 28. [SOCAN Tariff 22]
40. *Ibid* at 26.
41. *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 SCR 427. [SOCAN v. CAIP] See also Decision of the Board dated October 18, 2007, certifying *SOCAN Tariff 22.A (Internet – Online Music Services) for the Years 1996 to 2006*; Decision of the Board dated August 18, 2006 certifying *SOCAN Tariff 24 (Ringtones), 2003-2005* at para 62; *Canadian Wireless Telecommunications Association v. SOCAN*, 2008 FCA 6, [2008] 3 FCR 539; *Entertainment Software Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada Inc.*, 2010 FCA 221; *Shaw Cablesystems G.P. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2010 FCA 220, [2012] 2 FCR 154.
- ESA, [TRADUCTION] « Observations en réplique d’*Entertainment Software Association* et de l’Association canadienne du logiciel de divertissement » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 18 octobre 2013).
37. Voir Conseil canadien du commerce de détail, [TRADUCTION] « Projet de tarif 22 de la SOCAN et droit de mise à disposition » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 21 décembre 2012).
38. Voir Ariel Katz, « Droit de mise à disposition / Making Available Right » (courriel envoyé à la Commission du droit d’auteur, 21 décembre 2012).
39. *Tarif 22 de la SOCAN – Transmission d’œuvres musicales à des abonnés d’un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17* (27 octobre 1999) décision de la Commission du droit d’auteur à la p 28. [Tarif 22 de la SOCAN]
40. *Ibid* à la p 26.
41. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 RCS 427. [SOCAN c. ACFI] Voir aussi la décision de la Commission datée du 18 octobre 2007, homologuant le *tarif n° 22.A de la SOCAN (Internet – Services de musique en ligne), 1996-2006*; la décision de la Commission en date du 18 août 2006 homologuant le *tarif n° 24 de la SOCAN (Sonneries), 2003-2005* au para 62; *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. SOCAN*, 2008 CAF 6, [2008] 3 RCF 539; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2010 CAF 221; *Shaw Cablesystems G.P. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*,

- 2010 CAF 220, [2012] 2 RCF 154.
42. *SOCAN v. CAIP*, *Ibid* at para 45.
43. *ESA*, *supra* note 1.
44. *Ibid* at para 65.
45. *Ibid* at para 127.
46. See e.g., Apple Submission, *supra* note 26 at paras 28-30, 51; ESA Submission, *supra* note 36 at para 10; Microsoft Submission, *supra* note 29 at paras 4, 28-29; 32-33.
47. See e.g., Networks Submission, *supra* note 31 at para 19.
48. *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.* [1998] 1 SCR 27. [*Rizzo*]
49. *Ibid* at para 21. See also: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 SCR 339; *R. v. Monney*, [1999] 1 SCR 652; *Atco Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta*, 2006 SCC 4, [2006] 1 SCR 140.
50. Bill C-60, *An Act to amend the Copyright Act*, 1st Sess, 38th Parl, 2005.
51. *Ibid* cls 2, 8(1), 10.
52. Bill C-61, *An Act to amend the Copyright Act*, 2nd Sess, 39th Parl, 2008.
53. Bill C-32, *An Act to amend the Copyright Act*, 3rd Sess, 40th Parl, 2010.
54. Bill C-11, *An Act to amend the Copyright Act*, 1st Sess, 41st Parl, 2011 (Royal Assent on 29 June 2012). [Bill C-11]
55. Government of Canada, “What the *Copyright Modernization Act* Means for Copyright Owners, Artists and Creators”,
42. *SOCAN c. ACFI*, *Ibid* au para 45.
43. *ESA*, *supra* note 1.
44. *Ibid* au para 65.
45. *Ibid* au para 127.
46. Voir, p. ex., Observations de Apple, *supra* note 26 aux para 28-30, 51; Observations de ESA, *supra* note 36 au para 10; Observations de Microsoft, *supra* note 29 aux para 4, 28-29; 32-33.
47. Voir, p. ex., Observations des Réseaux, *supra* note 31 au para 19.
48. *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)* [1998] 1 RCS 27. [*Rizzo*]
49. *Ibid* au para 21. Voir aussi : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 RCS 339; *R. c. Monney*, [1999] 1 RCS 652; *Atco Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta*, 2006 CSC 4, [2006] 1 RCS 140.
50. Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur*, 1^{re} session, 38^e parlement, 2005.
51. *Ibid*, art 2, 8(1), 10.
52. Projet de loi C-61, *Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur*, 2^e session, 39^e parlement, 2008.
53. Projet de loi C-32, *Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur*, 3^e session, 40^e parlement, 2010.
54. Projet de loi C-11, *Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur*, 1^{re} session, 41^e parlement, 2011 (sanction royale le 29 juin 2012). [Projet de loi C-11]
55. Gouvernement du Canada, « Ce que la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur* signifie pour les titulaires du droit

- online:
<https://web.archive.org/web/20130123093243/http://balancedcopyright.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/eng/rp01189.html>.
56. Government of Canada, “Glossary”, online:
https://web.archive.org/web/20121101104212/http://balancedcopyright.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/eng/h_rp01190.html.
57. *Rizzo*, *supra* note 48 at para 35.
58. *Copyright Act*, s. 29.21(1) (“It is not an infringement of copyright for an individual to use an existing work or other subject-matter or copy of one, which has been published or otherwise **made available** to the public, in the creation of a new work or other subject-matter in which copyright subsists and for the individual [...]” [emphasis added])
59. *Copyright Act*, s. 30.04(1) (“[...] it is not an infringement of copyright for an educational institution, or a person acting under the authority of one, to do any of the following acts for educational or training purposes in respect of a work or other subject-matter that is **available** through the Internet.” [emphasis added])
60. *Copyright Act*, s. 30.04(5) (“Subsection (1) does not apply if the educational institution or person acting under its authority knows or should have known that the work or other subject-matter was **made available** through the Internet without the consent of the copyright owner.” [emphasis added])
61. *Copyright Act*, s. 2.2(1)(a)(i).
62. *Copyright Act*, s. 2.2(1)(c) (“[...] but does not include [...] the performance in
- d’auteur, les artistes et les créateurs », en ligne :
<https://web.archive.org/web/20130414150942/http://balancedcopyright.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rp01189.html>.
56. Gouvernement du Canada, « Glossaire », en ligne :
https://web.archive.org/web/20131120033546/http://balancedcopyright.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/h_rp01190.html.
57. *Rizzo*, *supra* note 48 au para 35.
58. *Loi sur le droit d’auteur*, par. 29.21(1) (« Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait, pour une personne physique, d’utiliser une œuvre ou tout autre objet du droit d’auteur ou une copie de ceux-ci – déjà publiés ou **mis à la disposition** du public – pour créer une autre œuvre ou un autre objet du droit d’auteur protégés et, pour cette personne [...] » [Caractères gras ajoutés])
59. *Loi sur le droit d’auteur*, par. 30.04(1) (« [...] ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait pour un établissement d’enseignement ou une personne agissant sous son autorité d’accomplir les actes ci-après à des fins pédagogiques à l’égard d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur qui sont **accessibles** sur Internet. » [Caractères gras ajoutés])
60. *Loi sur le droit d’auteur*, par. 30.04(5) (« Le paragraphe (1) ne s’applique pas dans le cas où l’établissement d’enseignement ou la personne agissant sous son autorité sait ou devrait savoir que l’œuvre ou l’autre objet du droit d’auteur ont été ainsi **rendus accessibles** sans l’autorisation du titulaire du droit d’auteur. » [Caractères gras ajoutés])
61. *Loi sur le droit d’auteur*, paragraphe 2.2(1)a).
62. *Loi sur le droit d’auteur*, al. 2.2(1) *in fine* (« Sont exclues [...] la représentation ou

- public, or the communication to the public by telecommunication, of a literary, dramatic, musical or artistic work or a sound recording [...]”)
63. *ESA, supra* note 1 at para 42.
64. *ESA, supra* note 1 at para 39.
65. *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 828 U.N.T.S. 221, September 9, 1886; rev. in Berlin November 13, 1908; rev. in Rome June 2, 1928. [*Berne Convention*]
66. *Canada-United States Free Trade Agreement*, 22 December 1987 (entered into force 1 January 1989).
67. *ESA, supra* note 1 at paras 31-32.
68. *Ibid* at paras 21-24.
69. The Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed, *sub verbo* “communicate”, “communication”.
70. *R. v. Verrette*, [1978] 2 SCR 838.
71. *Ibid* at pp 845-846.
72. A similar concern was raised by the Supreme Court of Canada in *Rogers, supra* note 2 at para 38.
73. *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 SCR 467. [*Bishop*]
74. *ESA, supra* note 1 at para 41.
75. von Lewinski Opinion, *supra* note 15 at paras 81-89.
76. *ESA, supra* note 1 at para 49.
77. *Robertson v. Thomson Corp.* 2006 SCC 43, [2006] 2 SCR 363 at para 49. [*Robertson*]
- l’exécution en public d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ou d’un enregistrement sonore, leur communication au public par télécommunication [...] »)
63. *ESA, supra* note 1 au para 42.
64. *ESA, supra* note 1 au para 39.
65. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 828 R.T.N.U. 221, du 9 septembre 1886; révisée à Berlin le 13 novembre 1908; révisée à Rome le 2 juin 1928. [*Convention de Berne*]
66. *Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, le 22 décembre 1987 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989).
67. *ESA, supra* note 1 aux para 31-32.
68. *Ibid* aux para 21-24.
69. Le *Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd, sous les entrées « *communicate* » et « *communication* ».
70. *R. c. Verrette*, [1978] 2 RCS 838.
71. *Ibid* aux pp 845-846.
72. Une préoccupation semblable fut abordée dans l’arrêt *Rogers, supra* note 2 au para 38.
73. *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 RCS 467. [*Bishop*]
74. *ESA, supra* note 1 au para 41.
75. Opinion de von Lewinski, *supra* note 15 aux para 81-89.
76. *ESA, supra* note 1 au para 49.
77. *Robertson c. Thomson Corp.* 2006 CSC 43, [2006] 2 RCS 363 au para 49. [*Robertson*]

78. *Rogers, supra* note 2 at para 39.
79. *Robertson, supra* note 77 at para 49.
80. *ESA, supra* note 1 at para 9.
81. *CMA, supra* note 5, preamble.
82. Government of Canada “Backgrounder”, online:
https://web.archive.org/web/20130414150846/http://balancedcopyright.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/eng/h_rp01237.html.
83. *SOCAN v. CAIP, supra* note 41 at paras 45-46; *CWTA v. SOCAN*, 2008 FCA 6, [2008] 3 FCR 539 at paras 19-20, leave to appeal refused, [2008] 2 SCR vi.
84. *Perka v. The Queen*, [1984] 2 SCR 232 at 265-266; See also *Felipa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 272 at paras 70-71 (explaining that subsequent case law could not change Parliament’s intent at the time of enactment); Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th Ed.) (LexisNexis Canada Inc.: Toronto, 2008) at 146-147; Pierre-André Côté, *Interpretation of Legislation in Canada* (3rd Ed.) (Carswell: Scarborough, 2000) at 267.
85. *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 45(4) (“A re-enactment, revision, consolidation or amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve an adoption of the construction that has by judicial decision or otherwise been placed on the language used in the enactment or on similar language.”)
86. See e.g., Apple Submission, *supra* note 26 at para 52; Ricketson Opinion, *supra* note 32 at para 37; de Beer Opinion, *supra* note 33 at para 18; von Lewinski Opinion, *supra* note 15 at para 44; Ginsburg Opinion, *supra* note 20 at para 17.
78. *Rogers, supra* note 2 au para 39.
79. *Robertson, supra* note 77 au para 49.
80. *ESA, supra* note 1 au para 9.
81. *LMDA, supra* note 5, préambule.
82. Gouvernement du Canada, « Fiche d’information », en ligne :
https://web.archive.org/web/20111114205344/http://www.balancedcopyright.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/h_rp01237.html.
83. *SOCAN c. ACFI, supra* note 41 aux para 45-46; *ACTS c. SOCAN*, 2008 CAF 6, [2008] 3 RCF 539 aux para 19-20, autorisation de pourvoi refusée, [2008] 2 RCS vi.
84. *Perka c. La Reine*, [1984] 2 RCS 232 aux pp 265-266; Voir aussi *Felipa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2011 CAF 272 aux para 70-71 (expliquant que la jurisprudence subséquente ne saurait avoir pour effet de modifier l’intention du législateur au moment de l’adoption d’une loi); Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd.) (LexisNexis Canada Inc. : Toronto, 2008) aux pp 146-147; Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 à la p 337.
85. *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 45(4) (« La nouvelle édicition d’un texte, ou sa révision, refonte, codification ou modification, n’a pas valeur de confirmation de l’interprétation donnée, par décision judiciaire ou autrement, des termes du texte ou de termes analogues. »)
86. Voir, p. ex., les observations d’Apple, *supra* note 26 au para 52; Opinion de Ricketson, *supra* note 32 au para 37; Opinion de de Beer, *supra* note 33 au para 18; Opinion de von Lewinski, *supra* note 15 au para 44; Opinion de Ginsburg,

- supra* note 20 au para 17.
87. Ficsor Opinion, *supra* note 19 at 2. 87. Opinion de Ficsor, *supra* note 19 à la p 2.
88. *Berne Convention*, *supra* note 65 Arts. 11*bis*, 20. 88. *Convention de Berne*, *supra* note 65 art. 11*bis*, 20.
89. Ficsor Opinion, *supra* note 19 at 3. 89. Opinion de M. Ficsor, *supra* note 19 à la p 3.
90. Jane C. Ginsburg, “Recent Developments in U.S. Copyright Law–Part II, Caselaw: Exclusive Rights on the Ebb?” (2008) Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers, paper 08158 at 37. 90. Jane C. Ginsburg, « *Recent Developments in U.S. Copyright Law–Part II, Caselaw: Exclusive Rights on the Ebb?* » (2008) Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers, paper 08158 à la p 37.
91. von Lewinski’s Opinion, *supra* note 15 at para 11. 91. Opinion de von Lewinski, *supra* note 15 au para 11.
92. See e.g., Networks Submission, *supra* note 31 at paras 53*ff*. 92. Voir, p. ex., les observations des Réseaux, *supra* note 31 aux para 53 et s.
93. Ricketson Opinion, *supra* note 32 at para 8. 93. Opinion de Ricketson, *supra* note 32 au para 8.
94. *Ibid* at paras 37-38. 94. *Ibid* aux para 37-38.
95. WIPO, “Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO” (2004) at 208-209, online at: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf 95. OMPI, « Guide des traités sur le droit d’auteur et les droits connexes administrés par l’OMPI » (2004) aux pp 211-212, en ligne : http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/891/wipo_pub_891.pdf
96. de Beer Opinion, *supra* note 33 at para 8. 96. Opinion de de Beer, *supra* note 33 au para 8.
97. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, (entered into force 27 January 1980). 97. *Convention de Vienne sur le droit des Traités*, 23 mai 1969 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980).
98. See e.g., SACD-SCAM Submission, *supra* note 16 at paras 18-20. 98. Voir, p. ex., les observations de SACD-SCAM, *supra* note 16 aux para 18-20.
99. Mihály Ficsor, “Copyright in the Digital Environment: The WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)” (February 2005) WIPO/CR/KRT/05/7 at paras 44-45. 99. Mihály Ficsor, « Copyright in the Digital Environment: The WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) » (février 2005) WIPO/CR/KRT/ 05/7, aux para 44-45.

100. von Lewinski Opinion, *supra* note 15 at paras 101-102.
101. Ginsburg Opinion, *supra* note 20 at para 15.
102. *Ibid* at para 16.
103. Jörg Reinbothe and Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996. The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty, Commentary and Legal Analysis* (London, UK: Butterworths, 2002) at 102-103.
104. Ficsor Opinion, *supra* note 19 at p 3 (“The intention [...] was to provide for an exclusive right in order to control the decisive act of uploading and making accessible for interactive use of protected works.”)
105. Sam Ricketson & Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (Oxford: Oxford University Press, 2006) Vol. I at para 12.58 (“simply offering the work on an undiscriminating basis, so that any member of the general public may access the work, should come within the scope of the right [...] It is not necessary that the offer be accepted: ‘making available’ embraces incipient as well as effected communications.”)
106. Ficsor Opinion, *supra* note 19 at 6.
107. von Lewinski Opinion, *supra* note 15 at paras 41, 118.
108. See e.g., *ibid* at para 11.
109. Cineplex Submission, *supra* note 27 at para 66.
110. SACD-SCAM Submission, *supra* note 16
100. Opinion de von Lewinski, *supra* note 15 aux para 101-102.
101. Opinion de Ginsburg, *supra* note 20 au para 15.
102. *Ibid* au para 16.
103. Jörg Reinbothe et Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996. The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty, Commentary and Legal Analysis* (Londres, R.-U.K : Butterworths, 2002) aux pp 102-103.
104. Opinion de M. Ficsor, *supra* note 19 à la p 3 ([TRADUCTION] « L’intention [...] était de prévoir un droit exclusif afin de contrôler l’acte décisif de télécharger et de rendre accessible pour usage interactif des œuvres protégées ».)
105. Sam Ricketson & Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (Oxford : Oxford University Press, 2006) vol. I au para 12.58 ([TRADUCTION] « offrir simplement l’œuvre sur une base non discriminatoire, de sorte que tout membre du public en général puisse avoir accès à l’œuvre, devrait entrer dans le champ d’application du droit [...] Il n’est pas nécessaire que l’offre soit acceptée : la “mise à disposition” englobe les communications naissantes ainsi que celles effectuées. »)
106. Opinion de M. Ficsor, *supra* note 19 à la p 6.
107. Opinion de von Lewinski, *supra* note 15 aux para 41, 118.
108. Voir, p. ex., *ibid* au para 11.
109. Observations de Cineplex, *supra* note 27 au para 66.
110. Observations de SACD-SCAM, *supra*

- at para 51.
111. *Copyright Act*, s. 2.4(1.1).
112. *Ibid.*
113. *Berne Convention*, *supra* note 65, Arts. 11(1) (“Authors of dramatic, dramatico-musical and musical works shall enjoy the exclusive right of authorizing: [...] (ii) any communication to the public of the performance of their works. [...]”), Art. 11*bis*(1) (“Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing: (i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images; (ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one; [...]”), Art. 11*ter*(1) (“Authors of literary works shall enjoy the exclusive right of authorizing: [...] (ii) any communication to the public of the recitation of their works.”), Art. 14(1) (“Authors of literary or artistic works shall have the exclusive right of authorizing: [...] (ii) the public performance and communication to the public by wire of the works thus adapted or reproduced.”), 14*bis*(1) (“Without prejudice to the copyright in any work which may have been adapted or reproduced, a cinematographic work shall be protected as an original work. The owner of copyright in a cinematographic work shall enjoy the same rights as the author of an original work, including the rights referred to in the preceding Article.”)
114. WCT, *supra* note 7, Art. 8.
115. WPPT, *supra* note 8, Art. 10.
116. WPPT, *supra* note 8, Art. 14.
- note 16 au para 51.
111. *Loi sur le droit d’auteur*, par. 2.4(1.1).
112. *Ibid.*
113. *Convention de Berne*, *supra* note 65, par. 11(1) (« Les auteurs d’œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d’autoriser : [...] (ii) la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l’exécution de leurs œuvres. [...] »), art. 11*bis*(1) (« Les auteurs d’œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d’autoriser : (i) la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images; (ii) toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l’œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d’origine; [...] »), art. 11*ter*(1) (« Les auteurs d’œuvres littéraires jouissent du droit exclusif d’autoriser : [...] (ii) la transmission publique par tous moyens de la récitation de leurs œuvres. »), art. 14(1) (« Les auteurs d’œuvres littéraires ou artistiques ont le droit exclusif d’autoriser : [...] (ii) la représentation et l’exécution publiques et la transmission par fil au public des œuvres ainsi adaptées ou reproduites. »), 14*bis*(1) (« Sans préjudice des droits de l’auteur de toute œuvre qui pourrait avoir été adaptée ou reproduite, l’œuvre cinématographique est protégée comme une œuvre originale. Le titulaire du droit d’auteur sur l’œuvre cinématographique jouit des mêmes droits que l’auteur d’une œuvre originale, y compris les droits visés à l’article précédent. »)
114. Traité de l’ODA, *supra* note 7, art. 8.
115. Traité de l’OIEP, *supra* note 8, art. 10.
116. Traité de l’OIEP, *supra* note 8, art. 14.

117. See e.g., Ricketson Opinion, *supra* note 32 at para 17; de Beer Opinion, *supra* note 33 at paras 7, 8, 13, 15, 16; Ginsburg Opinion, *supra* note 20 at paras 5, 15, 16; Ficsor Opinion, *supra* note 19 at 6-9; von Lewinski Opinion, *supra* note 15 at paras 90-104.
118. *Order Fixing Various Dates as the Dates on which Certain Provisions of the Act Come into Force* (P.C. 2012-1392 October 25, 2012; SI/2012-85 November 7, 2012).
119. *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 SCR 272.
117. Voir, p.ex., Opinion de Ricketson, *supra* note 32 au para 17; Opinion de de Beer, *supra* note 33 aux para 7, 8, 13, 15, 16; Opinion de Ginsburg, *supra* note 20 aux para 5, 15, 16; Opinion de Ficsor, *supra* note 19 aux pp 6-9; Opinion de von Lewinski, *supra* note 15 aux para 90-104.
118. *Décret fixant plusieurs dates d'entrée en vigueur de diverses dispositions de la Loi* (C.P. 2012-1392 25 octobre 2012; TR/2012-85 7 novembre 2012).
119. *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 RCS 272.