

Copyright Board  
Canada



Commission du droit d'auteur  
Canada

**Collective Administration in relation to rights  
under sections 3, 15, 18 and 21**

**Gestion collective relative aux droits visés aux  
articles 3, 15, 18 et 21**

*Copyright Act, 70.15(1)*

*Loi sur le droit d'auteur, art. 70.15(1)*

File: Reprographic Reproduction, 2005 to 2014

Dossier : Reproduction par reprographie,  
2005 à 2014

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE  
COLLECTED BY ACCESS COPYRIGHT FOR THE  
REPROGRAPHIC REPRODUCTION, IN CANADA,  
OF WORKS IN ITS REPERTOIRE

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR  
ACCESS COPYRIGHT POUR LA  
REPRODUCTION PAR REPROGRAPHIE, AU  
CANADA, D'ŒUVRES DE SON RÉPERTOIRE

(Provincial and Territorial Governments –  
2005 to 2014)

(Gouvernements provinciaux et territoriaux –  
2005 à 2014)

**DECISION OF THE BOARD**  
(Crown Immunity)

**DÉCISION DE LA COMMISSION**  
(Immunité de la Couronne)

*Reasons delivered by:*

*Motifs exprimés par :*

Mr. Justice William J. Vancise  
Mr. Claude Majeau  
Mrs. Jacinthe Théberge

M. le juge William J. Vancise  
M<sup>c</sup> Claude Majeau  
M<sup>c</sup> Jacinthe Théberge

*Date of the Decision*

*Date de la décision*

January 5, 2012

Le 5 janvier 2012

*Date of Reasons*

*Date des motifs*

March 15, 2012

Le 15 mars 2012

Ottawa, March 15, 2012

Ottawa, le 15 mars 2012

**File: Reprographic Reproduction, 2005 to 2014**

**Dossier : Reproduction par reprographie, 2005 à 2014**

**Reasons for the decision**

**Motifs de la décision**

**I. INTRODUCTION**

**I. INTRODUCTION**

[1] The principal issue is whether the Crown can invoke Crown immunity as provided for in section 17 of the *Interpretation Act*,<sup>1</sup> and is therefore subject neither to the *Copyright Act*<sup>2</sup> (the “*Act*”) nor to the tariffs filed by the Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright” or “Access”).

[1] Il s’agit avant tout de décider si la Couronne peut invoquer l’immunité que lui confère l’article 17 de la *Loi d’interprétation*<sup>1</sup> pour échapper à l’application de la *Loi sur le droit d’auteur*<sup>2</sup> (la « Loi ») et des tarifs déposés par la *Canadian Copyright Licensing Agency* (« Access Copyright » ou « Access »).

[2] Access filed proposed tariffs for the years 2005 to 2009 and 2010 to 2014, claiming royalties for the reproduction of works in its repertoire by employees of provincial and territorial governments (except Quebec).

[2] Access a déposé des tarifs prévoyant, pour les années 2005 à 2009 et 2010 à 2014, des redevances pour la reproduction d’œuvres de son répertoire par des fonctionnaires des gouvernements provinciaux et territoriaux (à l’exception du Québec).

[3] The governments of Alberta, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland and Labrador, Nova Scotia, Nunavut, Prince Edward Island and Saskatchewan (collectively the “Objectors”) challenge the legality of the proposed tariffs on the basis of Crown immunity. Access argues that the doctrine is not engaged, that even if engaged, the *Act* applies to the Crown by necessary implication, or that the Objectors have waived any immunity they may otherwise enjoy.

[3] Les gouvernements de l’Alberta, de l’Île-du-Prince-Édouard, du Manitoba, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, du Nunavut, de la Saskatchewan et de Terre-Neuve-et-Labrador (les « opposants ») contestent la légalité des tarifs proposés en invoquant l’immunité de la Couronne. Access soutient que la doctrine n’est pas en jeu, ajoutant que si elle l’était, la *Loi* s’appliquerait à la Couronne par déduction nécessaire ou par suite de la renonciation des opposants à l’immunité dont ils pourraient jouir par ailleurs.

[4] The parties jointly requested that the Board decide the matter by way of a preliminary hearing based on an agreed statement of facts. The Board agreed. The matter was heard on September 27, 2011.

[4] Les parties ont, par requête conjointe, demandé à la Commission de statuer sur la question dans le cadre d’une audience préliminaire sur exposé conjoint des faits. La Commission a accédé à la requête, et a entendu l’affaire le 27 septembre 2011.

[5] On January 5, 2012, we dismissed the immunity claim of the Objectors on the ground that the *Act* binds the Crown by necessary implication. The following are the reasons for our decision.

[5] Le 5 janvier 2012, nous avons rejeté la prétention des opposants, jugeant que la Couronne est assujettie à la *Loi* par déduction nécessaire. Les motifs de notre décision suivent.

## II. ANALYSIS

[6] Before dealing with the substantive issue of whether the Objectors are immune from the provisions of the *Act*, it is necessary to decide whether the principle of Crown immunity is even engaged. Access contends that it is not because the *Act* does not operate to the prejudice of the Crown, and because the principle runs counter to the common-law presumption that there can be no expropriation without just compensation. In addition, it argues that the principle of Crown immunity is a rule of statutory construction and not a presumption which it must rebut. We will consider these issues in order.

### Is the Principle of Crown Immunity Engaged?

[7] The principle of Crown immunity, while historically rooted in the common law, is now codified in statute in section 17 of the *Interpretation Act*, which reads:

17. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment.

[8] Access argues that the principle is not engaged. It relies on *Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, where Dickson C.J.C. stated the following:

The presumption of immunity only applies when the statutory provisions, if applied to the Crown, would operate to its prejudice.<sup>3</sup>

[9] Access submits that this is not so here. The *Act* has a broad public purpose to encourage the creation and dissemination of works for the benefit of Canadian society at large. Access draws our attention to the economic benefits that result from the generation and dissemination of these

## II. ANALYSE

[6] Avant d'aborder le fond, soit l'immunité des opposants à l'égard de la *Loi*, il nous faut décider si le principe d'immunité de la Couronne entre en jeu. Access prétend que non, soutenant que la *Loi* ne cause pas préjudice à la Couronne et que la doctrine de l'immunité va à l'encontre du principe de common law proscrivant l'expropriation sans juste indemnisation. Elle fait aussi valoir que la doctrine de l'immunité de la Couronne est une règle d'interprétation, non une présomption à réfuter. Nous examinons ces prétentions l'une après l'autre.

### Le principe de l'immunité de la Couronne entre-t-il en jeu?

[7] Ce principe, issu de la common law, est à présent codifié en ces termes à l'article 17 de la *Loi d'interprétation* :

17. Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives.

[8] Selon Access, le principe ne joue pas en l'espèce. Elle invoque l'arrêt *Alberta Government Telephones c. (Canada) Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, dans lequel le juge en chef Dickson a déclaré :

La présomption d'immunité joue seulement lorsque les dispositions de la loi, si elles étaient appliquées à la Couronne, lui porteraient préjudice.<sup>3</sup>

[9] Access soutient que ce n'est pas le cas en l'espèce. La *Loi* poursuit une fin d'intérêt public importante : encourager la création et la diffusion d'œuvres au profit de la société canadienne dans son ensemble. Access souligne que les œuvres ainsi créées et diffusées génèrent une valeur

works, arguing that such wealth ultimately inures to the benefit of the public purse and the Crown. In addition, Access argues that there are provisions in the *Act* which grant the Crown copyright in its own works, thereby conferring a specific benefit to the Crown. Finally, it points to a number of provinces that have explicit policies recognizing the need to respect copyright law and which are set out in detail in the agreed statement of facts.

[10] For all of these reasons, Access contends that the *Act* promotes the Crown's interest rather than adversely affecting it. Thus, there is no prejudice to the Crown and immunity is not engaged in this case.

[11] The problem with this analysis is that it misreads *AGT v. CRTC*. First, the comments of Dickson C.J.C. are taken out of context. This is clear when one reads the preceding sentence which states: "[a]t common law it is well-established that, although not bound by a statute, the Crown may take advantage of its provisions unless there is an express or implied prohibition from doing so."<sup>4</sup> In other words, the purpose of requiring prejudice to the Crown is to ensure that Crown immunity only operates to the Crown's advantage. The principle cannot be used to prevent the Crown from asserting a statutory right or availing itself of a specific benefit, as long as it takes this benefit with all its attending conditions and limitations.

[12] Second, as the Objectors properly note, the prejudice to the Crown that engages Crown immunity must be specific to the provisions of the statute that are invoked in a particular case. For example, in *AGT v. CRTC*, the application of the *Railway Act*<sup>5</sup> to the Crown would have required the Crown to abide by CRTC regulations regarding the interconnection of telecommunication systems. In the matter before us, the specific provisions of the *Act* from which the Crown claims immunity relate to the certification by the Board of a tariff for the

économique dont l'État et les fonds publics tirent bénéfice en fin de compte. Elle fait valoir aussi que des dispositions de la *Loi* attribuent à la Couronne la jouissance de droits sur ses propres œuvres, lui conférant ainsi un avantage particulier. Elle signale enfin que plusieurs provinces ont adopté des politiques reconnaissant explicitement la nécessité de respecter le droit d'auteur, politiques décrites en détail dans l'exposé conjoint des faits.

[10] Pour toutes ces raisons, Access avance que la *Loi* sert les intérêts de la Couronne et non l'inverse et que, la Couronne ne subissant aucun préjudice, le principe de l'immunité n'entre pas en jeu.

[11] Ce raisonnement pose problème car il procède d'une interprétation erronée d'*AGT c. CRTC*. Premièrement, le commentaire du juge en chef Dickson est pris hors contexte, comme l'indique clairement la phrase précédant le passage précité : « [e]n common law, il est bien établi que, même si elle n'est pas liée par une loi, la Couronne peut tirer avantage de ses dispositions, à moins d'une interdiction expresse ou implicite de le faire ». <sup>4</sup> Autrement dit, c'est pour que l'immunité joue exclusivement à l'avantage de la Couronne que l'exigence du préjudice existe. Le principe ne saurait empêcher la Couronne de se prévaloir d'un droit d'origine législative ou d'un avantage particulier, dans la mesure où elle le prend avec toutes les modalités et restrictions afférentes.

[12] Comme les opposants le signalent avec justesse, il faut, deuxièmement, que le préjudice à la Couronne suscitant l'immunité se rapporte précisément aux dispositions de la loi qui sont invoquées. Dans *AGT c. CRTC*, par exemple, l'application de la *Loi sur les chemins de fer*<sup>5</sup> à la Couronne l'aurait obligée à se conformer au règlement du CRTC relatif au raccordement à d'autres systèmes de télécommunication. En l'espèce, les dispositions spécifiques de la *Loi* à l'égard desquelles la Couronne invoque l'immunité concernent l'homologation par la

reproduction of literary works by provincial and territorial governments. Under the proposed tariff, the Crown would be required to pay royalties and to comply with the terms of the tariff for the reproductions they make of published works. The proposed tariffs are an example of clear and specific prejudice to the Crown that does engage Crown immunity.

[13] Access also argues that Crown immunity is not engaged because it conflicts with the principle that there can be no expropriation without just compensation. It contends that copyright constitutes an ownership right in works created by authors of all kinds and that under the common law, neither the provincial nor federal governments may expropriate property without just compensation absent a clear and unambiguous legislative intention to do so.

[14] The Objectors respond that the “no expropriation” principle has never been used to defeat a claim of Crown immunity. This is because expropriation is a concept that applies primarily to real property. By contrast, the *Act* does not provide rights in property. Copyright is a *sui generis* statutory right which has many key differences from property law. Copyright legislation simply creates rights and obligations upon the terms and in the circumstances set out in the statute.

[15] Common law is the source of the “no expropriation” principle. Common law rules cannot overcome clear statutory language. As such, the unrelated and subordinate common law rule regarding expropriation of property that Access asserts simply cannot overcome the clear language and intent of section 17 of the *Interpretation Act*.

[16] The “no expropriation” principle applies to both real and intangible property. Indeed, the case law recognizes that the principle could be applied to such intangible property as veterans’ pensions<sup>6</sup> and has applied it for loss of goodwill.<sup>7</sup> However,

Commission d’un tarif pour la reproduction d’œuvres littéraires par des gouvernements provinciaux ou territoriaux, aux termes duquel la Couronne serait tenue d’acquitter des redevances et de respecter certaines conditions pour la reproduction d’œuvres publiées. Il s’agit là d’un exemple de préjudice certain et précis faisant effectivement jouer l’immunité de la Couronne.

[13] Selon Access, le principe de l’immunité ne s’applique pas non plus parce qu’il entre en conflit avec la règle proscrivant l’expropriation sans juste indemnisation. Elle affirme que le droit d’auteur est un droit de propriété s’exerçant sur les œuvres d’auteurs de toutes sortes, et que selon la common law un gouvernement, provincial ou fédéral, ne peut exproprier sans juste indemnité en l’absence d’une intention législative exprimée en termes clairs et non ambigus.

[14] Les opposants rétorquent que le principe de non-expropriation n’a jamais servi à contrer une revendication d’immunité de la Couronne. Il en est ainsi parce que la notion d’expropriation vise principalement la propriété foncière. La *Loi*, à l’opposé, n’établit pas de droit de propriété. Le droit d’auteur est un droit *sui generis* d’origine législative présentant maintes différences importantes par rapport au droit de propriété. La législation sur le droit d’auteur crée simplement des droits et obligations en fonction des conditions et des circonstances établies par le texte de loi.

[15] Le principe de non-expropriation vient de la common law, et une règle de common law ne peut primer sur un énoncé législatif clair. Access invoque une règle de common law, subordonnée et sans rapport avec la question en cause, qui ne saurait donc avoir préséance sur le libellé et l’intention clairs de l’article 17 de la *Loi d’interprétation*.

[16] Le principe de non-expropriation vise autant les biens intangibles que les biens réels. La jurisprudence reconnaît d’ailleurs que le principe peut en théorie s’appliquer à des biens intangibles comme la pension de vétéran<sup>6</sup> et l’a effectivement

copyright is a *sui generis* statutory right which is not, properly speaking, a form of property. The Supreme Court of Canada in *Compo Co. Ltd. v. Blue Crest Music et al.*, in describing copyright, stated:

[...] Mr. Hughes [...] put it very well when he said that copyright law is neither tort law nor property law in classification, but is statutory law. It neither cuts across existing rights in property or conduct nor falls between rights and obligations heretofore existing in the common law. Copyright legislation simply creates rights and obligations upon the terms and in the circumstances set out in the statute.<sup>8</sup>

[17] Moreover, there is no expropriation in this case because expropriation requires that the Crown's action have the effect of rendering the assets virtually useless. Thus, in *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*,<sup>9</sup> the Supreme Court of Canada held that the creation of a fisheries monopoly had the effect of depriving the appellant, a company engaged in the purchasing and processing of fish, of its goodwill as a going concern and consequently rendering its physical assets virtually useless. In the Court's opinion, the goodwill taken away constituted the appellant's property, which loss required compensation.

[18] In the case before us, the Objectors' actions do not deprive the rights holders of their rights under the *Act* rendering those rights virtually useless. Rather, the Objectors seek to reproduce, or make use of, literary works without having to compensate the rights holders of those works. We agree that there is certainly a potential lack of compensation. However, the rights conferred under the *Act* remain exercisable between private parties; authors continue to control the use of their works. As a result, the "no expropriation" principle is of no assistance to Access.

appliqué à la perte d'achalandage.<sup>7</sup> Toutefois, le droit d'auteur est un droit *sui generis* créé par loi, qui n'est pas à proprement parler une forme de propriété. Dans *Compo Co. Ltd. c. Blue Crest Music et al.*, la Cour suprême a décrit le droit d'auteur en ces termes :

[...] M<sup>c</sup> Hughes, [...] a très bien exposé la situation en disant que le droit d'auteur n'est pas régi par les principes de la responsabilité délictuelle ni par le droit de propriété mais par un texte législatif. Il ne va pas à l'encontre des droits existants en matière de propriété et de conduite et il ne relève pas des droits et obligations existant autrefois en common law. La loi concernant le droit d'auteur crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif.<sup>8</sup>

[17] En outre, on ne peut parler d'expropriation en l'espèce, parce que l'action de la Couronne doit avoir eu pour effet d'enlever pratiquement toute utilité à des biens pour qu'il y ait expropriation. Ainsi, dans *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*,<sup>9</sup> la Cour suprême a jugé que la création d'un monopole sur les pêches avait eu pour effet de priver la société appelante, qui achetait et traitait du poisson, de l'achalandage attaché à son entreprise en activité et avait ainsi pratiquement rendu inutiles ses biens corporels. Elle a estimé que l'achalandage constituait un bien dont la perte devait donner lieu à indemnisation.

[18] En l'espèce, les droits reconnus par la *Loi* n'ont pas été retirés à leurs titulaires ni rendus pratiquement inutiles. Les opposants veulent plutôt reproduire ou utiliser des œuvres littéraires sans avoir à verser d'indemnité aux titulaires de droits. Certes, il y a là une possibilité réelle de perte de compensation. Toutefois, les droits conférés par la *Loi* continuent de pouvoir être exercés lorsque des parties privées sont en cause, et les auteurs peuvent continuer de contrôler l'utilisation de leurs œuvres. Il s'ensuit que le principe de non-

[19] Thus, the principle of Crown immunity is engaged.

**Is Crown immunity a general rule of statutory interpretation or a rebuttable presumption?**

[20] Access submits that the principle of Crown immunity is better expressed as a rule of construction, rather than a presumption to be rebutted. As such, it contends that it is incorrect to speak of one party bearing the “onus” to shift the presumption. No one bears an onus to establish that a particular statute is applicable to the Crown – rather it is for the tribunal or court to determine whether, in accordance with the applicable principles of statutory interpretation, the statute in question is binding on the Crown. We do not agree.

[21] In *R v. Eldorado Nuclear*, Dickson J. described the principle of Crown immunity as a “premise”:

This Court is not, however, entitled to question the basic concept of Crown immunity, for Parliament has unequivocally adopted the premise that the Crown is *prima facie* immune.<sup>10</sup>

[22] In *R. v. Greening*, MacDonnell J. described the approach to the Ontario equivalent of section 17 in these terms:

Different considerations apply to the defence of Crown immunity because, as will be seen, there is a statutory presumption that the Crown is not bound by statutes. That presumption must be overcome, and in my view, the party seeking to bind the Crown has that burden.<sup>11</sup>

expropriation n’est d’aucun secours pour Access.

[19] Le principe de l’immunité de la Couronne entre donc en jeu.

**L’immunité de la Couronne est-elle une règle générale d’interprétation des lois ou une présomption réfutable?**

[20] Access soutient que le principe de l’immunité de la Couronne relève davantage de la règle d’interprétation que de la présomption à réfuter. Il serait donc incorrect de dire qu’une partie ou l’autre a le « fardeau » de repousser la présomption. Personne n’a à établir qu’une loi s’applique à la Couronne – il appartient plutôt au tribunal administratif ou judiciaire de déterminer, conformément aux principes d’interprétation applicables, si la loi en cause lie la Couronne. Nous ne sommes pas de cet avis.

[21] Dans *R. c. Eldorado Nucléaire*, le juge Dickson parle de l’immunité de la Couronne comme d’un « principe » :

Cependant, il n’appartient pas à cette Cour de mettre en question le concept fondamental de l’immunité de l’État, puisque le Parlement a adopté d’une manière non équivoque le principe que l’État jouit à première vue de l’immunité.<sup>10</sup>

[22] Dans *R. c. Greening*, le juge MacDonnell a décrit ainsi comment devait se concevoir l’équivalent ontarien de l’article 17 :

[TRADUCTION] La défense d’immunité de la Couronne fait intervenir des considérations différentes parce qu’il existe, ainsi que nous le verrons, une présomption légale selon laquelle la Couronne n’est pas liée par les textes législatifs. Cette présomption doit être repoussée et, à mon avis, le fardeau en incombe à qui invoque l’assujettissement de la Couronne à la loi.<sup>11</sup>

[23] We agree with this characterization. Section 17 of the *Interpretation Act* provides that “no enactment is binding on Her Majesty [...] except as mentioned or referred to in the enactment.” This creates an overall presumption of immunity. That presumption can be rebutted where it can be demonstrated that there exists a contrary intention to otherwise bind the Crown. Access must therefore overcome this presumption and demonstrate that the *Act* does bind the Crown.

[24] We now turn to the principal issue of whether the principle of Crown immunity applies to the Objectors in the particulars of this tariff application.

#### **Crown Immunity – General Legal Principle**

[25] This legal debate centres on the interpretation of section 17 of the *Interpretation Act* which to reiterate, codifies the common law principle of Crown immunity as follows:

17. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty’s rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment.

[26] As Dickson J. stated in *Eldorado Nuclear*, the principle of Crown immunity seems to run afoul of our general sense of equality before the law:

Why that presumption should be made is not clear. It seems to conflict with basic notions of equality before the law. The more active government becomes in activities that had once been considered the preserve of private persons, the less easy it is to understand why the Crown need be, or ought to be, in a position different from the subject. This Court is not, however, entitled to question the basic concept of Crown immunity, for Parliament has unequivocally adopted the premise that the Crown is *prima facie*

[23] Nous souscrivons à cet énoncé. L’article 17 de la *Loi d’interprétation* prévoit que « [s]auf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté [...] », établissant ainsi une présomption générale d’immunité, réfutable lorsqu’il est possible de démontrer l’existence de l’intention contraire de lier la Couronne. Access doit donc repousser la présomption et démontrer que la *Loi* lie la Couronne.

[24] Nous passons à présent à l’examen de la principale question en cause : le principe de l’immunité de la Couronne s’applique-t-il aux opposants dans le contexte de la demande de tarif qui nous occupe?

#### **Immunité de la Couronne – Principe général**

[25] Le présent débat s’articule autour de l’interprétation de l’article 17 de la *Loi d’interprétation* qui, nous le répétons, codifie en ces termes le principe de l’immunité de la Couronne établi par la common law :

17. Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n’a d’effet sur ses droits et prérogatives.

[26] Comme le juge Dickson l’a indiqué dans *Eldorado Nucléaire*, ce principe heurte notre conception générale de l’égalité devant la loi :

On ne peut dire avec certitude pourquoi il faut retenir cette présomption. Il semble y avoir une contradiction avec les notions fondamentales de l’égalité devant la loi. Plus le gouvernement intervient dans les activités que l’on considérait autrefois réservées au secteur privé, plus il est difficile de comprendre pourquoi l’État doit être ou devrait être dans une situation différente de celle des citoyens. Cependant, il n’appartient pas à cette Cour de mettre en question le concept fondamental de l’immunité de



immune. The Court must give effect to the statutory direction that the Crown is not bound unless it is “mentioned or referred to” in the enactment.<sup>12</sup>

[27] We do not question the overall concept of Crown immunity, but note that Crown immunity is not absolute, as the Supreme Court made clear in *AGT v. CRTC*:

[...] the words “mentioned or referred to” in [section 17] must be given an interpretation independent of the supplanted common law with respect to Crown immunity. These words are capable of encompassing: (1) expressly binding words; (2) an intention revealed when provisions are read in the context of other textual provisions; and, (3) an intention to bind where an absurdity, as opposed to an undesirable result, were to occur if the government were not bound. Any exception to the normal Crown immunity rule based on a necessary implication should be narrowly confined.<sup>13</sup>

[28] All parties agree that there are no expressly binding words which establish that the Crown is bound by the *Act*. So do we. We must therefore decide whether the *Act* binds the Crown either because such an intention is revealed when provisions are read in the context of other textual provisions. Given that our answer to this question is “yes”, it will not be necessary to decide whether there would be a resulting absurdity were the Crown not so bound.

#### **Is the Crown bound by necessary implication?**

[29] We wish first to set out briefly how we understand the necessary implication rule within

l’État, puisque le Parlement a adopté d’une manière non équivoque le principe que l’État jouit à première vue de l’immunité. La Cour doit mettre à exécution la directive légale portant que l’État n’est pas lié à moins que ce ne soit « mentionné ou prévu » dans la loi.<sup>12</sup>

[27] Nous ne mettons pas en question le concept général d’immunité de la Couronne, tout en notant que l’immunité n’est pas absolue, comme l’a clairement indiqué la Cour suprême dans *AGT c. CRTC* :

[...] La portée des termes « mentionnée ou prévue » [à l’article 17] doit s’interpréter indépendamment de la règle de *common law* supplantée en ce qui concerne l’immunité de la Couronne. Ces termes peuvent comprendre (1) des termes qui lient expressément la Couronne; (2) une intention qui ressort lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d’autres dispositions; et (3) une intention de lier lorsqu’il résulterait une absurdité, par opposition à un résultat non souhaité, si l’État n’était pas lié. Toute exception par déduction nécessaire à la règle habituelle de l’immunité de la Couronne devrait être de portée très restreinte.<sup>13</sup>

[28] Les parties conviennent que la *Loi* ne lie pas expressément la Couronne. C’est également notre avis. Nous devons donc déterminer si la *Loi* lie la Couronne parce que cette intention ressort d’une interprétation téléologique de ses dispositions. Puisque nous concluons que tel est le cas, il ne sera pas nécessaire d’établir si une absurdité résulterait du fait que la Couronne ne soit pas liée.

#### **La Couronne est-elle liée par déduction nécessaire?**

[29] Nous exposerons d’abord notre conception de la règle de la déduction nécessaire telle qu’elle

its historical context.

[30] As far back as 1947, the Privy Council agreed that Crown immunity admits of at least one exception, necessary implication:

If, that is to say, it is manifest from the very terms of the statute, that it was the intention of the legislature that the Crown should be bound, then the result is the same as if the Crown had been expressly named.<sup>14</sup>

[31] In Canada, the necessary implication test was explained by Beetz J. in *R. v. Ouellette* as follows:

[...] the various provisions of a statute are each interpreted in light of the others, and it is possible that Her Majesty be implicitly bound by legislation if that is the interpretation which the legislation must be given when it is placed in its context.<sup>15</sup>

[32] That statement was approved by Dickson C.J.C. in *AGT v. CRTC*.<sup>16</sup>

[33] Then in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*,<sup>17</sup> La Forest J., for the majority, found the necessary implication exception survived the 1967 revision of what is now s. 17 of the *Interpretation Act*. He went on to explain the necessary implication test as follows:

[...] a contextual analysis of a statute may reveal an intention to bind the Crown if one is irresistibly drawn to that conclusion through logical inference.

That analysis however cannot be made in a vacuum. Accordingly, the relevant "context" should not be too narrowly construed. Rather the context must include the circumstances which led to the enactment of the statute and the mischief to which it was directed. This view is consistent with the reasoning in

se dégage de son contexte historique.

[30] Dès 1947, le Conseil privé reconnaissait que l'immunité de la Couronne souffrait au moins une exception, la déduction nécessaire :

[TRADUCTION] [C]'est-à-dire que, s'il ressort du texte même de la Loi que le législateur entendait lier la Couronne, le résultat est le même que si cette dernière était expressément mentionnée.<sup>14</sup>

[31] Au Canada, la déduction nécessaire a été expliquée ainsi par le juge Beetz dans *R. c. Ouellette* :

[...] les diverses dispositions d'une loi s'interprètent les unes à la lumière des autres, et il est possible que Sa Majesté soit implicitement liée par un texte législatif si telle est l'interprétation que ce texte doit recevoir lorsqu'il est replacé dans son contexte.<sup>15</sup>

[32] Le juge en chef Dickson a approuvé cet énoncé dans *AGT c. CRTC*.<sup>16</sup>

[33] Puis, dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*,<sup>17</sup> le juge La Forest, s'exprimant pour la majorité, a indiqué que l'exception de la déduction nécessaire avait survécu à la révision, en 1967, de ce qui est à présent l'article 17 de la *Loi d'interprétation* et l'a définie en ces termes :

[...] une analyse du contexte d'une loi peut révéler une intention de lier la Couronne si cette conclusion s'impose inmanquablement par déduction logique.

On ne doit cependant pas effectuer cette analyse dans l'abstrait. En conséquence, il ne faudrait pas interpréter le « contexte » pertinent de façon trop restreinte. Le contexte doit plutôt englober les circonstances qui ont donné lieu à l'adoption de la loi et la situation qu'elle voulait

*Bombay* as is evident from the passages quoted above where the test for necessary implication is expressed in terms of the time of enactment.<sup>18</sup>

[34] Some may read this last sentence as implying that Parliament's intention to bind the Crown, absent express words, must be assessed by looking at the statute at the time of its original enactment, in our case 1921. In our view, this would be illogical, absurd and contrary to a purposive interpretation of the *Act*. In 1921, the *Act* (without schedules) occupied 23 pages in the statute book; today, it is 109. A contextual analysis requires looking at the whole *Act*. We need to decide not whether Parliament wished to bind the Crown in 1921, but whether Parliament thought the Crown was so bound in 1987 (when an exception for the Archives came into force) and then, in 1997 (when further exceptions were introduced). As will be seen, we conclude that, clearly, it did.

[35] With this clarification, we can now proceed to apply the relevant principles to the matter at hand.

[36] Access argues that when examining the *Act* in its entirety there is, by necessary implication, a clear intention to bind the Crown. It points to a number of provisions that exempt the Crown from clearing the rights to use certain protected copyright subject-matters. It argues that these exceptions raise a logical implication that the Crown is bound by those provisions from which it has not been exempted. If this were not the case, there would be no need for the exempting sections.

[37] The Objectors, for their part, contend that Access has not proven beyond doubt that the *Act* binds the Crown by necessary implication through a clear expression of legislative intent. Relying on section 12, they argue that the *Act* specifically

corriger. Ce point de vue est compatible avec le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Bombay* comme l'indiquent les passages susmentionnés dans lesquels le critère de la déduction nécessaire est exprimé par rapport au moment de l'adoption de la loi.<sup>18</sup>

[34] D'aucuns pourraient inférer de cette dernière phrase qu'en l'absence de termes exprès, l'intention du législateur de lier la Couronne s'apprécie en examinant le texte de loi tel qu'il existait lorsqu'il a initialement été édicté, c'est-à-dire en 1921 en ce qui nous concerne. À notre avis, conclure ainsi serait illogique, absurde et contraire à l'interprétation téléologique de la *Loi*. En 1921, la *Loi* (sans les annexes) occupait 23 pages du recueil de lois alors qu'aujourd'hui elle compte 109 pages. L'analyse contextuelle suppose l'examen de la *Loi* dans son intégralité. Il ne s'agit pas de déterminer si le législateur voulait lier la Couronne en 1921, mais s'il était d'avis que la Couronne était liée en 1987 (lorsqu'est entrée en vigueur une exception visant les Archives), puis en 1997 (lorsque de nouvelles exceptions ont été introduites). Comme nous le verrons, il l'était clairement, selon nous.

[35] Cette clarification apportée, nous pouvons à présent appliquer les principes pertinents à la présente espèce.

[36] Access prétend qu'un examen de la *Loi* dans son ensemble permet de dégager, par déduction nécessaire, une intention claire de lier la Couronne. Citant plusieurs dispositions dispensant la Couronne d'obtenir l'autorisation d'utiliser des objets du droit d'auteur protégés, elle fait valoir qu'il faut logiquement en conclure que la Couronne est liée par les dispositions dont elle n'est pas exemptée, sans cela les dispositions portant exception ne seraient pas nécessaires.

[37] Les opposants soutiennent pour leur part qu'Access n'a pas prouvé hors de tout doute que la Couronne est assujettie à la *Loi* par déduction nécessaire découlant de l'existence d'une intention législative clairement exprimée. S'appuyant sur

provides that Crown immunity is maintained. This section confers certain rights “without prejudice to any rights or privileges of the Crown”. This, in their submission, demonstrates Parliament’s intent to maintain Crown immunity notwithstanding that the Crown may enjoy certain benefits pursuant to the *Act*.

[38] A contextual analysis of the *Act* requires us to engage in a two-part analysis. First, is section 12 of relevance when deciding whether *Act* binds the Crown? Second, do the specific exceptions that apply to the Crown demonstrate that the Crown is otherwise bound by the *Act*?

Is section 12 relevant when examining whether the *Act* binds the Crown?

[39] Section 12 of the *Act* states:

12. Without prejudice to any rights or privileges of the Crown, where any work is, or has been, prepared or published by or under the direction or control of Her Majesty or any government department, the copyright in the work shall, subject to any agreement with the author, belong to Her Majesty and in that case shall continue for the remainder of the calendar year of the first publication of the work and for a period of fifty years following the end of that calendar year.

[40] The parties debated at length the meaning of the words “without prejudice to any rights or privileges of the Crown”. If, as the Objectors argue, these rights and privileges are all the rights and privileges accorded to the Crown, including immunity, then the inference is that by adopting section 12, Parliament specifically allowed the Crown to maintain its overall immunity from the *Act* despite the Crown being granted certain rights pursuant to other provisions of the *Act*. On the other hand, if these words mean only those copyrights granted to the Crown under common law, then section 12 is limited to the grant of

l’article 12, ils avancent que la *Loi* prévoit expressément le maintien de l’immunité de la Couronne. Cet article confère certains droits « [s]ous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne », ce qui démontre selon eux l’intention du législateur de préserver l’immunité même si la Couronne jouit d’avantages prévus par la *Loi*.

[38] L’analyse contextuelle de la *Loi* doit se faire en deux étapes. Il faut d’abord examiner la pertinence de l’article 12 pour décider de l’assujettissement de la Couronne à la *Loi*, puis déterminer si les exceptions particulières applicables à la Couronne démontrent que la *Loi* la lie par ailleurs.

La pertinence de l’article 12 pour l’analyse de l’assujettissement de la Couronne à la *Loi*

[39] Voici le texte de l’article 12 de la *Loi* :

12. Sous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne, le droit d’auteur sur les œuvres préparées ou publiées par l’entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d’un ministère du gouvernement, appartient, sauf stipulation conclue avec l’auteur, à Sa Majesté et, dans ce cas, il subsiste jusqu’à la fin de la cinquantième année suivant celle de la première publication de l’œuvre.

[40] Les parties ont longuement débattu du sens des mots « [s]ous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne ». Si, comme le soutiennent les opposants, ces droits et privilèges s’entendent de la totalité des droits et privilèges accordés à la Couronne, dont l’immunité, il s’ensuit qu’en adoptant l’article 12 le législateur a expressément permis à la Couronne de conserver son immunité générale par rapport à la *Loi* même si elle jouit de certains droits en vertu d’autres dispositions du même texte. Par contre, si ces mots ne se rapportent qu’aux droits d’auteur dont jouit la Couronne en vertu de la common law,

copyright and cannot be read to infer any Parliamentary intent regarding immunity.

[41] The Objectors rely on the decision of the Federal Court in *Eros - Équipe de Recherche Opérationnelle en Santé Inc. v. Conseillers en Gestion et Informatique C.G.I. Inc.*<sup>19</sup> to support their contention that they are not bound by the *Act*. In particular, they rely on Tremblay-Lamer J.'s statement that "[...] the Crown can exercise the rights conferred in section 12 of the *Act* without this eliminating its immunity."<sup>20</sup> This, according to the Objectors, shows that the Crown may enjoy the rights set out in section 12 without being bound to the entire *Act*.

[42] Section 12 of the *Act* finds its source in section 18 of the *Imperial Copyright Act of 1911*. This provision was significantly amended, especially with the passage of the *Copyright, Designs and Patents Act of 1988*, which simplified the regime of Crown copyright and abolished the perpetual Crown copyright in unpublished works of the Crown. By contrast, section 12 has been in place, unchanged, since the Canadian *Act* came into force in 1924, even though the *Act* has undergone a number of significant reviews, including in 1988 and 1997.

[43] During the course of these proceedings, the parties filed excerpts from a number of reports to assist the Board in its interpretation of section 12. These reports include: *Copyright in Canada: Proposals For a Revision of The Law*;<sup>21</sup> *From Gutenberg to Telidon, a White Paper on Copyright: Proposals for the Revision of the Canadian Copyright Act*;<sup>22</sup> the *Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright, a Charter of Rights for Creators*;<sup>23</sup> and the *Government Response to the Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright*.<sup>24</sup> Some, such as *Keyes-Brunet* and *Gutenberg*, comment and analyze the *Act*. Others, such as the Sub-Committee Report, are more prospective and recommend specific revisions.

alors l'article 12 ne fait qu'octroyer un droit et n'exprime aucune intention législative au sujet de l'immunité.

[41] À l'appui de leur position, les opposants invoquent la décision *Eros - Équipe de recherche opérationnelle en santé inc. c. Conseillers en gestion et informatique C.G.I. inc.*<sup>19</sup> de la Cour fédérale. Ils soulignent surtout le passage suivant de la décision de la juge Tremblay-Lamer : « la Couronne peut se prévaloir des droits reconnus à l'article 12 de la Loi sans que cela n'élimine son immunité ». <sup>20</sup> Pour les opposants, cela démontre que la Couronne peut jouir des droits prévus à l'article 12 sans être assujettie à la totalité de la *Loi*.

[42] L'article 12 de la *Loi* a pour source l'article 18 de l'*Imperial Copyright Act of 1911*, lequel a, depuis, été modifié en profondeur, notamment par l'adoption de la *Copyright, Designs and Patents Act of 1988*, qui a simplifié le régime du droit d'auteur de la Couronne et aboli son droit d'auteur perpétuel sur ses œuvres non publiées. L'article 12, lui, est resté tel qu'il était lors de l'entrée en vigueur de la *Loi* canadienne, en 1924, même si cette loi a connu d'importantes réformes, en 1988 et en 1997, entre autres.

[43] Au cours de la présente instance, les parties ont déposé des extraits de divers rapports pouvant aider à l'interprétation de l'article 12, dont : *Le droit d'auteur au Canada : Propositions en vue d'une révision de la Loi*;<sup>21</sup> *De Gutenberg à Télidon : livre blanc sur le droit d'auteur : propositions en vue de la révision de la Loi canadienne sur le droit d'auteur*;<sup>22</sup> *Une Charte des droits des créateurs et créatrices, Rapport du Sous-comité sur la révision du droit d'auteur*;<sup>23</sup> et *Réponse du gouvernement au rapport du Sous-comité sur la révision du droit d'auteur*.<sup>24</sup> Certains de ces documents, comme les rapports *Keyes-Brunet* et *Gutenberg*, commentent et analysent la *Loi*. D'autres sont de nature plus prospective, tel le rapport du sous-comité, qui recommande des réformes précises.

[44] *Keyes-Brunet* takes issue with the drafting of section 12, pointing to a lack of clarity and specificity as to its intended meaning:

The wording of this provision creates uncertainty. First the section provides a specific exercisable Crown prerogative, but its extent is undefined. The prerogative copyright is expressed in the terms “without prejudice to any rights or privileges of the Crown”. These words imply an overall proprietary right exercisable at the Crown’s discretion at any time and which could prevent use of material covered by the prerogative. In this instance, the term of protection appears to be either perpetual or at whim. A second uncertainty is that, while copyright is published works not covered by the apparent prerogative would have a limited term, copyright protection may well be perpetual where the work remains unpublished.<sup>25</sup>

[45] *Gutenberg* was issued to provide the public with an opportunity to comment on the proposals presented therein. Nothing in the Report seems to suggest that section 12 deals with anything other than Crown copyright. Rather, it seems to focus on the nature of copyright accorded to the Crown pursuant to section 12:

There presently exists in Canada a Crown prerogative right to authorize printing and publishing of works such as Acts of Parliament and judicial decisions. In view of the above proposals for the exercise of Crown Copyright, and in order to ensure the integrity of use of such works, this Crown prerogative will remain.<sup>26</sup>

[46] While *Gutenberg* recognises that there is ongoing debate as to whether or not the

[44] *Keyes-Brunet* critique la formulation de l’article 12, signalant qu’il n’exprime pas avec clarté et précision l’intention législative :

La rédaction de cette disposition est génératrice d’incertitude. Cet article prévoit tout d’abord la possibilité de l’exercice d’une prérogative particulière de la Couronne, mais son étendue n’est pas définie. La prérogative du droit d’auteur s’exprime dans l’expression du début « sous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne ». Ces termes donnent à penser qu’il existe un droit de propriété d’ensemble qui peut être exercé n’importe quand à la discrétion de la Couronne, et qui peut empêcher l’utilisation d’œuvres que protège cette prérogative. Dans ce cas, la durée de la protection semble perpétuelle ou laissée au gré de la Couronne. Une seconde incertitude résulte du fait que, tandis que le droit d’auteur sur des œuvres publiées que ne protège pas cette prérogative apparente serait d’une durée limitée, la protection du droit d’auteur peut fort bien être perpétuelle lorsque l’œuvre reste non publiée.<sup>25</sup>

[45] La publication de *Gutenberg* visait à permettre au public de commenter les propositions qui y étaient présentées. Rien dans le rapport n’indique que l’article 12 pourrait avoir une portée plus large que les droits d’auteur de la Couronne; il met plutôt l’accent sur la nature du droit d’auteur dont jouit la Couronne en vertu de cette disposition :

À l’heure actuelle, la Couronne jouit au Canada d’une prérogative qui lui permet d’autoriser l’impression et la publication d’œuvres telles que les lois du Parlement et les décisions des tribunaux. Cette prérogative sera maintenue pour satisfaire aux objectifs susmentionnés.<sup>26</sup>

[46] Bien que *Gutenberg* reconnaisse que la question de l’immunité de la Couronne en matière

government is immune from the provisions of the *Act*, the debate is centered on the meaning of section 17 of the *Interpretation Act*, not section 12 of the *Act*. In this respect, the Report notes:

It is debatable whether the Crown is currently bound by the *Copyright Act*. As nothing in the *Act* explicitly binds the Crown, it can presumably use the works of third parties with impunity. Section [17] of the *Interpretation Act* provides that the Crown is exempted from statutory provisions unless explicitly included within their ambit. Despite this immunity, the Crown now generally respects Copyright.<sup>27</sup>

[47] These reports seem to document an ongoing uncertainty regarding the true meaning of section 12. Since they are not unanimous in their findings, there is nothing in them that would provide us with a definitive and conclusive interpretation of section 12.

[48] In any event, even if the reports were unanimous, we could not place much weight on them as they can only serve to provide insight on their authors' understanding of section 12 of the *Act*. Furthermore, as the Supreme Court of Canada stated in *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*:

It has, of course, been long settled that, in the interpretation of a statute (and here I do not concern myself with the constitutional process as, for example, in the *Re Anti-Inflation Act* judgment ([1976] 2 S.C.R. 373)), the report of a commission of enquiry such as a Royal Commission may be used in order to expose and examine the mischief, evil or condition to which the Legislature was directing its attention. However, in the interpretation of a statute, the court, according to our judicial philosophy, may not draw upon such reports and commentaries, but must confine itself to an examination of the words employed by the Legislature in the statutory provision.<sup>28</sup>

de droit d'auteur fait l'objet d'un débat, la discussion est plutôt axée sur le sens de l'article 17 de la *Loi d'interprétation*, non de l'article 12 de la *Loi*. À cet égard, on peut y lire :

Il est douteux que la Couronne soit actuellement liée par la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme il ne s'y trouve rien d'explicite à cet effet, on peut présumer que la Couronne peut utiliser impunément les œuvres des tiers. En effet, l'article [17] de la *Loi d'interprétation* précise que la Couronne n'est pas liée par les lois, sauf indication contraire. Malgré cette immunité, elle s'efforce de respecter le droit d'auteur.<sup>27</sup>

[47] Ces rapports semblent indiquer que le sens véritable de l'article 12 demeure incertain. Étant donné qu'ils ne parviennent pas tous aux mêmes conclusions, on ne peut y trouver de fondement à une interprétation définitive et concluante de l'article 12.

[48] Eussent-ils été unanimes, il n'aurait pas été possible, de toute manière, de leur accorder beaucoup de poids, puisqu'ils ne peuvent nous éclairer que sur la compréhension de l'article 12 qu'avaient leurs auteurs. En outre, comme la Cour suprême du Canada l'a indiqué dans *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg* :

Il est bien sûr reconnu depuis longtemps que, dans l'interprétation d'une loi (je ne parle pas ici du processus constitutionnel, comme par exemple, dans le *Renvoi: Loi anti-inflation* ([1976] 2 R.C.S. 373)), on peut se servir du rapport d'une commission d'enquête, une commission royale par exemple, pour exposer et étudier le désordre, le malaise ou l'état de choses que visait le législateur. Cependant, selon notre philosophie judiciaire, pour interpréter une loi, la cour ne peut faire appel à de tels rapports et commentaires, mais doit se limiter à l'analyse des termes employés par le législateur dans la disposition législative en cause, dans le contexte de cette disposition dans la loi.<sup>28</sup>

[49] Section 12 has remained unchanged. Parliament has addressed no “mischief, evil or condition” inherent to this section that any report may have attempted to highlight. This can only confirm the need, consistent with *Morguard Properties*, to limit our inquiry to the words of section 12 and the context of that provision.

[50] When undertaking this inquiry, the following facts should be kept in mind. First, section 12 grants Her Majesty rights in works prepared or published by or under her direction or control. However, Crown copyright covers many works which are not prepared or published under the direction or control of Her Majesty, such as judicial decisions. Second, the rights granted in section 12 generally limit the protection to 50 years following the first publication of the work<sup>29</sup> whereas it is arguable that Crown copyright under the Crown prerogative is perpetual. Put another way, Crown copyright under the Crown prerogative is wider in scope and duration than what section 12 provides.

[51] In addition, section 12 must not be read in isolation. Rather, it must be interpreted within the overall context and scheme of the *Act* and, in particular, in relation to section 89 which states:

89. No person is entitled to copyright otherwise than under and in accordance with this Act or any other Act of Parliament, but nothing in this section shall be construed as abrogating any right or jurisdiction in respect of a breach of trust or confidence.

[52] Certain inferences can be drawn by reading section 12 together with section 89. As a result of section 89, all copyright is exclusively contained within the legal structure of the *Act*. Without the opening phrase of section 12, section 89 would operate to eliminate all remaining common law copyright held by the Crown. This seems to confirm that the terms “without prejudice to any

[49] L'article 12 n'a jamais changé. Le législateur n'a visé nul « désordre, [] malaise ou []état de choses » découlant de cet article que ces rapports auraient tenté d'exposer. Cela ne peut que confirmer qu'il faut, comme nous y engage l'arrêt *Morguard Properties*, restreindre notre examen au libellé de l'article 12 et au contexte de cette disposition.

[50] En entreprenant cet examen, il faut garder à l'esprit ce qui suit. D'abord, l'article 12 confère à Sa Majesté des droits sur les œuvres préparées ou publiées par son entremise ou sous sa direction ou surveillance. Cela dit, le droit d'auteur de la Couronne vise beaucoup d'œuvres qui ne sont pas préparées ou publiées sous la direction ou surveillance de Sa Majesté, comme les décisions judiciaires. Deuxièmement, le droit prévu à l'article 12 limite généralement la durée de la protection à 50 ans suivant la première publication,<sup>29</sup> alors qu'on peut avancer l'argument de la perpétuité du droit d'auteur fondé sur la prérogative de la Couronne. Autrement dit, le droit d'auteur de la Couronne découlant de la prérogative royale a une portée et une durée dépassant ce que prévoit l'article 12.

[51] De plus, l'article 12 ne peut être interprété isolément. Il faut le prendre dans le contexte et l'esprit de la *Loi* dans son ensemble et, plus particulièrement, dans son rapport avec l'article 89, ainsi conçu :

89. Nul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale; le présent article n'a toutefois pas pour effet d'empêcher, en cas d'abus de confiance, un individu de faire valoir son droit ou un tribunal de réprimer l'abus.

[52] La lecture de l'article 12 en corrélation avec l'article 89 appelle certaines déductions. Il résulte de l'article 89 qu'il n'y a de droit d'auteur que sous le régime de la *Loi*. Si ce n'était du préambule de l'article 12, l'article 89 aurait pour effet d'éliminer tous les droits d'auteur subsistants de la Couronne fondés sur la common law. Cette conclusion semble confirmer que les



rights or privileges of the Crown” are necessary to maintain the Crown prerogative in its copyright and that those words must be read to mean such a prerogative.

[53] Moreover, section 89 targets copyright exclusively. As a result, the opening words of section 12 fully serve their purpose by preserving the Crown’s prerogatives relating to Crown copyright, not other forms of prerogatives such as Crown immunity. This is where section 17 of the *Interpretation Act* comes into play: it is under that provision that any claim of Crown immunity must be made. If section 12 also fulfills that purpose, as is argued by the Objectors, then the opening words of section 12 are largely redundant. This cannot be Parliament’s intent.

[54] The Objectors’ reliance on *Eros-Équipe* is unconvincing. There, Tremblay-Lamer J. simply commented that: “section 12 expressly mentions that it is applicable without prejudice to any rights or privileges of the Crown”.<sup>30</sup> No explanation, context or analysis is provided for this comment. Moreover, the issue in *Eros-Équipe* was whether the Crown had waived its immunity; nothing turned on the meaning of section 12. As a result, the comments are *obiter dicta* and are of no help in determining the proper interpretation of section 12.

[55] Therefore, as a matter of statutory interpretation, when reading section 12 in the context of the *Act*, the terms “without prejudice to any rights or privileges of the Crown” must be read to mean those rights and prerogatives as they relate to Crown copyright. We therefore find that section 12 relates exclusively to matters of copyright and cannot be read to infer any intent on behalf of Parliament to maintain Crown immunity.

mots « [s]ous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne » sont nécessaires pour préserver la prérogative de la Couronne en matière de droit d’auteur et qu’ils doivent s’entendre de cette prérogative.

[53] De plus, l’article 89 vise uniquement le droit d’auteur. Il s’ensuit que les mots introductifs de l’article 12 remplissent pleinement leur fonction en préservant la prérogative royale en matière de droit d’auteur, et non d’autres formes de cette prérogative, telle l’immunité. C’est là que l’article 17 de la *Loi d’interprétation* entre en jeu : c’est en vertu de cette disposition que toute revendication d’immunité de la Couronne doit être fondée. Si l’article 12 remplit également cet office, ainsi que les opposants le soutiennent, alors les mots introductifs de l’article 12 deviennent en grande partie redondants, ce qui n’a pu être l’intention du législateur.

[54] L’argument des opposants fondé sur *Eros-Équipe* n’emporte pas la conviction. Dans cette décision, la juge Tremblay-Lamer a simplement dit : « [l]’article 12 mentionne expressément qu’il est applicable sous réserve des droits et privilèges de la Couronne »<sup>30</sup> sans autre explication, contexte ou analyse. Dans *Eros-Équipe*, en outre, la Cour devait établir si la Couronne avait renoncé à son immunité, de sorte que le sens de l’article 12 n’était pas en cause. Les propos de la juge à cet égard relèvent donc de l’opinion incidente et ne sont pas utiles pour l’interprétation à donner à cette disposition.

[55] Par conséquent, l’interprétation de l’article 12 dans le contexte de la *Loi* amène à conclure que les mots « [s]ous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne » s’entendent des droits et privilèges de la Couronne en matière de droit d’auteur. Nous estimons en conséquence que l’article 12 ne concerne que les questions de droit d’auteur et qu’on ne saurait considérer qu’il exprime une quelconque intention du législateur relativement au maintien de l’immunité de la Couronne.

**Do the specific exceptions that apply to the Crown demonstrate that the Crown is otherwise bound by the Act?**

[56] We now turn to an examination of other provisions contained in the *Act* that appear to provide for exceptions to infringement when the Crown makes certain uses of copyright protected works and other subject-matters.

[57] Relying on the maxim *expressio unius est exclusio alterius*, Access argues that exceptions which specifically apply to the Crown in right of Canada or the provinces evidence a clear intention that the *Act* otherwise apply to the Crown. In other words, since the *Act* contains provisions exempting the Crown from some of its provisions and is silent as to whether the rest of the statute binds the Crown, the exempting sections raise a logical implication that the Crown is bound by those provisions from which it is not exempt. If this were not the case, there would be no need for the exempting provisions.

[58] The Objectors reply that *expressio unius* is a weak inference at best and cannot overcome the presumption that the Crown is immune. In matters of Crown immunity, *expressio unius* has generally not been applied by the Courts. For example, in *AGT v. CRTC*, the Court concluded that an exception existed either out of abundance of caution or as a matter of historical antecedent, and in any event did not provide a sufficiently clear reference to any Parliamentary intention to bind the Crown.<sup>31</sup>

[59] The *Act* contains a score or more exceptions that expressly benefit the provincial or federal Crown. They can be classified in three types.

[60] A first set of exceptions appear to benefit the Crown writ large. Paragraph 45(1)(b) has existed since the *Act* came into force in 1924. It makes lawful certain forms of parallel importation of a work or other subject-matter “for use by a department of the Government of Canada or a province”. Since the Crown is an artificial person,

**Les exceptions particulières applicables à la Couronne démontrent-elles que celle-ci est par ailleurs assujettie à la Loi?**

[56] Nous examinerons à présent d’autres dispositions de la *Loi*, qui semblent établir des exceptions à la violation du droit d’auteur pour certaines utilisations par la Couronne d’œuvres et autres objets de droit d’auteur.

[57] S’appuyant sur la maxime *expressio unius est exclusio alterius*, Access soutient que des exceptions s’appliquant expressément à la Couronne du chef du Canada ou des provinces démontrent l’intention claire que la Couronne soit pour le reste assujettie à la *Loi*. Autrement dit, il faut logiquement inférer du fait que la *Loi* exempte la Couronne de l’application de certaines dispositions sans indiquer si les autres dispositions lui sont applicables, que la Couronne est liée par les dispositions dont elle n’est pas exemptée, sans cela les dispositions portant exception seraient inutiles.

[58] Selon les opposants, l’inférence découlant de la maxime *expressio unius* est faible dans le meilleur des cas et ne saurait réfuter la présomption d’immunité. Ils signalent qu’en général les tribunaux n’ont pas appliqué cette maxime en matière d’immunité de la Couronne. Dans *AGT c. CRTC*, par exemple, la Cour a considéré que l’exception s’expliquait par un surcroît de précautions ou par des antécédents historiques, et qu’elle ne constituait pas, de toute manière, l’expression claire d’une intention du législateur de lier la Couronne.<sup>31</sup>

[59] La *Loi* renferme au moins une vingtaine d’exceptions à l’avantage de la Couronne du chef du Canada ou d’une province. On peut les regrouper en trois catégories.

[60] La première catégorie paraît bénéficier à la Couronne au sens large. L’alinéa 45(1)(b) existe depuis l’entrée en vigueur de la *Loi* en 1924. Il rend licites certaines formes d’importation parallèle d’une œuvre ou d’un autre objet de droit d’auteur « pour l’usage d’un ministère du gouvernement du Canada ou de l’une des

and since it acts only through intermediaries, that provision makes sense only if Crown immunity is unavailable to shield these intermediaries (whether civil servants or others) from liability. Another such exception is subsection 32.1(1), which exempts from copyright infringement copies made to comply with federal or provincial access to information or privacy legislation. Such legislation largely concerns emanations of the Crown.

[61] A second group of exceptions benefits educational institutions, which section 2 of the *Act* defines as:

(a) a non-profit institution licensed or recognized by or under an Act of Parliament or the legislature of a province to provide pre-school, elementary, secondary or post-secondary education,

(b) a non-profit institution that is directed or controlled by a board of education regulated by or under an Act of the legislature of a province and that provides continuing, professional or vocational education or training,

(c) a department or agency of any order of government, or any non-profit body, that controls or supervises education or training referred to in paragraph (a) or (b), or

(d) any other non-profit institution prescribed by regulation;

[62] This definition is significant in three respects. First, paragraph (c) clearly describes some emanations of the Crown as educational institutions. Its opening words could not be more definitive: “a department or agency of any order of government”. Second, since education is a subject that falls under provincial jurisdiction, the

provinces ». Puisque la Couronne est une personne morale dont les activités sont uniquement accomplies par des intermédiaires, cette disposition n’a de sens que si ces intermédiaires (fonctionnaires ou autres personnes) ne peuvent invoquer l’immunité de la Couronne s’ils sont recherchés en responsabilité. Le paragraphe 32.1(1) établit une exception de même type; il prévoit que des copies faites dans le but de se conformer à des dispositions fédérales ou provinciales en matière d’accès à l’information ou de protection de la vie privée ne constituent pas une violation de droit d’auteur. De telles dispositions concernent principalement des émanations de la Couronne.

[61] Une deuxième catégorie d’exceptions concerne les établissements d’enseignement, lesquels sont ainsi définis à l’article 2 de la *Loi* :

a) Établissement sans but lucratif agréé aux termes des lois fédérales ou provinciales pour dispenser de l’enseignement aux niveaux préscolaire, élémentaire, secondaire ou postsecondaire, ou reconnu comme tel;

b) établissement sans but lucratif placé sous l’autorité d’un conseil scolaire régi par une loi provinciale et qui dispense des cours d’éducation ou de formation permanente, technique ou professionnelle;

c) ministère ou organisme, quel que soit l’ordre de gouvernement, ou entité sans but lucratif qui exerce une autorité sur l’enseignement et la formation visés aux alinéas a) et b);

d) tout autre établissement sans but lucratif visé par règlement.

[62] Cette définition est importante à trois égards. Premièrement l’alinéa c) inclut clairement des émanations de la Couronne dans la définition. Ses premiers mots « ministère ou organisme, quel que soit l’ordre de gouvernement » ne pourraient être plus limpides. Deuxièmement, l’éducation étant de compétence provinciale, la définition vise

definition necessarily targets the provincial order of government. Third, all but three of the provisions of the *Act* that mention educational institutions are exceptions that benefit these institutions.<sup>32</sup>

[63] Some exceptions created for the benefit of educational institutions, such as those that allow a teacher to show a television program in the classroom or to reproduce a work onto a blackboard, are difficult to “link” to any agent of the Crown. Others clearly contemplate activities by the Crown or its agents. Subsection 29.4(2) allows the reproduction or translation as required for a test or examination; copies and translations of some provincial exams are made on departmental premises. Section 30.3, which sets out when a provincial department of education is not liable for copies made by others on departmental photocopiers, is clearly of benefit to the Crown; it prevents it from being liable for the acts of others who could not shield themselves behind Crown immunity to avoid infringing copyright. The same is true of provisions that apply to libraries, archives and museums, including those that form part of an educational institution.<sup>33</sup>

[64] The final set of exceptions is found in section 30.5 and concerns Library and Archives Canada, which section 4 of the constituent statute creates as “a branch of the federal public administration” and as such, part of the Crown.<sup>34</sup>

[65] All these exceptions but two came into force in 1997.<sup>35</sup> We asked the parties whether they had, through their respective research, uncovered any legislative history as it specifically relates to the 1997 amendments. Such legislative history may have provided us with indicia of legislative intent. Parties indicated that they had found nothing in the debates before the House of Commons or that could have been of assistance to us.<sup>36</sup>

nécessairement les gouvernements provinciaux. Troisièmement, toutes les dispositions de la *Loi* mentionnant les établissements d’enseignement prévoient des exceptions en faveur de ceux-ci, sauf trois.<sup>32</sup>

[63] Certaines exceptions créées à l’intention des établissements d’enseignement, dont celles permettant à un enseignant de présenter une émission de télévision ou de reproduire une œuvre sur un tableau, sont difficiles à « lier » à un mandataire de la Couronne. D’autres visent clairement des activités accomplies par la Couronne ou ses mandataires. Le paragraphe 29.4(2) permet la reproduction ou la traduction aux fins d’un examen; des copies ou traductions d’exams provinciaux sont faites dans des locaux de ministères. L’article 30.3, établissant à quelles conditions un ministère provincial de l’éducation n’est pas tenu responsable à l’égard de copies faites par d’autres avec ses appareils, bénéficie manifestement à la Couronne, puisqu’il la protège de la responsabilité qu’elle pourrait encourir à raison de violations commises par des tiers ne pouvant se réclamer de l’immunité de la Couronne. Il en va de même des dispositions qui s’appliquent aux bibliothèques, aux services d’archives et aux musées, y compris ceux qui font partie d’un établissement d’enseignement.<sup>33</sup>

[64] La dernière catégorie d’exceptions est prévue à l’article 30.5 et concerne Bibliothèque et Archives Canada qui, aux termes de l’article 4 de sa loi constituante, forme « un secteur de l’administration publique fédérale » et, à ce titre, est une émanation de la Couronne.<sup>34</sup>

[65] Toutes ces exceptions sauf deux sont entrées en vigueur en 1997.<sup>35</sup> Nous avons demandé aux parties si leur recherche respective leur avait permis de découvrir des éléments historiques se rapportant aux modifications apportées en 1997. Un tel historique législatif aurait pu nous donner des indices utiles sur l’intention du législateur. Les parties ont indiqué qu’elles n’avaient rien trouvé dans les débats devant la Chambre des communes qui aurait pu nous éclairer.<sup>36</sup>

[66] Our analysis is therefore based on a contextual and contemporaneous reading of the *Act*. In 1987, Parliament introduced an exception targeting specifically one emanation of the federal Crown, the National Archives. Then in 1997, Parliament decided to add a large number of very specific exceptions benefiting both provincial and federal emanations of the Crown such as government departments and libraries. The number and detailed nature of these exceptions seem to indicate a purposeful, explicit intention on the part of Parliament to identify and circumscribe activities that do not infringe copyright. If the Crown benefited from an overall immunity from the *Act*, why would Parliament spend so much time and effort in crafting these exceptions?

[67] The explanation offered by the Objectors for the existence of these exceptions is perfunctory. To argue that they were added out of abundance of caution or constitute historical incidents is logically inconsistent: the time, effort and attention required are simply too vast. Resorting to *AGT v. CRTC*<sup>37</sup> does not help, because of the vastly different legislative context prevailing at that time. *AGT v. CRTC* involved a single, somewhat unclear reference to government railways<sup>38</sup> that could be explained away. One cannot “explain away” the exceptions contained in the *Act*. These are not vague references to “persons” or “government railways”. Two refer to specific emanations of the Crown: Library and Archives Canada and provincial departments of education. The exceptions are detailed and clear, both in their nature and in the limitations attached to them. They are numerous. They cannot be described as historical “slip ups”: all but two were deliberately introduced in 1997 as part of the overall copyright reform.

[68] Section 17 “does not exclude the rule by which the various provisions of a statute are each

[66] Notre analyse repose donc sur une interprétation contextuelle et contemporaine de la *Loi*. En 1987, le législateur a établi une exception visant expressément une émanation de la Couronne fédérale, les Archives nationales. Puis, en 1997, il a décidé d’ajouter plusieurs exceptions très précises visant des émanations provinciales et fédérales de la Couronne, comme des ministères et des bibliothèques gouvernementales. Le nombre et la nature détaillée de ces exceptions semblent témoigner d’une intention délibérée et explicite du législateur de définir et circonscrire les activités ne constituant pas des violations du droit d’auteur. Si la Couronne jouissait d’une immunité générale relative à la *Loi*, pourquoi le législateur aurait-il consacré autant de temps et d’efforts à formuler ces exceptions?

[67] Les opposants ont fourni, au sujet de l’existence de ces exceptions, une explication superficielle. Prétendre que leur ajout à la *Loi* procède d’un surcroît de précautions ou constitue un incident historique heurte la logique : le temps, les efforts et l’attention qu’elles ont demandés sont tout simplement trop importants. Invoquer *AGT c. CRTC*<sup>37</sup> n’est pas non plus d’un grand secours, en raison du contexte législatif profondément différent ayant présidé à cette décision. Elle portait sur une seule mention, assez imprécise, visant les chemins de fer de l’État,<sup>38</sup> dont l’absence d’effet assujettissant sur la Couronne était explicable. Une telle explication n’est pas possible à l’égard des exceptions prévues par la *Loi*. Il ne s’agit pas de vagues mentions de « personnes » ou de « chemins de fer de l’État ». Deux d’entre elles portent sur des émanations précises de la Couronne : Bibliothèque et Archives Canada et les ministères de l’éducation provinciaux. Les exceptions sont détaillées et claires, tant par leur nature que par les restrictions qu’elles comportent. Elles sont nombreuses. Elles ne peuvent être qualifiées d’« étourderie historique » : toutes sauf deux ont été introduites en 1997 dans le cadre de la réforme globale du droit d’auteur.

[68] L’article 17 « n’exclut pas la règle selon laquelle les diverses dispositions d’une loi

interpreted in light of the others, and it is possible that Her Majesty be implicitly bound by legislation if that is the interpretation which the legislation must be given when it is placed in its context.”<sup>39</sup> When analyzing the whole of the *Act* contextually, we are irresistibly drawn to the logical conclusion that the *Act* generally binds the Crown. Certain exceptions were put in place to ensure that certain activities undertaken by the Crown – both federal and provincial – did not infringe copyright.

[69] The Objectors attempted to minimize the impact of a finding of immunity in this particular tariff proceeding. These efforts only serve to comfort us in our conclusion that the *Act* binds the Crown by necessary implication. On the one hand, they say they are not seeking a ruling of blanket immunity from the *Act*; they “assert the defence of Crown immunity only in terms of their respective liability in this tariff proceeding”.<sup>40</sup> On the other hand, the Objectors also state that “[i]f the presumption of Crown immunity applies, Access Copyright’s proposed tariff for each immune jurisdiction will be without legal foundation. As such, the Board would be without statutory jurisdiction under the *Act* to either consider, or certify, such a proposed tariff in respect of these immune jurisdictions.”<sup>41</sup> In our opinion, the latter statement is a closer reflection of the implications of a successful claim of immunity. Such a claim is by its very nature a total and complete defence against the provisions of a statute.

[70] The implications of our decision are therefore greater than the Objectors contend. Crown immunity applies, if at all, to any and all tariff proceedings before the Board seeking to set royalties for the use of copyrighted works by the Crown. It applies not only to Objectors who have raised the issue, but to the federal and provincial Crowns and their agents. This would include Crown corporations that hold and use a significant amount of copyrighted material, such as the CBC, Telefilm, the National Film Board, provincial educational television stations, and scores of

s’interprètent les unes à la lumière des autres, et il est possible que Sa Majesté soit implicitement liée par un texte législatif si telle est l’interprétation que ce texte doit recevoir lorsqu’il est replacé dans son contexte ». <sup>39</sup> L’analyse de l’ensemble de la *Loi* dans son contexte mène inévitablement à la conclusion logique que la *Loi* lie la Couronne de façon générale. Des exceptions ont été prévues afin que certaines activités de la Couronne – autant fédérale que provinciale – ne constituent pas des violations du droit d’auteur.

[69] Les opposants ont tenté de minimiser l’effet qu’aurait une conclusion d’immunité en l’espèce. Cette tentative conforte notre conclusion que la Couronne est assujettie à la *Loi* par déduction nécessaire. Les opposants affirment ne pas chercher à se faire dire qu’ils sont totalement soustraits à l’application de la *Loi* : ils [TRADUCTION] « invoquent la défense d’immunité de la Couronne uniquement à l’égard de leur responsabilité respective à l’égard du tarif sous examen », <sup>40</sup> mais ils n’en soutiennent pas moins que [TRADUCTION] « si la présomption d’immunité de la Couronne s’applique, les tarifs déposés par Access Copyright à l’égard de chaque ressort exempté seront sans fondement juridique. Par conséquent, la Commission n’aurait pas compétence en vertu de la *Loi* pour examiner, ou homologuer, ces projets de tarif pour ce qui est des ressorts exemptés ». <sup>41</sup> La dernière affirmation nous semble mieux illustrer les conséquences découlant d’une décision accueillant leur revendication. De par sa nature même, ce moyen fournit une défense totale et complète contre les dispositions d’une loi.

[70] Notre décision aura donc des répercussions beaucoup plus larges que ce que prétendent les opposants. L’immunité de la Couronne, si elle joue, s’applique à toutes les instances tarifaires visant la perception de redevances pour l’utilisation par la Couronne d’œuvres protégées. Elle s’applique non seulement aux opposants qui ont soulevé la question, mais aux Couronnes fédérale et provinciales et à leurs mandataires. Cela inclurait des sociétés d’État détenant et utilisant une quantité importante d’objets de droit d’auteur protégés : SRC, Téléfilm Canada, Office

other similar provincial and federal agencies.

[71] Furthermore, Crown immunity is a jurisdictional issue. The Board is obliged to raise such issues *proprio motu*. Were the claim of Crown immunity to succeed in this case, the Board would be obliged to reject of its own motion any tariff filed in respect of any emanation of the Crown unless immunity had been waived.

[72] As a result, the impact of a finding of Crown immunity on our part would be both significant and broad. The Objectors' contention that "the system can function perfectly well amongst the private parties toward whom the Act is directed"<sup>42</sup> clearly downplays the potential consequence of a successful claim of Crown immunity in this instance.

[73] In our opinion, any application of Crown immunity would leave a significant gap in the enforcement of copyright by rights holders. While we do not believe that this gap would wholly frustrate the Act, as was the case in *Friends of the Oldman River*,<sup>43</sup> it does in our view, further support the logical implication that the Crown is bound by the Act.

[74] We find further comfort for this conclusion in the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)*.<sup>44</sup> That decision reiterated the *dictum* of Dickson J., in *Eldorado Nuclear*,<sup>45</sup> that it is difficult to see why the Crown ought to be in a different position than a subject given the active role of government in activities once considered the preserve of the private sector. It also confirms that while Crown immunity must be applied, it ought to be so in a manner that is consistent with the modern approach to the role of governments.<sup>46</sup>

[75] Modern governments create, transact, monetise and use copyrighted material, not just in

national du film, stations de télévision éducatives provinciales et plusieurs autres organismes provinciaux et fédéraux semblables.

[71] De plus, l'immunité de la Couronne est une question de compétence. La Commission est tenue de soulever de son propre chef des questions de cet ordre. Si nous faisons droit à la prétention d'immunité, la Commission devrait d'office rejeter tout tarif visant des émanations de la Couronne à moins de renonciation.

[72] La conclusion que l'immunité de la Couronne s'applique en l'espèce entraînerait donc des conséquences importantes et de large portée. L'affirmation des opposants selon laquelle [TRADUCTION] « le système peut très bien fonctionner entre les parties privées visées par la Loi »<sup>42</sup> minimise clairement les répercussions qu'aurait une décision accueillant l'argument d'immunité en l'instance.

[73] Nous estimons que toute application de l'immunité de la Couronne porterait un dur coup à la capacité de faire respecter les droits des auteurs. Sans aller jusqu'à priver la Loi de toute efficacité, comme c'était le cas dans l'affaire *Friends of the Oldman River*,<sup>43</sup> la faille fournit un appui supplémentaire à la déduction logique que la Couronne est liée par la Loi.

[74] L'arrêt récent de la Cour suprême du Canada, *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*,<sup>44</sup> renforce aussi notre conclusion à cet égard. La Cour y réitère l'opinion exprimée par le juge Dickson dans *Eldorado Nucléaire*,<sup>45</sup> selon laquelle il est difficile de comprendre pourquoi l'État devrait être traité différemment des citoyens étant donné qu'il intervient dans des activités que l'on considérait auparavant réservées au secteur privé. Il confirme également que, si l'immunité de la Couronne doit être appliquée, ce doit être d'une manière respectant la conception moderne du rôle du gouvernement.<sup>46</sup>

[75] Les gouvernements modernes créent, négocient, monétisent et utilisent des droits

relation to section 12, but significantly as a result of the general copyright granted pursuant to sections 3, 15, 18 and 21 of the *Act*. Governments hold such copyright either as of right (as first owners of the copyright), as a matter of contract (when they acquire the rights of others) and even as a result of common or statutory law (*escheat*). Governments are unable to enforce any of those rights without the benefit of the *Act*. In other terms, given the ambit of government action in the copyright market and the extent to which governments must rely on the *Act* to enforce their copyrights, the *Act* makes no sense unless it binds the Crown.

[76] Finally, we note that the Objectors do not refer to any case law which supports the proposition that Crown immunity can be applied so as to infringe another person's copyright. Access drew our attention to the contrary conclusion reached in one British decision:

In particular – and here we approach what I regard as the heart of the matter – never has the Crown claimed, nor until now has it ever been claimed in right of the Crown, that the prerogative can override private copyright. [...]

The royal prerogative does not, therefore, in my judgment, cover the right to print or to authorise others to print any material the printing of which would be a breach of copyright, and in these circumstances the plaintiffs are, in my judgment, entitled to succeed.<sup>47</sup>

[77] The extent to which this decision is valid law in Canada is open to argument, given the important differences that existed then and now between Canadian and British copyright legislation. Suffice it to say that it can only help support the conclusion we have reached without relying on this decision.

d'auteur en application non seulement de l'article 12 mais aussi, et c'est important, des règles générales établies aux articles 3, 15, 18 et 21 de la *Loi*. Les gouvernements détiennent ces droits de plein droit (premiers titulaires), par suite d'un contrat (lorsqu'ils acquièrent les droits de tiers) ou même par application de dispositions législatives ou de la common law (déshérence). Les gouvernements sont incapables d'exercer l'un quelconque de ces droits sans se prévaloir de la *Loi*. Autrement dit, compte tenu de l'étendue de l'activité gouvernementale dans le marché des droits d'auteur et de la mesure dans laquelle les gouvernements doivent recourir à la *Loi* pour faire respecter leurs droits, la *Loi* n'a de sens que si elle lie la Couronne.

[76] Enfin, nous notons que les opposants ne citent aucune jurisprudence appuyant la position selon laquelle l'immunité de la Couronne permettrait de violer le droit d'auteur d'autrui, tandis qu'Access nous a cité une décision britannique formulant la conclusion contraire :

[TRADUCTION] Plus particulièrement – et nous approchons ici de ce qui me semble être le cœur du litige – la Couronne n'a jamais prétendu, et jamais jusqu'à maintenant n'a-t-on prétendu au nom de la Couronne, que la prérogative pouvait avoir priorité sur un droit d'auteur privé. [...]

La prérogative royale ne comprend donc pas, à mon avis, le droit de publier ou d'autoriser des tiers à publier des documents dont la publication constituerait une violation du droit d'auteur, et dans ces circonstances, les demandeurs doivent, selon moi, obtenir gain de cause.<sup>47</sup>

[77] Étant donné les différences qui ont existé et qui continuent d'exister entre le droit d'auteur canadien et britannique, il n'est pas certain que cette décision fasse autorité au Canada. Nous nous limitons à dire qu'elle ne peut qu'appuyer la conclusion à laquelle nous sommes parvenus sans pour autant nous fonder sur cette décision.



### **Have the Objectors waived their immunity?**

[78] Having found that the Objectors are bound by the *Act* by necessary implication, no further analysis is required. However, in the event that we are wrong, given the importance of the legal issues involved, we consider it useful to comment on whether the Objectors have waived their immunity either in regard to the totality of the provisions contained in the *Act* or alternatively in regard to certain of its provisions.

[79] In *Sparling v. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*,<sup>48</sup> the Supreme Court of Canada held that where the Crown benefits from immunity, it can nevertheless waive its immunity regarding certain or all of the provisions of a statute by reason of its conduct under the benefit/burden exception. The rationale for this exception is easy to understand: if the Crown intends to benefit from certain provisions contained in a statute, it must also be subject to the attendant burdens that limit that benefit.

[80] The Objectors attempted to limit the application of the benefit/burden exception to section 12 of the *Act*. They recognize that section 12 does indeed provide the Crown with a benefit, i.e. the grant of Crown copyright. However, they argue that their burdens are limited to the restrictions in the *Act* that limit the scope of Crown copyright. For example, they argue that while the Crown has copyright in its publications under section 12 of the *Act*, the Crown must assume the attendant burdens that provide for exceptions to that right such as fair dealing.

[81] According to the Objectors, the Crown's right to assert copyright under section 12 does not include the attendant burden to recognize the copyright of others. Indeed, infringing the copyright of others has no bearing whatsoever on one's own assertion of copyright. We disagree.

### **Les opposants ont-ils renoncé à l'immunité?**

[78] Vu notre conclusion que les opposants sont assujettis à la *Loi* par déduction nécessaire, il n'y a pas lieu de poursuivre l'analyse. Pour le cas où nous serions dans l'erreur, nous jugeons toutefois utile, compte tenu de l'importance des questions juridiques en cause, de nous demander si les opposants ont renoncé à leur immunité soit à l'égard de la *Loi* dans son ensemble, soit à l'égard de certaines de ses dispositions.

[79] Dans *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*,<sup>48</sup> la Cour suprême du Canada a statué qu'en application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations, il peut arriver que la conduite de la Couronne équivaille à une renonciation à l'immunité dont elle jouit à l'égard de la totalité ou d'une partie des dispositions d'une loi. La raison d'être de cette exception se comprend aisément : si la Couronne veut se prévaloir de dispositions d'une loi, les obligations afférentes à cet avantage lui sont également applicables.

[80] Les opposants ont tenté de restreindre l'application de cette exception au seul article 12 de la *Loi*. Ils ont reconnu que cet article confère un avantage à la Couronne : la reconnaissance de son droit d'auteur. Toutefois, ils font valoir que les obligations y afférentes se limitent aux restrictions prévues par la *Loi* à la portée du droit d'auteur de la Couronne. Ils soutiennent par exemple que le droit d'auteur dont la Couronne jouit sur ses publications en vertu de l'article 12 de la *Loi* s'accompagne de l'obligation de se conformer aux dispositions prévoyant des exceptions à ce droit, comme l'utilisation équitable.

[81] Les opposants soutiennent que le droit de la Couronne de se prévaloir du droit d'auteur qu'elle tient de l'article 12 ne comprend pas l'obligation afférente de reconnaître le droit d'auteur d'autrui, faisant valoir à cet égard que la violation d'un droit d'auteur par une personne n'a pas d'effet sur sa propre revendication de droit d'auteur. Nous ne sommes pas de cet avis.

[82] First, the Objectors view the issue too narrowly and do not apply the benefits/burden exception to Crown immunity correctly. It is incorrect to limit the benefit conferred on the Crown to copyright granted pursuant to section 12. The benefits that the Crown enjoys under the *Act* go far beyond those copyrights granted to the Crown pursuant to section 12. The Crown has rights pursuant to sections 3, 15, 18 and 21 and it exercises those rights through a number of related provisions.

[83] In *Sparling*, the Supreme Court of Canada examined whether the Crown subjected itself to a statute in its entirety, by taking advantage of one provision of that statute. In this respect, the Court stated:

A question which immediately comes to mind is whether by taking advantage of one right conferred by the Act (e.g., voting the shares) the Crown would subject itself to all or only some of the other provisions of the Act. If only some, it is difficult to conceive how it could be determined which provisions would apply – indeed it is hard to see how most provisions, including those relating to insider reports, would ever apply to the Crown. If, on the other hand, all of the Act would apply upon the Crown taking affirmative advantage of one provision, then it is difficult to see why this result should not follow from the purchase of the shares alone. Upon purchasing the shares certain rights, e.g., the right to vote the shares and the right to receive dividends, accrue immediately to the purchaser. As will be discussed, the aggregate of these rights and their attendant obligations are indeed definitive of the notion of a share. With respect, I cannot see why some affirmative act with regard to one right acquired by the purchaser of a share changes the situation in any relevant way.<sup>49</sup> [our emphasis]

[82] Premièrement, les opposants ont une vision trop étroite de la question et ils appliquent mal l'exception fondée sur les avantages et les obligations. Ils limitent indûment l'avantage dont jouit la Couronne aux droits que lui confère l'article 12. Les avantages que la *Loi* confère à la Couronne vont beaucoup plus loin que le droit d'auteur qui lui est accordé à l'article 12. La Couronne a des droits en vertu des articles 3, 15, 18 et 21, et elle les exerce en vertu de dispositions connexes.

[83] Dans *Sparling*, la Cour suprême du Canada a examiné si la Couronne s'assujettissait à l'ensemble d'une loi en se prévalant d'un avantage conféré par l'une de ses dispositions. À cet égard, la Cour a affirmé ce qui suit :

La question qui vient immédiatement à l'esprit est de savoir si en se prévalant d'un droit conféré par la Loi (par exemple le droit de vote attaché aux actions) la Couronne s'assujettirait à toutes les autres dispositions de la Loi ou seulement à quelques-unes d'entre elles. Dans la seconde hypothèse, il est difficile de concevoir de quelle façon on déterminerait les dispositions applicables; de fait, il est difficile de voir comment la plupart des dispositions, y compris celles qui ont trait aux rapports d'initiés, s'appliqueraient jamais à la Couronne. Si, d'autre part, toutes les dispositions de la Loi s'appliquaient à la Couronne lorsqu'elle se prévaut effectivement d'un avantage conféré par une disposition, il est alors difficile de comprendre pourquoi cette conséquence ne découlerait pas du seul achat des actions. En effet, l'achat des actions confère immédiatement à l'acheteur certains droits, par exemple le droit de voter et celui de recevoir des dividendes. Comme on le verra, l'ensemble de ces droits et des obligations qui les accompagnent s'attache à la notion même d'une action. Je ne puis voir comment l'exercice d'un certain droit attaché à une action acquise par un acheteur change la situation de façon pertinente.<sup>49</sup> [Non souligné dans l'original]

[84] Both notions of “share” and “copyright” comprise an aggregation of rights and attendant obligations. The *Act* confers copyright to rights holders. It enables them to control the use of copyrighted material. It generally requires that users who wish to use copyrighted material secure the necessary authorization. On the other hand, the *Act* limits the monopoly of rights holders in such respects as duration, extent (the taking must be substantial) and purpose (certain uses are allowed without authorization). The granting of copyright and the restrictions thereto are two sides of the same coin. They cannot be disassociated in the manner contemplated by the Objectors. Therefore, the benefits/burden analysis must start with sections 3, 15, 18 and 21, not with section 12.

[85] When viewed from this perspective, the Objectors’ conduct speaks volumes. For years, they have applied comprehensive written policies to ensure that the Crown and its agents respect copyright. For years, they have sought out, sought authorization and compensated other rights holders for the use of their works. By such actions, on such a scale, the Objectors have waived their immunity and have chosen to bring themselves within the purview of the entire *Act*. That includes the attendant burden of compliance.

[86] The Objectors, relying on *AGT v. CRTC*, argue that waiver only occurs where the Crown “takes the benefit of a statute divorced from its enumerated restrictions.”<sup>50</sup> In our opinion, this decision does not assist the Objectors, but rather supports the conclusion that they have waived their immunity. The Objectors routinely benefit from the *Act* as rights holders; they routinely present themselves as copyright friendly and behave accordingly. They no longer can claim that they are not required to obtain the necessary authorization from other rights holders. It may be possible for the Objectors to re-claim their immunity, in so far as it exists, through a significant change in their behaviour. Whether this can be done and if so, how, is for others to debate.

[84] Les notions d’« action » et de « droit d’auteur » renvoient toutes deux à un ensemble de droits et d’obligations qui les accompagnent. La *Loi* confère des droits aux auteurs. Elle permet aux titulaires de contrôler l’utilisation de l’objet de ces droits. Elle oblige généralement ceux qui veulent utiliser ce qui est protégé à obtenir l’autorisation requise. Par ailleurs, la *Loi* impose au monopole des titulaires de droits des limites quant à la durée, l’étendue (l’emprunt doit être substantiel) et l’objet (certaines utilisations sans autorisation sont permises). L’octroi d’un droit d’auteur et les restrictions afférentes sont les deux côtés d’une même médaille. On ne peut les dissocier comme le voudraient les opposants. L’analyse relative aux avantages et aux obligations doit donc partir des articles 3, 15, 18 et 21, non de l’article 12.

[85] Dans cette perspective, la conduite des opposants est très éloquente. Depuis des lustres, ils ont appliqué des politiques écrites exhaustives visant à assurer le respect du droit d’auteur par la Couronne et ses mandataires. Depuis des lustres, ils ont fait en sorte d’identifier les titulaires de droits des œuvres qu’ils souhaitaient utiliser, d’obtenir leur autorisation et de leur verser une indemnité. En agissant ainsi à cette échelle, ils ont renoncé à leur immunité et ont opté pour l’assujettissement à l’ensemble de la *Loi*, notamment l’obligation afférente d’en respecter les dispositions.

[86] Se fondant sur *AGT c. CRTC*, les opposants soutiennent que la renonciation ne se produit que lorsque la Couronne « bénéficie des avantages d’une loi indépendamment des restrictions qui y sont énumérées ». <sup>50</sup> À notre avis, cette décision, loin de les aider, appuie la conclusion qu’ils ont renoncé à leur immunité. Les opposants tirent fréquemment bénéfice de la *Loi* à titre de titulaires de droits. Ils se présentent souvent comme respectueux du droit d’auteur et adoptent un comportement conséquent. Ils ne peuvent plus prétendre pouvoir se passer de l’autorisation d’autres titulaires. Sans doute les opposants pourraient-ils récupérer leur immunité, si tant est qu’elle existe, en modifiant substantiellement leur façon de faire. Il appartiendra à d’autres de

Were we required to do so, we would find that all the Objectors, through their current and recent conduct, have waived their immunity in respect of all other copyright holders, including Access, at least in respect of the period for which the Board will certify the tariff in this instance.

[87] For all of the above reasons, we find that the principle of Crown immunity does not apply by necessary implication, and that even if it did, the Objectors have waived Crown immunity and the *Act* therefore applies to them.

[88] Access also presented certain arguments to the effect that Nunavut has no standing to assert Crown immunity in its own right. In light of the conclusions we have reached, it is not necessary to deal with this issue.

[89] We wish to thank counsel for their excellent memoranda and oral presentations.

déterminer si cela est possible et, le cas échéant, de quelle façon. Si nous étions appelés à nous prononcer, nous concluons que les opposants, par leur conduite actuelle et récente, ont renoncé à leur immunité à l'égard d'Access et de tout autre titulaire de droits, à tout le moins pour la période pour laquelle la Commission homologuera le tarif en l'espèce.

[87] Pour tous les motifs qui précèdent, nous estimons que le principe de l'immunité de la Couronne est inapplicable, par déduction nécessaire, et que même s'il s'appliquait, les opposants ont renoncé à l'immunité et sont donc assujettis à la *Loi*.

[88] Access a aussi présenté certains arguments voulant que le Nunavut n'ait pas qualité pour invoquer l'immunité de son propre chef. Étant donné les conclusions auxquelles nous sommes parvenus, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question.

[89] Nous remercions les avocats pour la qualité de leurs mémoires et de leurs plaidoiries.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall  
Secretary General

**ENDNOTES**

1. R.S.C. 1985, c. I-21.
2. R.S.C. 1985, c. C-42.
3. [1989] 2 S.C.R. 225 at 284. [*AGT v. CRTC*]
4. *Ibid.* at 284.
5. R.S.C. 1970, c. R-2., now the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38.
6. *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39.
7. *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101.
8. *Compo Co. Ltd. v. Blue Crest Music et al.* [1980] 1 S.C.R. 357 at 372.
9. *Supra* note 7.
10. [1983] 2 S.C.R. 551 at 558. [*Eldorado Nuclear*]
11. 1992 CarswellOnt 57 at para 39. (Prov. Ct.)
12. *Supra* note 10 at 558.
13. *Supra* note 3 at 281.
14. *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay* [1947] A.C. 58 at 61 (*per* Lord du Parcq).
15. [1980] 1 SCR 568 at 575.
16. *Supra* note 3 at 279.
17. [1992] 1 S.C.R. 3.
18. *Ibid.* at 53.

**NOTES**

1. L.R.C. 1985, ch. I-21.
2. L.R.C. 1985, ch. C-42.
3. [1989] 2 R.C.S. 225 à la p. 284. [*AGT c. CRTC*]
4. *Ibid.* à la p. 284.
5. L.R.C. 1970, ch. R-2., les dispositions sont à présent dans la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38.
6. *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39.
7. *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101.
8. *Compo Co. Ltd. c. Blue Crest Music et al.* [1980] 1 R.C.S. 357 à la p. 372.
9. *Supra* note 7.
10. [1983] 2 R.C.S. 551 à la p. 558. [*Eldorado Nucléaire*]
11. 1992 CarswellOnt 57 au para. 39. (Cour Prov.)
12. *Supra* note 10 à la p. 558.
13. *Supra* note 3 à la p. 281.
14. *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 à la p. 61 (lord du Parcq).
15. [1980] 1 R.C.S. 568 à la p. 575.
16. *Supra* note à la p. 279.
17. [1992] 1 R.C.S. 3.
18. *Ibid.* à la p. 53.

- |   |  |
|---|--|
| 19. 2004 F.C. 178. [ <i>Eros-Équipe</i> ]   | 19. 2004 C.F. 178. [ <i>Eros-Équipe</i> ]  |
| 20. <i>Ibid.</i> at para. 60.   | 20. <i>Ibid.</i> au para. 60.  |
| 21. Consumer and Corporate Affairs Canada (April 1977). [“ <i>Keyes-Brunet</i> ”]   | 21. Consommation et Corporations Canada (avril 1977). [« <i>Keyes-Brunet</i> »]  |
| 22. Consumer and Corporate Affairs Canada & Department of Communications (1984). [“ <i>Gutenberg</i> ”]   | 22. Consommation et Corporations Canada & Ministère des Communications (1984). [« <i>Gutenberg</i> »]  |
| 23. House of Commons, Issue no. 27, First Session of the Thirty-third Parliament, 1984-85 (1985). [the “Sub-Committee Report”]  | 23. Chambre des communes, n <sup>o</sup> 27, première session de la trente-troisième législature, 1984-1985 (1985). (le « rapport du sous-comité »)  |
| 24. February, 1986.   | 24. Février 1986.  |
| 25. <i>Supra</i> note 21 at 223.  | 25. <i>Supra</i> note 21 à la p. 246.  |
| 26. <i>Supra</i> note 22 at 75-76.  | 26. <i>Supra</i> note 22 à la p. 71.   |
| 27. <i>Ibid.</i> at 76.   | 27. <i>Ibid.</i> à la p. 72.   |
| 28. [1983] 2 S.C.R. 493 at 499.   | 28. [1983] 2 R.C.S. 493 à la p. 499.   |
| 29. A term shorter than “normal” copyright.   | 29. Une durée moins longue que le droit d’auteur « normal ».   |
| 30. <i>Supra</i> note 19 at para. 59.   | 30. <i>Supra</i> note 19 au para. 59.  |
| 31. <i>Supra</i> note 3 at 282.   | 31. <i>Supra</i> note 3 à la p. 282.   |
| 32. One provision is the definition of “premises”. The other two are procedural in nature: they specify how educational institutions are to proceed in opposing tariffs that must be set as a result of the exceptions that benefit them: <i>Act, supra</i> note 2, ss. 72(1), 73(1). | 32. Une disposition est la définition de « local ». Les deux autres sont de nature procédurale : elles indiquent comment l’établissement d’enseignement peut contester des tarifs à établir par suite des exceptions dont il jouit : <i>Loi, supra</i> note 2, aa. 72(1), 73(1). |
| 33. <i>Act, supra</i> note 2, ss. 29.4(2) and 30.3.   | 33. <i>Loi, supra</i> note 2, para. 29.4(2) et art. 30.3.  |
| 34. Section 4 of the <i>Library and Archives Canada Act</i> states “There is hereby established a branch of the federal public administration to be known as the Library and Archives of Canada presided over by the  | 34. L’article 4 de la <i>Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada</i> énonce : « Est constitué un secteur de l’administration publique fédérale appelé Bibliothèque et Archives du Canada placé sous l’autorité du  |

- Minister and under the direction of the Librarian and Archivist.” The same is true of the provision as it existed before 2004, when the Library and Archives were merged.
35. Paragraph 45(1)(a) has always been in the *Act*. Section 30.5 dates from 1987: S.C. 1987, c. 1, s. 13.
36. Transcripts at 173-4.
37. *Supra* note 3.
38. *Railway Act*, *supra* note 5, ss. 5, 320.
39. *R. v. Ouellette*, *supra* note 15 at 575.
40. Consortium Members’ Reply Argument, 14 September 2011 at para. 4.
41. Consortium Members’ Legal Argument, 15 June 2011 at para. 95.
42. Consortium Members’ Reply Argument, 14 September 2011 at para. 76.
43. *Supra* note 17.
44. 2011 SCC 60.
45. *Supra* note 10.
46. *Supra* note 44 at para. 12.
47. *Universities of Oxford and Cambridge v. Eyre & Spottiswoode Ltd*, [1963] 3 All E.R. 289; [1964] Ch. 736 at 750, 752.
48. [1988] 2 S.C.R. 1015. [*Sparling*]
49. *Ibid.* at 1024.
50. *Supra* note 3 at 289.
- ministre et dirigé par son administrateur général ». La disposition qui existait avant le regroupement de la Bibliothèque et des Archives, en 2004, était au même effet.
35. L’alinéa 45(1)a) a toujours figuré dans la *Loi*. L’article 30.5 date de 1987 : L.C. 1987, ch. 1, art. 13.
36. Transcriptions aux pp. 173-174.
37. *Supra* note 3.
38. *Lois sur les chemins de fer*, *supra* note 5, art. 5, 320.
39. *R. c. Ouellette*, *supra* note 15 à la p. 575.
40. Réplique des membres du consortium, 14 septembre 2011 au para. 4.
41. Argumentation des membres du consortium, 15 juin 2011 au para. 95.
42. Réplique des membres du consortium, 14 septembre 2011 au para. 76.
43. *Supra* note 17.
44. 2011 CSC 60.
45. *Supra* note 10.
46. *Supra* note 44 au para. 12.
47. *Universities of Oxford and Cambridge c. Eyre & Spottiswoode Ltd*, [1963] 3 All E.R. 289; [1964] Ch. 736 aux pp. 750, 752.
48. [1988] 2 R.C.S. 1015. [*Sparling*]
49. *Ibid.* à la p. 1024.
50. *Supra* note 3 à la p. 289.