

**Entertainment Software Association and  
Entertainment Software Association of  
Canada** *Appellants*

v.

**Society of Composers, Authors and Music  
Publishers of Canada** *Respondent*

and

**CMRRA-SODRAC Inc., Samuelson-  
Glushko Canadian Internet Policy and Public  
Interest Clinic and Cineplex Entertainment  
LP** *Interveniers*

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

**2012 SCC 34**

File No.: 33921.

2011: December 6; 2012: July 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and  
Karakatsanis JJ.

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

*Intellectual property — Copyright — Right to communicate a work to the public by telecommunication — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music contained in video games sold for download on Internet — Whether transmission of musical works contained in a video game through an Internet download is a communication to the public — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).*

The appellants ESA represent a coalition of video game publishers and distributors who enable customers to download copies of video games from the Internet. These copies are identical to copies purchased in stores or shipped to customers by mail. The video games contain copyrighted musical works. The royalties for the reproduction of those musical works are negotiated before the games are sold to the public. The respondent

**Entertainment Software Association et  
Association canadienne du logiciel de  
divertissement** *Appelantes*

c.

**Société canadienne des auteurs, compositeurs  
et éditeurs de musique** *Intimée*

et

**CMRRA-SODRAC Inc., Clinique d'intérêt  
public et de politique d'internet du  
Canada Samuelson-Glushko et Cineplex  
Divertissement LP** *Intervenantes*

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

**2012 CSC 34**

N° du greffe : 33921.

2011 : 6 décembre; 2012 : 12 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell,  
Moldaver et Karakatsanis.

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

*Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communication d'une œuvre musicale protégée contenue dans un jeu vidéo vendu par téléchargement Internet — La transmission d'une œuvre musicale contenue dans un jeu vidéo par téléchargement Internet constitue-t-elle une communication au public? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)(f).*

Les appelantes, ESA, représentent une coalition d'éditeurs et de distributeurs de jeux vidéo qui permettent à leurs clients de télécharger des jeux vidéo sur Internet. La copie téléchargée est identique à l'exemplaire acheté en magasin ou expédié par la poste. Les jeux vidéo renferment des œuvres musicales protégées par le droit d'auteur. Les redevances de reproduction de l'œuvre musicale sont négociées avant la vente au public

SOCAN, which administers the right to “communicate” musical works on behalf of copyright owners, applied to the Copyright Board for a tariff covering downloads of musical works over the Internet. The Copyright Board concluded that the download of a file containing a musical work is a communication to the public by telecommunication within the meaning of s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*, entitling SOCAN’s members to compensation in accordance with an approved tariff. On judicial review, the Federal Court of Appeal upheld the Copyright Board’s decision.

*Held* (LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.: The Copyright Board’s conclusion that the Internet delivery of a permanent copy of a video game containing musical works amounted to a “communication” under s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* should be set aside.

The Board’s conclusion that a separate, “communication” tariff applies to downloads of musical works violates the principle of technological neutrality. This principle requires that the *Act* apply equally between traditional and more technologically advanced media forms. There is no practical difference between buying a durable copy of the work in a store, receiving a copy in the mail, or downloading an identical copy using the Internet. ESA has already paid reproduction royalties to the copyright owners for the video games. Absent evidence of Parliamentary intent to the contrary, we interpret the *Act* in a way that avoids imposing an additional layer of protections and fees based solely on the method of delivery of the work to the end user. To do otherwise would effectively impose a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies. The Internet should be seen as a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user. The traditional balance in copyright between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works and obtaining a just reward for the creators of those works should be preserved in the digital environment.

The term “communicate” in s. 3(1)(f) is not defined in the *Act*, but the legislative history of the *Act* demonstrates that the right to “communicate” is historically connected to the right to perform a work and not the

du jeu qui la renferme. L’intimée, la SOCAN, qui gère le droit de « communiquer » une œuvre musicale pour le compte du titulaire du droit d’auteur, a demandé à la Commission du droit d’auteur d’homologuer un tarif applicable au téléchargement Internet d’œuvres musicales. La Commission du droit d’auteur a conclu que télécharger un fichier contenant une œuvre musicale équivaut à communiquer celle-ci au public par télécommunication pour l’application de l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* et donne droit aux membres de la SOCAN à une rémunération selon le tarif homologué. Saisie d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour d’appel fédérale a confirmé la décision de la Commission.

*Arrêt* (les juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Moldaver et Karakatsanis : La conclusion de la Commission du droit d’auteur selon laquelle livrer par Internet une copie permanente d’un jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale équivaut à « communiquer » cette œuvre pour l’application de l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* doit être annulée.

La conclusion de la Commission voulant qu’un tarif distinct s’applique au téléchargement pour la « communication » d’une œuvre musicale va à l’encontre du principe de la neutralité technologique, à savoir que la *Loi* s’applique uniformément aux supports traditionnels et aux supports plus avancés sur le plan technologique. Dans les faits, il n’y a aucune différence entre acheter un exemplaire durable de l’œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique dans Internet. ESA a déjà versé aux titulaires du droit d’auteur des redevances pour la reproduction de l’œuvre dans le jeu vidéo. Sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétons la *Loi* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d’exigibilité de redevances qui soit uniquement fondé sur le mode de livraison de l’œuvre à l’utilisateur. Toute autre interprétation imposerait en fait un coût injustifié pour l’utilisation de technologies Internet à l’efficacité accrue. Internet doit être considéré comme un taxi technologique assurant la livraison d’une copie durable de la même œuvre à l’utilisateur. L’équilibre que commande traditionnellement l’application du droit d’auteur entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur, doit être préservé dans le monde numérique.

Le verbe « communiquer » employé à l’al. 3(1)f) n’est pas défini dans la *Loi*, mais l’historique législatif confirme que le droit de « communiquer » a toujours été lié à celui d’exécuter ou de représenter une œuvre, et

right to reproduce permanent copies of the work. The 1988 amendment in the *Act* from “communicate . . . by radio communication” to “communicate . . . by telecommunication” does not demonstrate Parliament’s intent to remove all reference in s. 3(1)(f) to conventional performance or broadcasting activities, or to expand the communication right to technologies such as downloading that involve transmitting data in a way that gives end users a permanent copy of the work. Instead, the replacement of the words “radio communication” with “telecommunication” should be understood as merely expanding the *means* of communicating a work — that is, from radio waves to cable and other future technologies. By substituting the word “telecommunication” in 1988, Parliament did not intend to change the fundamental nature of the communication right, which has been concerned with performance-based activities for over 50 years.

Applying the dictionary definition of the word “communicate” has the effect of ignoring a solid line of legislative history connecting the term “communicate” to performance-based activities. The term “communicate” in s. 3(1)(f) should not be transformed by the use of the word “telecommunication” in a way that would capture activities that resemble reproduction. Such transformation would result in abandoning the traditional distinction in the *Act* between performance-based rights and rights of reproduction.

*Per* LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting): The creators of works downloaded from the Internet are entitled to both communication and reproduction rights. Copyright is a creature of statute comprised of a bundle of independent statutory rights. Although a technologically neutral copyright law is desirable, the *Act* cannot be interpreted in a manner that divests these rights of their independent content. The right of reproduction continues to apply to copies made through downloads notwithstanding that they are digital copies and the communication right continues to apply to digital communications notwithstanding that they may differ from traditional broadcasting technologies.

The general rules of statutory interpretation require that the words of the *Act* are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the *Act*, the object of the *Act*, and the intention of Parliament. The word “communicate” is not defined in the *Act*. Parliament is

non au droit de créer une copie permanente de l’œuvre. La modification apportée à la *Loi* en 1988 (substituant à l’expression « au moyen de la radiophonie » les mots « par télécommunication ») n’atteste pas l’intention du législateur de supprimer, à l’al. 3(1)f), toute mention des activités traditionnelles d’exécution ou de représentation, ou encore, de radiodiffusion, non plus que celle d’étendre la portée du droit de communication de manière à englober des technologies de transmission de données, tel le téléchargement, qui permettent à l’utilisateur de conserver une copie permanente de l’œuvre. En fait, on ne doit voir dans le remplacement de « radiophonie » par « télécommunication » que l’élargissement des *modes* de communication d’une œuvre, de sorte qu’aux ondes radio s’ajoutent la câblodistribution ainsi que les nouvelles technologies qui verront le jour. Lorsqu’il a substitué le mot « télécommunication » en 1988, le législateur n’avait pas l’intention de changer la nature fondamentale du droit de communication, lequel se rapportait depuis plus de 50 ans aux activités d’exécution ou de représentation.

L’effet du recours à la définition lexicographique du verbe « communiquer » est de faire abstraction du long historique législatif qui relie fermement ce terme aux activités d’exécution ou de représentation. Le verbe « communiquer » employé à l’al. 3(1)f) ne doit pas être transformé par la présence du mot « télécommunication » de telle sorte qu’il englobe des activités apparentées à la reproduction. Une telle mutation équivaldrait à l’abandon de la distinction traditionnelle établie dans la *Loi* entre droit d’exécution ou de représentation et droit de reproduction.

*Les* juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell (dissidents) : L’auteur d’une œuvre téléchargée sur Internet a droit à des redevances à la fois pour la communication et pour la reproduction. Le droit d’auteur tire son origine de la loi et il est constitué d’un ensemble de droits légaux distincts. Même si la neutralité technologique est souhaitable en matière de droit d’auteur, la *Loi* ne doit pas être interprétée de manière à dépouiller ces droits de leur objet distinct. Le droit de reproduction demeure applicable à l’exemplaire obtenu par téléchargement même si celui-ci est numérique, et le droit de communication s’applique toujours aux communications numériques même si elles peuvent différer des technologies de diffusion traditionnelles.

Suivant les règles générales d’interprétation législative, il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. Le mot « communiquer » n’est pas défini dans la *Loi*. Le législateur est présumé

presumed to use words in their ordinary meaning and dictionary definitions give “communicate” and “transmit” overlapping meanings. Nothing in the context in which the words are used in the *Act* indicates that “communicate” is distinct in meaning from “transmit” or is limited to transmissions of information in a humanly perceptible form for immediate perceiving and listening.

The communication right set out in s. 3(1)(f) of the *Act* is a self-standing right that is independent of the performance right set out in the introductory portion of s. 3(1). The rights listed in paragraphs 3(1)(a) to 3(1)(i) are in addition to the rights to produce or reproduce, perform or publish. Nor does the legislative history of s. 3(1)(f) confine the communication right to being only a variation of the performance right. Although there is an historic relationship between the right of public performance and the right to communicate to the public, the legislation has evolved. By adopting the word “telecommunication”, Parliament removed the historic reference to conventional broadcasting and encompassed evolving technologies. The current language of the *Act* does not support a conclusion that s. 3(1)(f) only applies to traditional broadcasting technologies.

The application of the communication right does not depend on the purpose of the communication. The fact that the Internet transmission delivers a copy of a video game, which contains a musical work, does not change the fact that there is an Internet communication requiring authorization of the copyright holder.

No policy concern arises because the reproduction right and the communication right are distinct and separate rights. The fact that there are two protected rights does not restrict the protection afforded by each right. To characterize an Internet transmission as a mere “method of delivery” of a work and limit the copyright to reproduction rights would pre-empt the application of the communication right. Inferring limits into the communication right for policy reasons is beyond the function of the courts.

### Cases Cited

By Abella and Moldaver JJ.

**Referred to:** *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467;

employer les mots dans leur sens ordinaire. Suivant les définitions lexicographiques, il y a chevauchement sémantique entre les verbes « communiquer » et « transmettre ». Aucun élément du contexte dans lequel ces termes sont employés dans la *Loi* ne permet de conclure que « communiquer » n'a pas le même sens que « transmettre » ou qu'il ne s'entend que de la transmission d'une information sous une forme perceptible par l'être humain pour écoute ou visualisation immédiates.

Le droit de communication prévu à l'al. 3(1)(f) de la *Loi* est autonome et distinct du droit d'exécution ou de représentation énoncé dans la partie introductive de l'article. Les droits énumérés aux al. 3(1)(a) à i) s'ajoutent au droit de produire ou de reproduire l'œuvre, de la représenter ou de l'exécuter ou encore, de la publier. L'historique législatif de l'al. 3(1)(f) ne ramène pas non plus le droit de communiquer à une simple variante du droit d'exécution ou de représentation. Même s'il a déjà existé un lien historique entre le droit d'exécution et de représentation en public et le droit de communication au public, la loi a évolué. La disposition emploie le terme « télécommunication » et ne fait plus mention de la diffusion traditionnelle, de sorte qu'elle peut s'appliquer aux nouvelles technologies. Le libellé actuel de la *Loi* ne permet pas de conclure que l'al. 3(1)(f) ne s'applique qu'aux technologies de diffusion traditionnelle.

Le but de la communication n'est pas déterminant aux fins de décider si le droit de communiquer s'applique ou non. Que la transmission Internet fasse parvenir un exemplaire du jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale ne change rien au fait qu'il y a communication Internet devant être autorisée par le titulaire du droit d'auteur.

Aucune considération de principe n'entre en jeu du fait que le droit de reproduction et le droit de communication sont distincts. L'existence de deux droits protégés ne restreint pas la protection conférée par chacun d'eux. Assimiler une transmission Internet à un simple « mode de livraison » de l'œuvre et limiter le droit d'auteur au droit de reproduction neutralisent l'application du droit de communiquer. Les tribunaux outrepassent leurs pouvoirs en déduisant, pour des considérations de politique générale, l'existence de limites applicables au droit de communication.

### Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Moldaver

**Arrêts mentionnés :** *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467;

*Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676; *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539; *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496; *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173.

By Rothstein J. (dissenting)

*Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *SOCAN Statement of Royalties, Internet — Other Uses of Music 1996-2006 (Tariffs 22.B-22.G)* (2008), 70 C.P.R. (4th) 81; *Bell Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2010 FCA 220, 409 N.R. 102; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, leave to appeal refused, [2008] 2 S.C.R. vi; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676; *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382; *United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 627 F.3d 64 (2010), cert. denied (U.S.S.C., October 3, 2011, No. 10-1337); *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363.

### Statutes and Regulations Cited

17 U.S.C. §§ 101, 106(4) (2000).

*Act to amend the Copyright Act*, S.C. 1993, c. 23, s. 3.

*Act to amend the Copyright Act*, S.C. 1997, c. 24, ss. 18, 45.

*Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 to 65.

*Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676; *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539; *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Ash c. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496; *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

*Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet)*, [www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf](http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Tarif de redevances, Exécution publique d'œuvres musicales (Tarif 22.B à 22.G)*, [www.cb-cda.gc.ca/decisions/2008/20081024-m-b.pdf](http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2008/20081024-m-b.pdf); *Shaw Cablesystems G.P. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2010 CAF 220 (CanLII); *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539, autorisation d'appel refusée, [2008] 2 R.C.S. vi; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676; *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382; *United States c. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 627 F.3d 64 (2010), cert. refusé (C.S.É.-U., 3 octobre 2011, n° 10-1337); *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363.

### Lois et règlements cités

17 U.S.C. §§ 101, 106(4) (2000).

*Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, ch. 24, art. 2d) « exécution », 3(1).

*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 à 65.

*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1993, ch. 23, art. 3.

*Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “telecommunication”, 2.2(1) “publication”, 2.4(1)(c), 3(1)(f), 15(1), 27(2), 29.4(2), 30.8(1), 67 to 68.2.

*Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24, ss. 2(q) “performance”, 3(1).

*Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1931, c. 8, ss. 2(3) “performance”, 3.

*Statement of Proposed Royalties to Be Collected by SOCAN for the Public Performance or the Communication to the Public by Telecommunication, in Canada, of Musical or Dramatico-Musical Works*, (2005) 139 Can. Gaz. I (Suppl.).

### Treaties and Other International Instruments

*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 828 U.N.T.S. 221, September 9, 1886; rev. in Berlin November 13, 1908, art. 11, 13, 14; rev. in Rome June 2, 1928, art. 11bis.

*Canada-U.S. Free Trade Agreement*, 1987, arts. 2005, 2006.

*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1994 No. 2.

### Authors Cited

Canada. *Canada-U.S. Free Trade Agreement*. Ottawa: External Affairs, 1987.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 1, 2nd Sess., 17th Parl., April 23, 1931, pp. 899-900.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 3, 2nd Sess., 17th Parl., June 8, 1931, p. 2399.

Craig, Carys. “Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 177.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Goldstein, Paul, and P. Bernt Hugenholtz. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2010.

Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property: The Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011.

Katz, Ariel. “Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?”, in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*. Toronto: Irwin Law, 2009, 449.

*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, ch. 24, art. 18, 45.

*Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1931, ch. 8, art. 2(3) « représentation », 3.

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « télécommunication », 2.2(1) « publication », 2.4(1)(c), 3(1)(f), 15(1), 27(2), 29.4(2), 30.8(1), 67 à 68.2.

*Projet de tarifs des redevances à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales*, (2005) 139 Gaz. Can. I (suppl.).

### Traité et autres instruments internationaux

*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, 1987, art. 2005, 2006.

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, R.T. Can. 1994 n° 2.

*Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 828 R.T.N.U. 221, 9 septembre 1886; rev. à Berlin le 13 novembre 1908, art. 11, 13, 14; rev. à Rome le 2 juin 1928, art. 11bis.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*. Ottawa : Affaires extérieures, 1987.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 1, 2<sup>e</sup> sess., 17<sup>e</sup> lég., 23 avril 1931, p. 892-893.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 3, 2<sup>e</sup> sess., 17<sup>e</sup> lég., 8 juin 1931, p. 2373-2374.

Craig, Carys. « Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32 », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto : Irwin Law, 2010, 177.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Gervais, Daniel J., et Elizabeth F. Judge, avec la collaboration de Mistral Goudreau. *Le droit de la propriété intellectuelle*. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.

Goldstein, Paul, and P. Bernt Hugenholtz. *International Copyright : Principles, Law, and Practice*, 2nd ed. New York : Oxford University Press, 2010.

Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

Katz, Ariel. « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature? », in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*. Toronto : Irwin Law, 2009, 449.

- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/ Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2012, release 1).
- Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, "communicate", "transmit".
- Moyse, Pierre-Emmanuel. *Le droit de distribution: analyse historique et comparative en droit d'auteur*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.
- Oxford English Dictionary* (online: www.oed.com), "communicate", "transmit".
- Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 6th ed., vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2007, "communicate".
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/ Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2012, release 1).
- Moyse, Pierre-Emmanuel. *Le droit de distribution: analyse historique et comparative en droit d'auteur*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.
- Petit Robert* (2012), « communiquer ».
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Trésor de la langue française* (en ligne: http://atilf.atilf.fr), « communiquer ».
- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Nadon and Pelletier JJ.A.), 2010 FCA 221, 406 N.R. 288, 323 D.L.R. (4th) 62, 86 C.P.R. (4th) 258, 14 Admin. L.R. (5th) 151, [2010] F.C.J. No. 1088 (QL), 2010 CarswellNat 3113, affirming a decision of the Copyright Board, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] C.B.D. No. 7 (QL), 2007 CarswellNat 3466. Appeal allowed, LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting.

*Barry B. Sookman and Daniel G. C. Glover*, for the appellants.

*Gilles Daigle, D. Lynne Watt, Paul Spurgeon and Henry Brown, Q.C.*, for the respondent.

Written submissions only by *Casey M. Chisick, Timothy Pinos and Jason Beitchman*, for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.

Written submissions only by *Jeremy de Beer and David Fewer*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Written submissions only by *Tim Gilbert, Sana Halwani and Sundeep Chauhan*, for the intervener Cineplex Entertainment LP.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Nadon et Pelletier), 2010 CAF 221, 406 N.R. 288, 323 D.L.R. (4th) 62, 86 C.P.R. (4th) 258, 14 Admin. L.R. (5th) 151, [2010] A.C.F. n° 1088 (QL), 2010 CarswellNat 3113, qui a confirmé une décision de la Commission du droit d'auteur, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] D.C.D.A. n° 7 (QL), 2007 CarswellNat 3467. Pourvoi accueilli, les juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell sont dissidents.

*Barry B. Sookman et Daniel G. C. Glover*, pour les appelantes.

*Gilles Daigle, D. Lynne Watt, Paul Spurgeon et Henry Brown, c.r.*, pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *Casey M. Chisick, Timothy Pinos et Jason Beitchman*, pour l'intervenante CMRRA-SODRAC Inc.

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

Argumentation écrite seulement par *Tim Gilbert, Sana Halwani et Sundeep Chauhan*, pour l'intervenante Cineplex Divertissement LP.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] ABELLA AND MOLDAVER JJ. — In the video game publishing industry, the royalties for the reproduction of any musical works which are incorporated into the games are currently negotiated before the games are packaged for public sale. Once these rights have been negotiated, the owner of the copyright in the musical work has no further rights when the game is sold. The question in this appeal is whether the rights are nonetheless revived when the work is sold over the Internet instead of in a store. In our view, it makes little sense to distinguish between the two methods of selling the same work.

[2] The Copyright Board concluded that video games containing a musical work, the royalties to which have already been negotiated with the copyright owner, were nonetheless subject to a new fee when sold over the Internet ((2007), 61 C.P.R. (4th) 353). Its decision was upheld by the Federal Court of Appeal (2010 FCA 221, 406 N.R. 288). In our respectful view, the Board's decision misconstrues the provisions at issue in the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, ignoring decades of legislative history, and violates the principle of technological neutrality, which requires that the *Act* apply equally notwithstanding the technological diversity of different forms of media.

### Analysis

[3] The provision at issue in this appeal is s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*, which states that copyright owners have the sole right

in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to *communicate* the work to the public by *telecommunication* . . . .

[4] The focus of this appeal is on the meaning of the word “communicate” in s. 3(1)(f), a term which is not defined in the *Act*. The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), which administers the right to “communicate” musical works on behalf of

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LES JUGES ABELLA ET MOLDAVER — Dans le secteur de l'édition de jeux vidéo, les redevances de reproduction pour toute œuvre musicale qui est intégrée à un jeu sont actuellement négociées avant l'emballage et la vente au public. Une fois ces droits négociés, le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale ne peut plus prétendre à des droits supplémentaires lors de la vente du jeu. La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si les droits renaissent néanmoins lorsque l'œuvre est vendue sur Internet plutôt qu'en magasin. À notre avis, il serait illogique de faire une distinction entre les deux modes de vente d'une même œuvre.

[2] La Commission du droit d'auteur conclut que la vente sur Internet d'un jeu vidéo contenant une œuvre musicale dont les redevances ont déjà été négociées avec le titulaire du droit d'auteur emporte néanmoins l'exigibilité d'une nouvelle redevance (en ligne). La Cour d'appel fédérale confirme sa décision (2010 CAF 221, 406 N.R. 288). À notre humble avis, la Commission interprète mal les dispositions en cause de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, et elle fait abstraction de décennies d'évolution législative. Sa décision va à l'encontre du principe de la neutralité technologique voulant que la *Loi* s'applique uniformément malgré la diversité technologique des supports.

### Analyse

[3] Le présent pourvoi porte sur l'application de l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui confère au titulaire du droit d'auteur le droit exclusif

de *communiquer au public, par télécommunication*, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique.

[4] Le litige porte principalement sur le sens du verbe « communiquer » employé à l'al. 3(1)f), mais non défini dans la *Loi*. Chargée de la gestion du droit de « communiquer » les œuvres pour le compte des titulaires du droit d'auteur, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et



copyright owners, applied to the Board for a tariff under this provision to cover downloads of musical works over the Internet. The Entertainment Software Association and the Entertainment Software Association of Canada (collectively, ESA), which represent a broad coalition of video game publishers and distributors, objected to the tariff, arguing that “downloading” a video game containing musical works did not amount to “communicating” that game to the public by telecommunication under s. 3(1)(f). Instead, a “download” is merely an additional, more efficient way to deliver copies of the games to customers. The downloaded copy is identical to copies purchased in stores or shipped to customers by mail, and the game publishers already pay copyright owners reproduction royalties for *all* of these copying activities.

[5] We agree with ESA. In our view, the Board’s conclusion that a separate, “communication” tariff applied to downloads of musical works violates the principle of technological neutrality, which requires that the *Copyright Act* apply equally between traditional and more technologically advanced forms of the same media: *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, at para. 49. The principle of technological neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Act*, which describes a right to produce or reproduce a work “in any material form whatever”. In our view, there is no practical difference between buying a durable copy of the work in a store, receiving a copy in the mail, or downloading an identical copy using the Internet. The Internet is simply a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user.

[6] This argument is echoed by David Vaver in his book, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), where he appears to criticize the Board’s decision in this particular case:

éditeurs de musique (la SOCAN) a demandé à la Commission, en application de cette disposition, l’homologation d’un tarif pour le téléchargement d’œuvres musicales sur Internet. Au nom d’une large coalition d’éditeurs et de distributeurs de jeux vidéo, Entertainment Software Association et l’Association canadienne du logiciel de divertissement (collectivement, ESA) se sont opposées au tarif en faisant valoir que « télécharger » un jeu vidéo contenant une œuvre musicale n’équivalait pas à « communiquer » ce jeu au public par télécommunication aux fins de l’al. 3(1)f). En fait, le « téléchargement » ne constitue qu’un mode supplémentaire et plus efficace de distribuer des exemplaires d’un jeu à la clientèle. La copie téléchargée est identique à l’exemplaire acheté en magasin ou expédié au client par la poste, et les éditeurs de jeux versent déjà aux titulaires du droit d’auteur des redevances pour *l’ensemble* de ces activités de reproduction.

[5] Nous sommes d’accord avec ESA. À notre avis, la conclusion de la Commission selon laquelle un tarif distinct s’applique au téléchargement pour la « communication » d’une œuvre musicale va à l’encontre du principe de la neutralité technologique, à savoir que la *Loi sur le droit d’auteur* s’applique uniformément aux supports traditionnels et aux supports plus avancés sur le plan technologique : *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 49. Le paragraphe 3(1) de la *Loi* adhère au principe de la neutralité technologique en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». À notre avis, il n’y a aucune différence d’ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l’œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu’un taxi technologique assurant la livraison d’une copie durable de la même œuvre à l’utilisateur.

[6] David Vaver reprend cette thèse dans son ouvrage intitulé *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2<sup>e</sup> éd. 2011). Il semble critiquer la décision de la Commission rendue dans la présente affaire :

In principle, *substitute delivery systems* should compete on their merits: either both or neither should pay. Copyright law should strive for technological neutrality.

[TRADUCTION] En principe, les *autres modes de distribution* doivent rivaliser en fonction de leurs avantages respectifs : les deux doivent payer ou aucun ne le doit. La législation sur le droit d'auteur doit tendre à la neutralité technologique.

In the past, whether a customer bought a sound recording or video game physically at a store or ordered it by mail made no difference to the copyright holder: it got nothing extra for the clerk's or courier's handover of the record to the customer. Now, because of the telecommunication right, *copyright holders can and do charge extra for electronic delivery of identical content acquired off websites*. [Emphasis added; pp. 172-73.]

Auparavant, lorsqu'un client achetait un enregistrement sonore ou un jeu vidéo en personne dans un magasin ou qu'il le commandait par la poste, le titulaire du droit d'auteur n'y voyait aucune différence : il ne touchait aucun supplément pour la remise au client de l'exemplaire par le commis ou le messenger. Aujourd'hui, en raison du droit de télécommunication, *le titulaire du droit d'auteur peut exiger et exige effectivement un supplément pour la distribution électronique d'un même contenu acquis sur le Web*. [Italiques ajoutés; p. 172-173.]

[7] ESA's argument is also consistent with this Court's caution in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, that the balance in copyright between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works and obtaining a just reward for the creator requires recognizing the "limited nature" of creators' rights:

[7] De plus, la thèse d'ESA se concilie avec la mise en garde de notre Cour dans l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, c'est-à-dire que, en matière d'application du droit d'auteur, l'équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur commande de reconnaître la « nature limitée » des droits du créateur :

The proper balance among these and other public policy objectives lies not only in recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature. In crassly economic terms *it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them*. Once an authorized copy of a work is sold to a member of the public, it is generally for the purchaser, not the author, to determine what happens to it. [Emphasis added; para. 31.]

On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. D'un point de vue grossièrement économique, *il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment*. Une fois qu'une copie autorisée d'une œuvre est vendue à un membre du public, il appartient généralement à l'acheteur, et non à l'auteur, de décider du sort de celle-ci. [Italiques ajoutés; par. 31.]

[8] The traditional balance between authors and users should be preserved in the digital environment: Carys Craig, "Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32", in Michael Geist, ed., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda* (2010), 177, at p. 192.

[8] L'équilibre traditionnel entre auteurs et utilisateurs doit être préservé dans le monde numérique : Carys Craig, « Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32 », dans Michael Geist, dir., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda* (2010), 177, p. 192.

[9] SOCAN has never been able to charge royalties for copies of video games stored on cartridges or discs, and bought in a store or shipped by mail. Yet it argues that identical copies of the games sold and delivered over the Internet are subject to *both* a fee for reproducing the work *and* a fee for communicating the work. The principle of technological neutrality requires that, absent evidence of Parliamentary intent to the contrary, we interpret the *Copyright Act* in a way that avoids imposing an additional layer of protections and fees based solely on the *method of delivery* of the work to the end user. To do otherwise would effectively impose a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies.

[10] The Board's misstep is clear from its definition of "download" as "a file containing data . . . the user is meant to keep as his own" (para. 13). The Board recognized that downloading is a *copying* exercise that creates an exact, durable copy of the digital file on the user's computer, identical to copies purchased in stores or through the mail. Nevertheless, it concluded that delivering a copy through the Internet was subject to two fees — one for reproduction and one for communication — while delivering a copy through stores or mail was subject only to reproduction fees. In coming to this conclusion, the Board ignored the principle of technological neutrality.

[11] Justice Rothstein argues (at para. 126) that the Board can avoid such "double-dipping" by copyright owners by adjusting the two fees in a way that "divides the pie" between the collective societies administering reproduction rights, on the one hand, and communication rights, on the other. However, this seems to us to undermine Parliament's purpose in creating the collective societies in the first place, namely to efficiently manage and administer different copyrights under the *Act*. This inefficiency harms both end users and copyright owners:

[9] La SOCAN n'a jamais pu percevoir de redevances pour la copie d'un jeu vidéo sur cartouche ou sur disque achetée en magasin ou obtenue par la poste. Or, elle soutient que la copie identique d'un jeu vendu et distribué sur Internet donne droit à une redevance *à la fois* pour la reproduction de l'œuvre *et* pour sa communication. Le principe de la neutralité technologique veut que, sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétions la *Loi sur le droit d'auteur* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance qui soit uniquement fondé sur le *mode de livraison* de l'œuvre à l'utilisateur. Toute autre interprétation imposerait en fait un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces.

[10] L'impair de la Commission ressort de sa définition du « téléchargement » : « fichier contenant des données [. . .] que l'utilisateur peut conserver » (par. 13). La Commission reconnaît que le téléchargement est une activité de *reproduction* qui crée une copie exacte et durable du fichier numérique dans l'ordinateur de l'utilisateur, identique à l'exemplaire acheté en magasin ou par la poste. Néanmoins, elle conclut que la distribution d'une copie sur Internet emporte l'exigibilité de deux redevances — une pour la reproduction et une pour la communication —, tandis que la distribution d'un exemplaire en magasin ou par la poste emporte le paiement d'une redevance seulement pour la reproduction. Elle arrive à cette conclusion en méconnaissant le principe de la neutralité technologique.

[11] Le juge Rothstein soutient (au par. 126) que la Commission du droit d'auteur peut éviter cette « double rémunération » du titulaire du droit d'auteur en rajustant les deux redevances de manière à répartir les « parts du gâteau » entre, d'un côté, les sociétés qui gèrent les droits de reproduction et, de l'autre, celles qui gèrent les droits de communication. Cependant, cette avenue paraît contraire à l'intention qui a présidé à la création des sociétés de gestion collective à l'origine, le législateur ayant recherché une gestion et une administration efficaces des différents droits d'auteur en application de la *Loi*. L'inefficacité de cette solution est préjudiciable à la fois aux utilisateurs et aux titulaires du droit d'auteur :

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

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

(Ariel Katz, “Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?”, in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, at pp. 461-63)

[12] In our view, the Board improperly concluded that the Internet delivery of copies of video games containing musical works amounts to “communicating” the works to the public. This view is evidenced by the legislative history of the *Copyright Act*, which demonstrates that the right to “communicate” is historically connected to the right to perform a work and not the right to reproduce permanent copies of the work.

[13] As this Court held in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at pp. 473-74, the 1921 Canadian *Copyright Act* was based on, and designed to implement, the following provisions of the 1886 *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, as revised in the 1908 Berlin Revision:

Article 11

The stipulations of the present Convention shall apply to the *public representation* of dramatic or dramatico-musical works and to the *public performance* of musical works, whether such works be published or not.

Article 13

The authors of musical works shall have the exclusive right of authorizing (1) the adaptation of those

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

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

(Ariel Katz, « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature? », dans Marcel Boyer, Michael Trebilcock et David Vaver, dir., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, p. 461-463)

[12] À notre avis, la Commission conclut à tort que distribuer sur Internet une copie d'un jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale équivaut à « communiquer » cette œuvre au public. L'historique de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont il ressort que le droit de « communiquer » a toujours été lié à celui d'exécuter ou de représenter une œuvre, et non au droit de créer une copie permanente de l'œuvre, le confirme.

[13] Comme notre Cour l'a rappelé dans l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 473-474, la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur* a été conçue pour appliquer les dispositions suivantes de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* de 1886, révisée à Berlin en 1908 :

Article 11

Les stipulations de la présente Convention s'appliquent à la *représentation publique* des œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, et à l'*exécution publique* des œuvres musicales, que ces œuvres soient publiées ou non.

Article 13

Les auteurs d'œuvres musicales ont le droit exclusif d'autoriser : (1) l'adaptation de ces œuvres à des

works to instruments which can *reproduce* them mechanically; (2) the *public performance* of the said works by means of these instruments.

. . .

#### Article 14

Authors of literary, scientific or artistic works shall have *the exclusive right of authorizing the reproduction* and public representation of their works by cinematography.

[14] These articles were reflected in the introductory paragraph to s. 3(1) of the *Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24, which granted

the sole right to *produce or reproduce* the work or any substantial part thereof in any material form whatsoever, *to perform*, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public; if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof; . . .

[15] In the *1921 Act*, “performance” was defined in s. 2(*q*) as

any acoustic representation of a work and any visual representation of any dramatic action in a work, including such a representation made by means of any mechanical instrument;

[16] The right to perform historically presupposed a live audience that would be present at the site where the performance took place. With the advent of radio broadcasting, however, a debate emerged about how this new technology should be treated under copyright law, reminiscent of the current debate over Internet technologies. The international consensus was that radio broadcasting should be treated as an extension of the existing performance right, in order to cover distant audiences: Paul Goldstein and P. Bernt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (2nd ed. 2010), at §9.1.4.3; Pierre-Emmanuel Moysse, *Le droit de distribution: analyse historique et comparative en droit d’auteur* (2007), at pp. 309-10. The Rome Revision (1928) of the Berne Convention therefore extended the Article 11 performance right. The new Article 11*bis* conferred on authors

instruments servant à les *reproduire* mécaniquement; (2) *l’exécution publique* des mêmes œuvres au moyen de ces instruments.

. . .

#### Article 14

Les auteurs d’œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques ont *le droit exclusif d’autoriser la reproduction* et la représentation publique de leurs œuvres par la cinématographie.

[14] La teneur de ces articles a été reprise dans le texte introductif du par. 3(1) de la *Loi de 1921 concernant le droit d’auteur*, S.C. 1921, ch. 24, lequel accordait

le droit exclusif *de produire ou de reproduire* une œuvre sous une forme matérielle quelconque, *d’exécuter ou de représenter* ou, s’il s’agit d’une conférence, de débiter en public, et si l’œuvre n’est pas publiée, de publier l’œuvre ou une partie importante de celle-ci; . . .

[15] Dans la *Loi de 1921*, l’al. 2*d*) définissait comme suit l’« exécution » ou la « représentation » (en anglais, « *performance* ») :

. . . toute reproduction sonore d’une œuvre, ainsi que toute représentation visuelle d’une action dramatique, contenue dans une œuvre, y compris la représentation effectuée à l’aide d’un instrument mécanique;

[16] À l’époque, le droit d’exécution ou de représentation supposait la présence d’un auditoire sur place. Cependant, avec l’avènement de la radiodiffusion, un débat s’est engagé sur l’application du droit d’auteur à cette nouvelle technologie, un débat qui s’apparentait à celui que suscitent actuellement les technologies Internet. Suivant le consensus international, la radiodiffusion devait être considérée comme un prolongement de l’exécution ou de la représentation de manière à englober l’auditoire éloigné : Paul Goldstein et P. Bernt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law and Practice* (2<sup>e</sup> éd. 2010), §9.1.4.3; Pierre-Emmanuel Moysse, *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d’auteur* (2007), p. 309-310. La *Convention de Berne* a donc été révisée à Rome en 1928 pour élargir le droit d’exécution prévu à l’article 11. Le nouvel article 11*bis* conférait aux

the “exclusive right of authorizing the *communication* of their works to the public by *radiocommunication*”.

[17] Canada acceded to the amended *Berne Convention* in 1928, and enacted s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* in 1931 to incorporate the new Article 11bis:

(f) In case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to *communicate* such work by *radio communication*.

(*Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1931, c. 8, s. 3)

[18] At the same time, the 1931 *Copyright Amendment Act* amended the definition of “performance” to accommodate this new concept of performances at a distance:

“performance” means any acoustic representation of a work . . . including a representation made by means of any mechanical instrument *or by radio communication*. [s. 2(3)]

[19] Like a performance, communicating a work by radio communication (i.e., a radio broadcast) under s. 3(1)(f) involved an “acoustic representation” of a work. Also like a performance, communication under s. 3(1)(f) did *not* contemplate the delivery of permanent copies of the work, since such a delivery was not possible through the means of Hertzian radio waves.

[20] This interpretation of the original s. 3(1)(f) is supported by the legislative debates. In explaining the purpose of this provision to Parliament, the Minister responsible for the amendments, C. H. Cahan, stated that s. 3(1)(f) was intended to bring the *Copyright Act* into conformity with the Rome Revision of the *Berne Convention* (*House of Commons Debates*, vol. 1, 2nd Sess., 17th Parl., April 23, 1931, at pp. 899-900), and that “radio communication” was a form of performance:

auteurs le « droit exclusif d'autoriser la *communication* de leurs œuvres au public par la *radiodiffusion* ».

[17] En 1928, le Canada a adhéré à la *Convention de Berne* ainsi révisée puis, en 1931, il a adopté l'al. 3(1)(f) de la *Loi du droit d'auteur* qui intégrait le nouvel article 11bis :

f) S'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de *transmettre* cette œuvre au moyen de la *radiophonie*.

(*Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1931, ch. 8, art. 3)

[18] Par la même occasion, la *Loi modificative du droit d'auteur* de 1931 modifiait la définition d'« exécution » ou de « représentation » (en anglais, « *performance* ») afin qu'elle englobe la notion nouvelle de communication à distance :

« représentation » ou « exécution » ou « audition » désigne toute reproduction sonore d'une œuvre [. . .] y compris la représentation à l'aide de quelque instrument mécanique *ou par transmission radiophonique*. [par. 2(3)]

[19] À l'instar des représentation, exécution ou audition, la transmission au moyen de la radiophonie (c.-à-d. une émission radiodiffusée) visée à l'al. 3(1)(f) supposait la « reproduction sonore » de l'œuvre. En outre, comme la représentation, l'exécution ou l'audition, la transmission visée à l'al. 3(1)(f) n'englobait *pas* la distribution d'une copie permanente de l'œuvre, car les ondes hertziennes ne le permettaient pas.

[20] La justesse de cette interprétation de l'al. 3(1)(f) initial est étayée par les débats en Chambre. Pour expliquer l'objet de cette disposition au Parlement, le ministre responsable des modifications, C. H. Cahan, a déclaré que l'al. 3(1)(f) visait à rendre la *Loi du droit d'auteur* conforme à la *Convention de Berne*, révisée à Rome (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 1, 2<sup>e</sup> sess., 17<sup>e</sup> lég., 23 avril 1931, p. 892-893), et que la « transmission radiophonique » constituait une forme de représentation (en anglais, « *performance* ») :

In England, *the courts have decided that radio communication comes within the meaning of the word performance*; but in order to make it clear that the author's rights include not only the right of performance by acoustic representation and so forth, but also by radio communication, we have added those words "or by radio communication" to the present definition of performances as contained in the act. . . . I am simply adding the words "or by radio communication" to make it clear that *in respect of radio communication the author has exactly the same rights as he has in relation to other performances of his work*. [Emphasis added.]

(vol. 3, June 8, 1931, at p. 2399)

[21] This was also the interpretation of the original s. 3(1)(f) by this Court in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676. The Court held that signals transmitted from CTV to its affiliates did not communicate "musical works" — at the time defined as "reduced to writing" — but instead communicated a "performance" of the works. In *obiter*, the Court went on to hold that Article 11bis of the *Rome Convention*, on which s. 3(1)(f) was based, was intended to cover public performances by radio broadcasting (pp. 680-82). Moreover, it held that "communication" is "apt to include performances in its meaning" (p. 681). As a result, the Court concluded that s. 3(1)(f) must include the exclusive right of public performance by radio broadcasting.

[22] After 1931, there were no changes to s. 3(1)(f) until 1988. In 1988, s. 3(1)(f) was amended to read as follows:

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

(*Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, s. 62)

[23] SOCAN argues that the 1988 amendment from "radio communication" to "telecommunication" demonstrates Parliament's intent to remove *all* reference in s. 3(1)(f) to conventional performance or broadcasting activities, and to expand the communication right to technologies that involve

En Angleterre *les tribunaux ont décidé que la transmission radiophonique tombe sous le coup du terme « représentation »*; mais afin d'établir clairement que les droits de l'auteur embrassent non seulement toute reproduction sonore, et le reste, mais aussi la transmission par radiophonie, nous avons ajouté à la définition du terme « représentation » dans le présent texte les mots « ou par transmission radiophonique ». [. . .] J'ajoute simplement les mots : « ou par transmission radiophonique » pour établir clairement que *l'auteur a les mêmes droits concernant la radiodiffusion que pour toute autre reproduction de son œuvre*. [Italiques ajoutés.]

(vol. 3, 8 juin 1931, p. 2373-2374)

[21] C'est également ainsi que notre Cour interprète le texte initial de l'al. 3(1)f) dans l'arrêt *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676. Elle statue alors que les signaux transmis par CTV à ses stations affiliées ne communiquent pas des [TRADUCTION] « œuvres de musique » — alors définies comme étant « manuscrite[s] » —, mais communiquent plutôt leur « exécution ». Dans une remarque incidente, notre Cour ajoute que l'article 11bis de la *Convention de Rome*, dont s'inspirait l'al. 3(1)f), vise à englober l'exécution publique par radiodiffusion (p. 680-682). De plus, elle statue que la « communication [. . .] peut s'entendre de l'exécution » (p. 681). Elle conclut donc que l'al. 3(1)f) doit englober le droit exclusif d'exécution publique par radiodiffusion.

[22] Après 1931, le texte de l'al. 3(1)f) n'a été modifié qu'en 1988 pour devenir le suivant :

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

(*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 62)

[23] La SOCAN allègue que cette modification (substituant à l'expression « au moyen de la radiophonie » le terme « par télécommunication ») atteste l'intention du législateur de supprimer, à l'al. 3(1)f), *toute* mention des activités traditionnelles d'exécution ou de représentation, ou encore,

transmitting data in a way that gives end users a permanent copy of the work.

[24] With respect, we disagree. The 1988 amendments to the *Copyright Act* found at ss. 61 to 65 of the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, were enacted in order to give effect to Articles 2005 and 2006 of the 1987 *Canada-U.S. Free Trade Agreement (CUFTA)*: see *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539 (*CWTA v. SOCAN*), at para. 27. Before *CUFTA*, Canadian courts had held that “radio communication” under the former s. 3(1)(f) was limited to Hertzian radio waves and did *not* extend to communication by co-axial cables: *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382, at p. 410. *CUFTA*, however, required Canada to compensate copyright owners for the retransmission of television signals that were sent over cable lines. The amendments were therefore designed to ensure that cable companies, and not just radio broadcasters, would also be captured under s. 3(1)(f): John S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 21-86, 21-87 and 29-1.

[25] In this context, the replacement of the words “radio communication” with “telecommunication” should be understood as merely expanding the *means of communicating* a work — that is, from radio waves (“by radio communication”) to cable and other future technologies (“to the public by telecommunication”). In our view, by substituting the word “telecommunication” in 1988, Parliament did not intend to change the fundamental nature of the communication right, which had for over 50 years been concerned with performance-based activities. Instead, Parliament only changed the *means of transmitting* a communication. The word “communicate” itself was never altered.

de radiodiffusion, et d’étendre la portée du droit de communication de manière à englober les technologies comportant la transmission de données qui permettent à l’utilisateur de conserver une copie permanente de l’œuvre.

[24] Avec égards, nous ne sommes pas de cet avis. Les modifications de 1988 découlant des art. 61 à 65 de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada — États-Unis* visaient à donner effet aux art. 2005 et 2006 de l’*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* de 1987 : voir *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539 (*ACTSF c. SOCAN*), par. 27. Avant cet accord, les tribunaux canadiens avaient statué que, pour l’application de l’ancien al. 3(1)f), la « radiophonie » s’entendait seulement des ondes hertziennes, *pas* de la communication par câbles coaxiaux : *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l’É. 382, p. 410. L’accord obligeait toutefois le Canada à indemniser les titulaires de droit d’auteur pour la retransmission de signaux de télévision par câble. Les modifications avaient donc pour but de faire en sorte que l’al. 3(1)f) vise les câblodistributeurs, et non uniquement les radiodiffuseurs : John S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 21-86, 21-87 et 29-1.

[25] Dans ce contexte, on ne doit voir dans le remplacement de « radiophonie » par « télécommunication » que l’élargissement des *modes de communication* d’une œuvre, de sorte qu’aux ondes radio (« au moyen de la radiophonie ») s’ajoutent la câblodistribution puis les nouvelles technologies ultérieures (« au public, par télécommunication »). À notre avis, lorsqu’il a substitué le mot « télécommunication » en 1988, le législateur n’avait pas l’intention de changer la nature fondamentale du droit de communication, lequel se rapportait depuis plus de 50 ans aux activités d’exécution ou de représentation. En fait, il a seulement modifié les *modes de transmission* de la communication. Dans la version anglaise, le mot « *communicate* » n’a jamais été remplacé.



[26] Parliament's addition of the phrase "to the public" to s. 3(1)(f) also supports this interpretation of the 1988 amendments. Before 1988, there was no doubt that all communications were "to the public", as the nature of a broadcast through radio waves was necessarily public. The term "telecommunication", however, risked introducing ambiguity into the *Act*, as telecommunication could also include private communications. By adding the phrase "to the public" with the term "telecommunication" in 1988, Parliament clarified its intent to maintain the communication right as a category of performance right.

[27] Therefore, we agree with Rothstein J. (at para. 98) that there is a "historic relationship" between the performance right and the communication right in the *Copyright Act*, but we disagree with his conclusion that Parliament intended to sever this relationship based on the 1988 amendments. In our view, this historical connection between communication and performance still exists today. With respect, the Board ignored this connection when it concluded that transmitting a download of a musical work over the Internet could amount to a "communication".

[28] The Board's conclusion was based in part on its erroneous view that a "download" is indistinguishable from a "stream". Although a download and a stream are both "transmissions" in technical terms (they both use "data packet technology"), they are not both "communications" for purposes of the *Copyright Act*. This is clear from the Board's definition of a stream as "a transmission of data that allows the user to listen or view the content at the time of transmission and that is not meant to be reproduced" (para. 15). Unlike a download, the experience of a stream is much more akin to a broadcast or performance.

[26] L'ajout des mots « au public » à l'al. 3(1)f) nous conforte dans cette interprétation des modifications de 1988. Avant celles-ci, il ne faisait aucun doute que toutes les communications étaient destinées « au public » puisque la diffusion par ondes hertziennes était nécessairement de nature publique. Or, le terme « télécommunication » risquait de créer une ambiguïté dans la *Loi*, car la télécommunication pouvait également s'entendre d'une communication privée. En juxtaposant « au public » avant « télécommunication », le législateur a clairement signifié son intention que le droit de communication demeure un droit d'exécution ou de représentation.

[27] Par conséquent, nous partageons l'avis du juge Rothstein (par. 98) selon lequel il existe, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, un « lien historique » entre le droit d'exécution ou de représentation et le droit de communication, mais nous ne souscrivons pas à sa conclusion voulant que, au vu des modifications de 1988, le législateur ait voulu rompre ce lien. Selon nous, le lien historique entre communication et exécution ou représentation subsiste de nos jours. Soit dit en tout respect, la Commission fait abstraction de son existence lorsqu'elle conclut que la transmission du téléchargement d'une œuvre musicale sur Internet peut équivaloir à une « communication ».

[28] La conclusion de la Commission repose en partie sur le point de vue erroné voulant qu'on ne puisse distinguer le « téléchargement » de la « transmission en continu ». Bien que les deux constituent des « transmissions » sur le plan technique (l'un et l'autre utilisent la « technologie de transmission des données par paquets »), les deux ne sont pas des « communications » pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*. C'est ce qui ressort de la définition de transmission en continu retenue par la Commission : « une transmission de données permettant à l'utilisateur d'entendre ou de voir le contenu au moment de la transmission et qui n'est pas destinée à la reproduction » (par. 15). À la différence du téléchargement, la transmission en continu s'apparente plutôt à la radiodiffusion ou à l'exécution ou représentation.

[29] The Board also appears to have relied on Binnie J.'s observation in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN v. CAIP*), that a work has necessarily been “communicated” when, “[a]t the end of the transmission, the end user has a musical work in his or her possession that was not there before” (at para. 45), and on *CWTA v. SOCAN*, where Sharlow J.A. evoked *SOCAN v. CAIP* to hold that “[t]he word ‘communication’ connotes the passing of information from one person to another” (paras. 19-20).

[30] As noted by Justice Rothstein, however, the comments in *SOCAN v. CAIP* were *obiter*, as the meaning of “communicate” in s. 3(1)(f) was not directly in issue in that case. Neither *SOCAN v. CAIP* nor *CWTA v. SOCAN* examined the legislative history behind the term “communicate” or the connection between communication and performance.

[31] For the same reason, we cannot agree with Justice Rothstein's dependence on the dictionary definition of the word “communicate” to mean *any* transmission of data, including a download which provides the user with a durable copy of the work. Dictionaries, while often offering a useful range of definitional options, are of little assistance in identifying what a word means when it is orphaned from its context: Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 27; see also *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 67 (*per* Gonthier J.). In our view, using dictionary definitions in this case has the effect of ignoring a solid line of legislative history connecting the term “communicate” to performance-based activities.

[32] The Board's interpretation of s. 3(1)(f) also ignores the historic distinction between performance-based rights and reproduction-based rights, improperly extending the term “communicate” to

[29] La Commission semble également se fonder sur l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN c. ACFI*), où le juge Binnie fait observer que l'œuvre a nécessairement été « communiquée » lorsque, « [à] l'issue de la transmission, l'utilisateur final a en sa possession une œuvre musicale qu'il n'avait pas auparavant » (par. 45), et sur l'arrêt *ACTSF c. SOCAN*, dans lequel la juge Sharlow, invoquant l'arrêt *SOCAN c. ACFI*, affirme que la « “communication” s'entend de la transmission d'informations d'une personne à une autre » (par. 19-20).

[30] Toutefois, comme le souligne le juge Rothstein, les remarques formulées dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI* sont incidentes, car la signification du verbe « communiquer » employé à l'al. 3(1)(f) n'était pas directement en cause dans cette affaire. Ni l'arrêt *SOCAN c. ACFI* ni l'arrêt *ACTSF c. SOCAN* ne se penchent sur l'historique législatif du verbe « communiquer » ou sur le lien entre communication et exécution ou représentation.

[31] Pour la même raison, nous ne pouvons convenir avec le juge Rothstein que, suivant sa définition lexicographique, le mot « communiquer » s'entend de *toute* transmission de données, y compris le téléchargement qui permet à l'utilisateur de conserver une copie durable de l'œuvre. Bien qu'ils offrent souvent une panoplie utile de définitions possibles, les dictionnaires permettent difficilement de déterminer le sens d'un mot lorsque celui-ci se voit arraché à son contexte : Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 27; voir également *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 67 (le juge Gonthier). À notre avis, l'effet du recours aux définitions lexicographiques en l'espèce est de faire abstraction du long historique législatif qui relie fermement le terme « communiquer » aux activités d'exécution ou de représentation.

[32] Dans son interprétation de l'al. 3(1)(f), la Commission méconnaît également la distinction traditionnelle entre droit d'exécution ou de représentation et droit de reproduction en élargissant à

capture the Internet delivery of permanent copies of a work. In our view, this interpretation goes far beyond what the term “communicate” was ever intended to capture.

[33] In enacting s. 3(1), Parliament distinguished between rights of reproduction and performance:

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright” means the sole right to *produce or reproduce* the work or any substantial part thereof in any material form whatsoever, *to perform*, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof *in public* . . . .

(*Copyright Act, 1921*)

[34] This distinction between reproduction and performance in s. 3(1) has been maintained all the way through to the current version of the *Act*.

[35] Performing a work is fundamentally different than reproducing it. As this Court concluded in *Bishop v. Stevens*, a performance is impermanent in nature, and does not leave the viewer or listener with a durable copy of the work:

The right to perform (including radio broadcast), and the right to make a recording, are separately enumerated in s. 3(1). They are distinct rights in theory and in practice . . . . [T]he rights to perform and to record a work are considered sufficiently distinct that they are generally assigned separately, and administered by different entities.

. . . A performance is by its very nature fleeting, transient, impermanent. When it is over, only the memory remains. . . . Furthermore, no imitation of a performance can be a precise copy. A recording, on the other hand, is permanent. It may be copied easily, privately, and precisely. Once a work has been recorded, the recording takes on a life of its own. . . . Once the composer has made or authorized a recording of his work, he has irrevocably given up much of his control over its presentation to the public. These are the reasons why the rights to perform and to record are recognized as

tort le sens du verbe « communiquer » pour englober la distribution sur Internet d’une copie permanente de l’œuvre. Selon nous, cette interprétation va beaucoup plus loin que le législateur l’a jamais voulu en employant le terme « communiquer ».

[33] Lors de l’adoption du par. 3(1), le législateur a établi une distinction entre droit de reproduction et droit d’exécution ou de représentation :

3. (1) Pour les fins de la présente loi, le « droit d’auteur » désigne le droit exclusif *de produire ou de reproduire* une œuvre sous une forme matérielle quelconque, *d’exécuter ou de représenter* ou, s’il s’agit d’une conférence, de débiter *en public* [. . .] l’œuvre ou une partie importante de celle-ci . . . .

(*Loi de 1921 concernant le droit d’auteur*)

[34] Cette distinction a toujours subsisté jusqu’à la version actuelle du par. 3(1) de la *Loi*.

[35] L’exécution d’une œuvre diffère fondamentalement de sa reproduction. Comme le conclut notre Cour dans l’arrêt *Bishop c. Stevens*, une exécution est de nature passagère et ne laisse pas le téléspectateur ou l’auditeur en possession d’une copie durable de l’œuvre :

Le droit d’exécuter une œuvre (notamment celui de la radiodiffuser) et le droit de faire un enregistrement sont mentionnés de façon distincte au par. 3(1). Ce sont des droits distincts en théorie et en pratique [. . .] [L]e droit d’exécuter une œuvre et celui de l’enregistrer sont suffisamment distincts pour être ordinairement cédés séparément et administrés par des organismes différents.

. . . Une exécution est par sa nature même fugace, momentanée, passagère. Lorsqu’elle est terminée, il n’en reste plus que le souvenir [. . .] De plus, aucune imitation d’une exécution n’en est une reproduction parfaite. En revanche, un enregistrement est permanent. Il est facile d’en faire des reproductions exactes et privées. Dès qu’une œuvre a été enregistrée, son enregistrement acquiert une sorte d’autonomie [. . .] Après avoir enregistré son œuvre ou en avoir autorisé l’enregistrement, un compositeur a cédé de façon définitive une large part de contrôle sur la présentation de son œuvre au public.

*distinct in the Act, and why in practice a composer may wish to authorize performances but not recordings of his work.* [Emphasis added; pp. 477-79.]

[36] In *Bishop*, the alleged infringer argued that the “right to broadcast” a musical work under s. 3(1)(f) included the incidental right to make an ephemeral copy for the sole purpose of facilitating the broadcast. This Court ultimately concluded that the right to perform — including the right to communicate — could not be understood to include the right to reproduce, since performing and communicating are different in nature from making a recording.

[37] Even though *Bishop* interpreted the pre-1988 version of the *Copyright Act* (before the “telecommunication” amendment), the distinction between performance-based and reproduction-based rights established in s. 3(1) is evidenced in the provisions of the current *Act*. For example, in s. 2.2(1), the term “publication” *includes* “making copies”, but expressly *excludes* “the performance in public, or the communication to the public by telecommunication” of a work. Similarly, the educational institutions exception in s. 29.4(2) refers to the right to “reproduce” and the right to “communicate by telecommunication to the public” as distinct rights. The same is true of s. 15(1), which categorizes neighbouring rights under the *Act* into two categories: the right to “communicate” and “perform” a performance, and the right to “reproduce” a fixation of the performance.

[38] The distinction between performance and communication rights on the one hand and reproduction rights on the other is also evident in the collective administration of copyright tariffs under the *Copyright Act*. In 1993, SOCAN — a performing rights society — was put in charge of administering the communication right in s. 3(1)(f) in relation to musical works: S.C. 1993, c. 23, s. 3: see McKeown, at pp. 3-12, 27-2 and 27-3. These provisions are contained in a section of the *Act* entitled

*C’est pour cela que la Loi établit une distinction entre le droit d’exécuter une œuvre et celui de l’enregistrer et qu’un auteur peut, en pratique, vouloir autoriser l’exécution de son œuvre mais non son enregistrement.* [Italiques ajoutés; p. 477-479.]

[36] Dans cette affaire, la personne accusée de violation du droit d’auteur a fait valoir que le « droit de diffuser » une œuvre musicale suivant l’al. 3(1)f) comportait le droit accessoire d’en tirer une copie éphémère à la seule fin de faciliter la radiodiffusion. Notre Cour a finalement conclu que le droit d’exécuter une œuvre — y compris celui de la communiquer — ne pouvait être interprété de façon à englober le droit de la reproduire, puisque l’exécution ou la représentation et la communication diffèrent intrinsèquement de l’enregistrement.

[37] Bien que, dans l’arrêt *Bishop*, notre Cour interprète la version de la *Loi sur le droit d’auteur* antérieure à la modification de 1988 qui a intégré le mot « télécommunication », la distinction entre le droit d’exécution ou de représentation et celui de reproduction établie au par. 3(1) se retrouve dans les dispositions de la *Loi* actuelle. Par exemple, au par. 2.2(1), le terme « publication » *s’entend* de la « mise à la disposition [. . .] d’exemplaires », mais *exclut* expressément « la représentation ou l’exécution en public » d’une œuvre ou sa « communication au public par télécommunication ». De même, l’exception que prévoit le par. 29.4(2) au bénéfice des établissements d’enseignement tient pour distincts le droit de « reproduction » et celui de « communication par télécommunication [. . .] au public ». Il en va de même du par. 15(1), qui scinde en deux catégories les droits voisins prévus par la *Loi* : le droit de « communiquer » la prestation et de l’« exécuter », et celui d’en « reproduire » la fixation.

[38] La distinction entre, d’une part, droits d’exécution ou de représentation et de communication et, d’autre part, droit de reproduction ressort également de la gestion collective des tarifs de redevances en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur*. En 1993, la SOCAN — une société de gestion du droit d’exécution — s’est vu confier l’administration du droit de communication prévu à l’al. 3(1)f) en liaison avec les œuvres musicales : L.C. 1993, ch. 23, art. 3 : voir McKeown, p. 3-12, 27-2 et 27-3. Les

“Collective Administration of *Performing Rights and of Communication Rights*”: ss. 67 to 68.2 (S.C. 1997, c. 24, s. 45): see McKeown, at p. 26-3. Even the Copyright Board itself categorizes its decisions relating to musical works into two categories: “Public Performance of Music” and “Reproduction of Musical Works”: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/index-e.html>.

[39] Therefore, the term “communicate” in s. 3(1)(f), which has historically been linked to the right to perform, should not be transformed by the use of the word “telecommunication” in a way that would capture activities akin to reproduction. Such transformation would result in abandoning the traditional distinction in the *Act* between performance-based rights and rights of reproduction. There is no evidence either in 1988 or in subsequent amendments to the *Act* that Parliament intended such abandonment.

[40] SOCAN submits that the distinction between reproduction and performance rights in *Bishop* actually supports its view that downloading a musical work over the Internet can attract two tariffs. Since reproduction and performance-based rights are two separate, independent rights, copyright owners should be entitled to a separate fee under each right. This is based on the Court’s reliance in *Bishop*, at p. 477, on a quote from *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), at p. 1507, *per* Greene L.J.:

Under the Copyright Act, 1911 [on which the Canadian *Act* was based], . . . the rights of the owner of copyright are set out. A number of acts are specified, the sole right to do which is conferred on the owner of the copyright. The right to do each of these acts is, in my judgment, a separate statutory right, *and anyone who without the consent of the owner of the copyright does any of these acts commits a tort; if he does two of them, he commits two torts, and so on.* [Emphasis added.]

dispositions pertinentes figurent dans la partie de la *Loi* intitulée « Gestion collective du droit d’exécution et de communication » : art. 67 à 68.2 (L.C. 1997, ch. 24, art. 45) : voir McKeown, p. 26-3. Même la Commission du droit d’auteur répartit ses décisions relatives aux œuvres musicales entre deux catégories : « Exécution publique de la musique » et « Reproduction d’œuvres musicales » : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/index-f.html>.

[39] Dès lors, le verbe « communiquer » employé à l’al. 3(1)f), qui a de tout temps été lié au droit d’exécution ou de représentation, ne doit pas être transformé par la présence du mot « télécommunication » de telle sorte qu’il englobe des activités apparentées à la reproduction. Une telle mutation équivaldrait à l’abandon de la distinction traditionnelle établie dans la *Loi* entre droit d’exécution ou de représentation et droit de reproduction. Aucune disposition ayant modifié la *Loi* en 1988 ou par la suite n’atteste que le législateur a voulu un tel abandon.

[40] La SOCAN soutient que la distinction entre le droit de reproduction et le droit d’exécution ou de représentation reconnue dans l’arrêt *Bishop* étaye en fait sa thèse selon laquelle le téléchargement d’une œuvre musicale sur Internet peut emporter l’application de deux tarifs. Comme le droit de reproduction et le droit d’exécution ou de représentation sont distincts et indépendants, le titulaire du droit d’auteur devrait avoir droit à une redevance distincte pour l’exercice de chacun d’eux. Cette prétention repose sur le renvoi que fait la Cour, dans l’arrêt *Bishop*, à la p. 477, aux propos tenus par le lord juge Greene dans l’arrêt *Ash c. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), p. 1507 :

[TRADUCTION] . . . la Copyright Act, 1911 [sur laquelle la *Loi* canadienne est modelée] expose les droits du titulaire d’un droit d’auteur. Il énumère certains actes que seul le titulaire d’un droit d’auteur peut accomplir. Le droit d’accomplir chacun de ces actes est, à mon avis, un droit distinct, créé par la loi, *et quiconque accomplit l’un de ces actes sans le consentement du titulaire du droit d’auteur commet de ce fait un délit; s’il en accomplit deux, il commet deux délits et ainsi de suite.* [Italiques ajoutés.]

[41] In our view, the Court in *Bishop* merely used this quote to emphasize that the rights enumerated in s. 3(1) are distinct. *Bishop* does *not* stand for the proposition that a *single* activity (i.e., a download) can violate two separate rights at the same time. This is clear from the quote in *Ash v. Hutchinson*, which refers to “two acts”. In *Bishop*, for example, there were two activities: 1) the making of an ephemeral copy of the musical work in order to effect a broadcast, and 2) the actual broadcast of the work itself. In this case, however, there is only one activity at issue: downloading a copy of a video game containing musical works.

[42] Nor is the communication right in s. 3(1)(f) a *sui generis* right in addition to the general rights described in s. 3(1). The introductory paragraph defines what constitutes “copyright”. It states that copyright “means” the sole right to produce or reproduce a work in any material form, to perform a work in public, or to publish an unpublished work. This definition of “copyright” is exhaustive, as the term “means” confines its scope. The paragraph concludes by stating that copyright “includes” several other rights, set out in subsections (a) through (i). As a result, the rights in the introductory paragraph provide the basic structure of copyright. The enumerated rights listed in the subsequent subparagraphs are simply illustrative: Sunny Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), at p. 195; see also *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.), at p. 197. The rental rights in s. 3(1)(i) referred to by Justice Rothstein, for example, can fit comfortably into the general category of reproduction rights.

[43] In our view, therefore, the Board’s conclusion that the Internet delivery of a permanent copy of a video game containing musical works amounted to a “communication” under s. 3(1)(f) should be set aside.

[44] We would therefore allow the appeal with costs.

[41] À notre avis, dans l’arrêt *Bishop*, la Cour cite ce passage uniquement pour mettre en évidence le caractère distinct des droits énumérés au par. 3(1). Elle n’affirme *pas* qu’une *seule* activité (le téléchargement) peut porter atteinte à deux droits distincts en même temps. C’est ce qui ressort de l’extrait tiré de l’arrêt *Ash c. Hutchinson*, qui renvoie à [TRADUCTION] « deux actes ». Par exemple, dans l’affaire *Bishop*, deux activités étaient en cause : (1) la réalisation d’une copie éphémère de l’œuvre musicale en vue de sa diffusion et (2) la diffusion effective de celle-ci. Or, une seule activité fait l’objet de la présente espèce : le téléchargement de la copie d’un jeu vidéo contenant une œuvre musicale.

[42] Le droit de communication prévu à l’al. 3(1)f) n’est pas non plus un droit *sui generis* qui s’ajoute aux droits généraux énoncés au par. 3(1). La partie introductive définit ce qui constitue le « droit d’auteur ». Elle dispose que le droit d’auteur « comporte » le droit exclusif de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, d’exécuter l’œuvre ou de la représenter en public et de publier une œuvre non publiée. Il s’agit d’une définition exhaustive, car dans sa version anglaise, le terme « *means* » en circonscrit la portée. Le texte introductif précise à la fin que le droit d’auteur « comporte, en outre » plusieurs autres droits, qui sont énumérés aux al. a) à i). Partant, les droits énoncés dans la partie introductive constituent l’assise fondamentale du droit d’auteur. Ceux qui font l’objet des alinéas suivants ne sont que des exemples : Sunny Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), p. 195; voir également *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1<sup>re</sup> inst.), p. 197. Par exemple, le droit de location prévu à l’al. 3(1)i) et auquel renvoie le juge Rothstein entre aisément dans la catégorie générale des droits de reproduction.

[43] À notre avis, la conclusion de la Commission selon laquelle distribuer sur Internet une copie permanente d’un jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale équivaut à « communiquer » cette œuvre pour l’application de l’al. 3(1)f) doit donc être annulée.

[44] Par conséquent, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens.

The reasons of LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

[45] ROTHSTEIN J. (dissenting) — Under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 (the “Act”), s. 3(1)(f), a copyright holder has the sole right to “communicate [his or her] work to the public by telecommunication” and to authorize any such communication. The question in this case is whether a musical work is “communicate[d] . . . by telecommunication” when a file containing the musical work is downloaded from the Internet.

[46] When files containing copyright protected works are downloaded, copyright holders are entitled to compensation for the reproduction of their works. This appeal concerns musical works contained in video games which may be downloaded from the Internet. The appellants, the Entertainment Software Association and the Entertainment Software Association of Canada (collectively, the “ESA”), argue that works transmitted over the Internet by downloading should not give rise to further compensation under s. 3(1)(f). The respondent, Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (“SOCAN”), says that reproduction and communication are different and independent rights under the Act and that copyright holders are entitled to remuneration for the communication of their works through Internet downloading.

[47] My colleagues Abella and Moldaver JJ. part company with me on some fundamental principles of copyright law. In my view, precedents of this Court have established the principles that must govern the analysis in this appeal. Copyright is a creature of statute (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 5; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 373; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at p. 477). Copyright is comprised of a bundle of independent statutory rights (*Bishop v. Stevens*, at p. 477; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 373). Courts must give effect to these independent rights as provided by Parliament. While courts must bear in mind that

Version française des motifs des juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell rendus par

[45] LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) — Suivant l’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (la « Loi »), le titulaire du droit d’auteur a le droit exclusif de « communiquer [son œuvre] au public, par télécommunication » et d’autoriser pareille communication. La question qui se pose en l’espèce est celle de savoir si l’œuvre musicale est « communiqu[ée] [. . .] par télécommunication » lorsque le fichier qui la contient est téléchargé sur Internet.

[46] Lorsqu’un fichier contenant une œuvre protégée est téléchargé, le titulaire du droit d’auteur a le droit d’être rémunéré pour la reproduction de son œuvre. Le présent pourvoi a pour objet l’œuvre musicale que renferme le jeu vidéo téléchargeable sur Internet. Les appelantes, Entertainment Software Association et l’Association canadienne du logiciel de divertissement (collectivement « ESA »), font valoir que la transmission d’une œuvre qui résulte de son téléchargement sur Internet ne donne pas droit à une rémunération supplémentaire au titre de l’al. 3(1)f). L’intimée, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN »), soutient que, suivant la Loi, droit de reproduction et droit de communication sont distincts et que le titulaire du droit d’auteur doit être rémunéré pour la communication de son œuvre par téléchargement Internet.

[47] Mes collègues les juges Abella et Moldaver sont en désaccord avec moi en ce qui concerne certains principes fondamentaux du droit d’auteur. J’estime que notre Cour a déjà établi les principes devant présider à l’analyse qui s’impose en l’espèce. Le droit d’auteur tire son origine de la loi (*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 5; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 373; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 477) et il est constitué d’un ensemble de droits légaux distincts (*Bishop c. Stevens*, p. 477; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 373). Les tribunaux doivent appliquer ces droits distincts conformément à la volonté exprimée par

the *Copyright Act* “is . . . a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator”, which balance requires “not only . . . recognizing the creator’s rights but in giving due weight to their limited nature” (*Théberge*, at paras. 30-31), courts must still respect the language chosen by Parliament — not override it.

[48] In my respectful opinion, my colleagues’ approach sweeps away these well-established principles. They start from the proposition that once the reproduction rights in the musical work contained in a video game are negotiated, “the owner of the copyright in the musical work has no further rights when the game is sold” (Abella and Moldaver JJ., at para. 1). They support their argument by reference to the principle of technological neutrality: because the production and sale of a *hard copy* of the video game would only engage the right to reproduce the musical works it contains, the sale of a *digital copy* of the game, by transmission over the Internet, must also not trigger protected rights other than the right to reproduce. For my colleagues, the “Internet is simply a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user” (para. 5). They say that the question in this appeal is “whether the rights are nonetheless revived when the work is sold over the Internet instead of in a store” (para. 1).

[49] Generally, a technologically neutral copyright law is desirable. However, technological neutrality is not a statutory requirement capable of overriding the language of the Act and barring the application of the different protected rights provided by Parliament. My colleagues’ basic propositions pre-empt the application of other rights of the copyright holder to this set of facts and divest these rights of their independent content. There is no need to revive rights that have never been exhausted.

le législateur. Ils doivent respecter le libellé de la loi et se garder d’y passer outre même s’il leur faut se rappeler que la *Loi sur le droit d’auteur* « établ[it] un équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur », ce qui requiert « non seulement [de reconnaître] les droits du créateur, mais aussi [d’accorder] l’importance qu’il convient à la nature limitée de ces droits » (*Théberge*, par. 30-31).

[48] À mon humble avis, la position de mes collègues écarte ces principes bien établis. Ils estiment d’abord qu’une fois négociés les droits de reproduction de l’œuvre musicale contenue dans le jeu vidéo, « le titulaire du droit d’auteur sur l’œuvre musicale ne peut plus prétendre à des droits supplémentaires lors de la vente du jeu » (les juges Abella et Moldaver, par. 1). Ils invoquent à l’appui le principe de la neutralité technologique selon lequel la vente d’un *exemplaire numérique* du jeu vidéo, par transmission Internet, ne doit pas emporter l’application d’autres droits protégés que celui de reproduire, car la production et la vente d’un exemplaire du jeu sur *support traditionnel* ne met en cause que le droit de reproduire l’œuvre musicale qu’il renferme. Pour mes collègues, « Internet ne représente qu’un taxi technologique assurant la livraison d’une copie durable de la même œuvre à l’utilisateur » (par. 5). Ils affirment que la question en litige dans le pourvoi est celle de savoir « si les droits renaissent néanmoins lorsque l’œuvre est vendue sur Internet plutôt qu’en magasin » (par. 1).

[49] En règle générale, la neutralité technologique est souhaitable en matière de droit d’auteur. Il ne s’agit cependant pas d’une exigence légale susceptible de primer le texte de la Loi ou de faire obstacle à l’application des différents droits protégés par le législateur. Fondamentalement, la thèse défendue par mes collègues empêche l’application d’autres droits du titulaire du droit d’auteur dans les circonstances considérées et dépouille ces droits de leur objet distinct. Point n’est besoin de faire renaître des droits qui n’ont jamais été épuisés.



[50] In many respects, the Internet may well be described as a technological taxi; but taxis need not give free rides.

### I. Facts and Procedural History

[51] On judicial review, the Federal Court of Appeal (“FCA”) upheld the determination by the Copyright Board that the download of a file containing a musical work is a “communicat[ion] . . . to the public by telecommunication” within the meaning of s. 3(1)(f) of the Act, entitling SOCAN members to compensation in accordance with an approved tariff. The ESA appeals to this Court from the decision of the FCA.

[52] The ESA is a coalition of video game publishers and distributors. Video games are entertainment software consisting of millions of lines of software code. When installed and run on a computer, the software generates audiovisual effects in response to commands by the user. The audio component may include musical works as part of the game’s soundtrack.

[53] Video games can be sold over the Internet. Customers navigate to the website of an online game provider where the video game program is offered for sale, pay the purchase price and download the program. The site transmits a permanent copy of the software to the customer’s hard drive. This mode of delivery of the purchased program competes with the traditional model, where the video game is stored on a CD or in a cartridge, requiring the customer to buy it at a store.

[54] The customer must then install the program, either downloaded from the Internet or contained on the CD, on his or her computer. Only after the installation is complete may the customer run the game, at which point, the audio and the visual effects of the software become perceptible. The game and its audio and visual effects are not perceptible during the transmission of the file from the vendor to the video game user, a fact that is said to be of crucial significance in this case.

[50] Sous bien des rapports, il est certes légitime de voir dans Internet un taxi technologique; or, celui-ci n’a pas à offrir de courses gratuites.

### I. Faits et historique judiciaire

[51] Saisie d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour d’appel fédérale (« CAF ») a confirmé la décision de la Commission du droit d’auteur, à savoir que télécharger une œuvre musicale équivaut à la « communiquer au public, par télécommunication » pour l’application de l’al. 3(1)f) de la Loi et emporte le droit des membres de la SOCAN à une rémunération selon le tarif homologué. C’est contre cette décision de la CAF qu’ESA se pourvoit devant notre Cour.

[52] ESA représente les éditeurs et les distributeurs de jeux vidéo. Un jeu vidéo est un logiciel de divertissement constitué de millions de lignes de codes. Une fois installé dans l’ordinateur puis activé, le logiciel crée des effets audiovisuels au gré de l’utilisateur. La bande sonore du jeu peut inclure une œuvre musicale.

[53] On peut acheter un jeu vidéo sur Internet. Le client accède au site du fournisseur, paie le prix d’achat, puis télécharge le jeu vidéo. Une copie permanente du logiciel lui est alors transmise sur son disque dur. Ce mode de distribution fait concurrence à l’acquisition traditionnelle en magasin d’un jeu vidéo stocké sur disque compact ou sur cartouche.

[54] Le client doit ensuite installer le programme dans son ordinateur, qu’il l’ait téléchargé sur Internet ou acheté sur CD. Ce n’est qu’une fois l’installation terminée que le client peut lancer le jeu et en percevoir les effets audiovisuels. Ni le jeu ni ses effets ne sont perceptibles pendant la transmission du fichier du vendeur à l’utilisateur, ce qui revêtirait une importance cruciale en l’espèce.

[55] It is standard practice within the video game publishing industry to negotiate clearance of copyright for the *reproduction* of the musical works incorporated in the games prior to their publication. There is no dispute that once reproduction rights are cleared, the owner of copyright in the musical work would have no further rights when the video game is sold to a customer at a bricks-and-mortar store or if a CD containing the game is shipped through regular mail.

[56] SOCAN is a collective society of composers, authors and publishers of music. It administers the right to perform in public and the right to communicate to the public by telecommunication the works covered by its members' copyrights. It files proposed tariffs with the Board and collects royalties, as set by the Board, on behalf of its members.

[57] These proceedings involve proposed tariffs first filed by SOCAN in 1995 for various uses of musical works constituting, in SOCAN's view, copyright protected communication of musical works to the public over the Internet. There were objections to the filed proposals. In 1996, the Board decided to deal with legal issues separately from the determination of the actual tariffs. The first step was to "determine which activities on the Internet, if any, constitute a protected use [of SOCAN's repertoire of music] targeted in the tariff" (*SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 ("Tariff 22 decision"), at p. 424).

[58] On October 27, 1999 (the Tariff 22 decision), the Board issued what it termed its Phase I decision, dealing with legal and jurisdictional issues. The Tariff 22 decision was ultimately appealed to this Court, but not on the issue of communication to the public by telecommunication now before this Court. However, in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 ("*SOCAN v. CAIP*"), at para. 30, Binnie J. noted the Board's conclusion that "an Internet communication occurs at the time the work is transmitted from the host server to the computer

[55] Dans ce secteur d'activité, l'usage veut que l'éditeur négocie l'affranchissement des droits de *reproduction* d'une œuvre musicale avant de lancer le jeu vidéo auquel celle-ci est intégrée. Il est admis que, une fois les droits de reproduction acquittés, le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale ne peut prétendre à des droits supplémentaires lorsque le jeu vidéo est vendu dans un magasin ayant pignon sur rue ou expédié par la poste sur disque compact.

[56] La SOCAN représente les compositeurs, les auteurs et les éditeurs de musique. Elle gère les droits d'exécution en public et de communication au public par télécommunication de leurs œuvres protégées. Elle dépose des projets de tarifs auprès de la Commission et perçoit pour le compte de ses membres les redevances établies par cette dernière.

[57] La présente instance vise des projets tarifaires déposés par la SOCAN en 1995 pour diverses utilisations d'œuvres musicales protégées constituant à son avis des communications au public sur Internet. Ces projets ont fait l'objet d'oppositions. En 1996, la Commission a décidé d'examiner d'abord les questions juridiques puis d'établir le tarif des redevances. La première phase consistait à « [déterminer] quelles activités sur [. . .] Internet, le cas échéant, constituent une utilisation protégée [d'une œuvre musicale du répertoire de la SOCAN] visée par le tarif » (*Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet)* (en ligne) (la « décision concernant le tarif 22 »), p. 2).

[58] Le 27 octobre 1999, à l'issue de cette phase initiale, la Commission a statué sur les questions de droit et de compétence (la décision concernant le tarif 22). Sa décision a été contestée en appel jusque devant notre Cour, mais sur une autre question que celle de la communication au public par télécommunication dont nous sommes aujourd'hui saisis. Toutefois, dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assn. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (« *SOCAN c. ACFI* »), par. 30, le juge Binnie relève la conclusion de la Commission suivant laquelle « une communication

of the end user, regardless of whether it is played or viewed at that time, or later, or never” (see Tariff 22 decision, at p. 450). He found that this particular issue was “no longer contested”.

[59] In 2005, SOCAN modified its proposed Tariff to divide it into seven categories, each dealing with a different Internet-based activity. The sixth category applies to “Game Sites” and covers “communications of musical works as part of games, including gambling, from Sites or Services that consist predominantly of games . . .” (*Statement of Proposed Royalties to Be Collected by SOCAN for the Public Performance or the Communication to the Public by Telecommunication, in Canada, of Musical or Dramatico-Musical Works* (2005), 139 Can. Gaz. I (Supp.), at p. 18). When the Board proceeded to Phase II of the process to establish a tariff for the communication of musical works over the Internet for the years 1996 to 2006, the ESA argued that since the users can neither see, nor hear game software while it is being downloaded, “[t]he transmission solely involves a distribution of a copy of a work that is identical to copies available on discs in stores. The transmission [is] thus not a ‘communication to the public’” (A.F., at para. 20 (emphasis in original)).

[60] The Board’s Phase II determination was rendered in two decisions. In the first, issued on October 18, 2007 (61 C.P.R. (4th) 353) (the “Tariff 22.A decision”), the Board rejected the ESA’s argument and confirmed its prior conclusion that a download is a “communication”. While the Tariff 22.A decision dealt with the details of the tariffs applicable to uses of music by online music services that offer catalogues of songs for downloading upon payment of the purchase price, the Board held that the legal principles established in that decision would also apply to other uses of music on the Internet. The Board’s second Phase II decision, issued on October 24, 2008, *SOCAN Statement of Royalties, Internet — Other Uses of Music, 1996-2006 (Tariffs 22.B-22.G)* (2008), 70 C.P.R. (4th)

Internet a lieu au moment où l’œuvre est transmise du serveur hôte à l’ordinateur de l’utilisateur final, que l’écoute ou le visionnement soit immédiat ou ultérieur, ou n’ait jamais lieu » (voir la décision concernant le tarif 22, p. 36), un point qui, selon lui, « n’est plus contesté ».

[59] En 2005, la SOCAN a modifié son projet tarifaire pour créer sept catégories correspondant chacune à une activité Internet distincte. La sixième catégorie, celle des « Sites de [j]eux » regroupe « les communications d’œuvres musicales faisant partie de jeux, y compris le jeu de hasard, de [s]ites ou de [s]ervices qui consistent surtout [dans des] jeux » (*Projet de tarifs des redevances à percevoir par la SOCAN pour l’exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d’œuvres musicales ou dramatico-musicales* (2005), 139 Gaz. Can. I (suppl.), p. 18). Lors de la deuxième phase du processus, celle de l’établissement d’un tarif pour la communication d’œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006, ESA a fait valoir devant la Commission que, l’utilisateur ne pouvant percevoir le logiciel du jeu ni par la vue ni par l’ouïe au moment du téléchargement, [TRADUCTION] « [l]a transmission consiste simplement dans la distribution d’une reproduction de l’œuvre qui est identique à celle offerte sur disque en magasin. La transmission n’[est] donc pas une “communication au public” » (m.a., par. 20 (souligné dans l’original)).

[60] La deuxième phase s’est conclue par deux décisions. Dans la première rendue le 18 octobre 2007 (en ligne) (la « décision concernant le tarif 22.A »), la Commission rejette la thèse d’ESA et confirme sa conclusion antérieure assimilant le téléchargement à une « communication ». Même si la décision concernant le tarif 22.A fixe en détail le tarif des redevances exigibles pour l’utilisation par les services de musique en ligne des œuvres qui figurent dans leurs catalogues et qui sont téléchargeables contre paiement, la Commission précise que les principes juridiques qu’elle y établit s’appliquent également aux autres utilisations de musique sur Internet. Dans la seconde décision issue de la deuxième phase rendue le 24 octobre 2008 (*Tarif des redevances, Exécution publique*

81 (the “Tariff 22.B-G decision”), established the details of the tariffs applicable to other uses of music on the Internet, including use by game sites at issue in this appeal (Tariff 22.G).

[61] A number of objectors applied to the FCA for judicial review on different issues, which the FCA dealt with in separate decisions. *Bell Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2010 FCA 220, 409 N.R. 102 (“*Bell Canada*”), was an appeal by online music services contesting the Board’s determination in the Tariff 22.A decision that a download of a music file from the online music service’s website by the end consumer is a “communication to the public”. The FCA held that the Board’s determination was a reasonable interpretation of s. 3(1)(f) of the Act. The FCA considered that *SOCAN v. CAIP* had fully answered the question of what constitutes a “communication” and accordingly confirmed that a download is a communication (para. 5).

[62] As stated above, the ESA’s application for judicial review of the Tariff 22.B-G decision was dismissed by the FCA. On the issue of whether downloads of video games are communications to the public of the musical works they contain, the FCA referred to its reasons in *Bell Canada*, that is, that a download of a file containing a musical work is a communication to the public by telecommunication (2010 FCA 221, 406 N.R. 288, at para. 13).

## II. Issue

[63] The issue in this appeal is whether the transmission of a video game through an Internet download is a “communication” to the public within the meaning of s. 3(1)(f) of the Act. If it is, SOCAN is entitled to royalties

*d’œuvres musicales (Tarifs 22.B à 22.G, Internet) (en ligne)*) (la « décision concernant le tarif 22.B-G »), la Commission établit le détail des redevances exigibles pour les autres utilisations d’œuvres musicales sur Internet, notamment l’utilisation sur des sites de jeux, celle qui est en cause dans le présent pourvoi (le tarif 22.G).

[61] Des opposants ont saisi la CAF d’une demande de contrôle judiciaire fondée sur différents motifs, et la CAF s’est prononcée dans des décisions séparées sur les questions ainsi soulevées. Dans l’affaire *Shaw Cablesystems G.P. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2010 CAF 220 (CanLII) (« *Bell Canada* »), des services de musique en ligne ont demandé le contrôle de la conclusion tirée par la Commission dans la décision concernant le tarif 22.A, à savoir que le téléchargement d’un fichier de musique par l’utilisateur à partir du site Web du service de musique en ligne constitue une « communication au public ». La CAF a conclu que la Commission avait raisonnablement interprété l’al. 3(1)(f) de la Loi, elle a estimé que l’arrêt *SOCAN c. ACFI* faisait déjà le tour de la question de savoir ce qu’il faut entendre par « communication » et elle a donc confirmé qu’un téléchargement constitue une communication (par. 5).

[62] Rappelons qu’ESA a été déboutée à l’issue du contrôle judiciaire de la décision concernant le tarif 22.B-G. Quant à savoir si le téléchargement d’un jeu vidéo constitue une communication au public de l’œuvre musicale qui y est contenue, la CAF renvoie à ses motifs dans *Bell Canada* selon lesquels le téléchargement d’un fichier renfermant une œuvre musicale constitue une communication au public par télécommunication (2010 CAF 221, 406 N.R. 288, par. 13).

## II. Question en litige

[63] La question que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si la transmission d’un jeu vidéo par téléchargement Internet peut être assimilée à une « communication » au public pour l’application de l’al. 3(1)(f) de la Loi. Dans l’affirmative,

for the communication of the included musical works.

### III. Analysis

#### A. *Overview*

[64] The ESA submits that on reading s. 3(1)(f) in its entirety, considering it in the context of the entire Act and in light of its legislative history, the provision “creates an exclusive right of public performance (or representation for works that are not publicly performed) delivered by means of telecommunication”. They say that to “communicate” must mean “to cause information in humanly perceivable form to be imparted to another person for immediate listening or viewing” (A.F., at para. 33 (emphasis added)). The communication right was never meant to cover situations where durable copies of the copyrighted works are made available, which are already covered by the *reproduction right* and for which copyright holders are already compensated. Since the users can *neither see nor hear* game software while it is being downloaded, the transmission from the online game provider to the user does not constitute a communication to the public. The ESA further argues that the Act uses both the terms “communicate” and “transmit” and that the two cannot have the same meaning. In their submission, the act of a game being downloaded by a user constitutes a transmission and not a communication. The ESA also relies on American jurisprudence and raises some “unintended consequences” of the decisions below.

[65] In this appeal, the ESA does not advance arguments on whether, should the transmissions be found to be “communications” within the meaning of s. 3(1)(f), such transmissions would be communications “to the public”; this issue is dealt with in the companion case *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283.

la SOCAN peut percevoir des redevances pour la communication de toute œuvre musicale comprise dans le jeu.

### III. Analyse

#### A. *Aperçu*

[64] ESA soutient que, selon une interprétation de la disposition en entier qui tient compte de l'ensemble de la Loi et de l'historique législatif, l'al. 3(1)f) [TRADUCTION] « crée un droit exclusif d'exécution en public (ou de représentation dans le cas des œuvres qui ne sont pas exécutées en public) par voie de télécommunication ». Elle affirme que « communiquer » doit s'entendre de « faire en sorte qu'une information sous une forme perceptible par l'être humain parvienne à une autre personne pour écoute ou visualisation immédiates » (m.a., par. 33 (je souligne)). Le législateur n'a jamais voulu que le droit de communication s'applique à la mise à disposition d'une copie permanente d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, une situation où le *droit de reproduction* s'applique déjà et où le titulaire du droit d'auteur est déjà rémunéré. Étant donné que l'utilisateur ne peut percevoir le logiciel du jeu *ni par la vue, ni par l'ouïe* pendant le téléchargement, la transmission par le fournisseur en ligne à l'utilisateur ne constitue pas une communication au public. ESA prétend de plus que la Loi emploie à la fois les termes « communiquer » et « transmettre » et que les deux ne peuvent avoir la même signification. Selon elle, le téléchargement d'un jeu par un utilisateur constitue une transmission et non une communication. En outre, ESA prend appui sur la jurisprudence américaine et fait valoir certaines « conséquences inattendues » des décisions des tribunaux inférieurs.

[65] En l'espèce, ESA ne présente pas d'arguments quant à savoir si, dans l'éventualité où la transmission serait considérée comme une « communication » pour l'application de l'al. 3(1)f), cette transmission constituerait une communication « *au public* », une question examinée dans le pourvoi connexe *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283.

[66] SOCAN says that the decisions of the Board and of the FCA were correctly decided. In SOCAN's view, to communicate means simply "to transmit, impart, make known or convey information" (R.F., at para. 32 (emphasis deleted)) and the ESA's submissions would artificially restrict the ordinary meaning of the word. Further, SOCAN says that the ESA's argument ignores the basic principle of copyright law that the copyrights granted in s. 3(1) for reproduction, performance and communication of a work are separate and distinct rights (R.F., at para. 9).

### B. *Standard of Review*

[67] For the reasons explained in *Rogers*, at paras. 10-16, the applicable standard of review is correctness.

### C. *Whether Transmitting Musical Works Through Downloads Over the Internet Is "Communicating"*

#### (1) Section 3(1)(f) and Section 2

[68] This appeal requires defining the right to "communicate . . . by telecommunication" in the *Copyright Act*. The ESA urges a definition of "communicate . . . by telecommunication" as "to cause information in humanly perceivable form to be imparted to another person *for immediate listening or viewing*" (A.F., at para. 33 (emphasis added)).

[69] The exclusive right of the copyright holder to "communicate . . . to the public by telecommunication" is provided in s. 3(1)(f) of the Act:

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

[66] Selon la SOCAN, les décisions de la Commission et de la Cour d'appel fédérale sont correctes. À son avis, « communiquer » une information s'entend seulement [TRADUCTION] « de la transmettre, de la faire savoir, de la faire connaître, d'en faire part » (m.i., par. 32 (soulignement supprimé)), et faire droit aux prétentions d'ESA restreindrait artificiellement le sens ordinaire du mot. La SOCAN ajoute qu'ESA méconnaît le principe fondamental du droit d'auteur qui veut que les droits conférés au par. 3(1) pour la reproduction, la représentation ou l'exécution et la communication d'une œuvre soient des droits distincts (m.i., par. 9).

### B. *Norme de contrôle*

[67] Pour les raisons que je donne aux par. 10-16 dans *Rogers*, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

### C. *Transmettre une œuvre musicale par téléchargement Internet équivaut-il à la « communiquer »?*

#### (1) L'alinéa 3(1)f) et l'art. 2

[68] La Cour doit en l'espèce définir le droit de « communiquer [...] par télécommunication » prévu dans la Loi. Pour ESA, il s'agirait de [TRADUCTION] « faire en sorte qu'une information sous une forme perceptible par l'être humain parvienne à une autre personne pour écoute ou visualisation immédiates » (m.a., par. 33 (je souligne)).

[69] Le droit exclusif de « communiquer au public, par télécommunication » est conféré au titulaire du droit d'auteur à l'al. 3(1)f) de la Loi :

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

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

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

and to authorize any such acts.

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

[70] Section 2 of the Act defines “telecommunication”:

[70] L'article 2 de la Loi définit la « télécommunication » :

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

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

It is not disputed that transmissions in the digital environment are “telecommunications”.

Les parties ne contestent pas qu'une transmission numérique constitue une « télécommunication ».

### (2) The Approach to Statutory Interpretation

### (2) La méthode d'interprétation de la loi

[71] The *Copyright Act* must be interpreted in accordance with the general rules of statutory interpretation: “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at para. 9, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

[71] Il convient d'interpréter la Loi conformément aux règles générales d'interprétation législative : « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 9, où notre Cour cite E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87).

### (3) The Precedents

### (3) La jurisprudence

[72] The word “communicate” is not defined in the Act. I therefore start with the dictionary meaning of the word. The *Oxford English Dictionary* (online) defines the verb “communicate” as “[t]o impart (information, knowledge, or the like) . . . ; to impart the knowledge or idea of (something), to inform a person of; to convey, express; to give an impression of, put across”. The *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6th ed. 2007), vol. 1, at p. 466, includes the following definition: to “[i]mpart, transmit”. The *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary* entry is defined as “to convey knowledge of or information about: make known” (11th ed. 2003), at p. 251). There is no suggestion in these definitions

[72] Comme le mot « communiquer » n'est pas défini dans la Loi, je pars de sa définition lexicographique. *Le Petit Robert* (2012), p. 482, en donne la définition suivante : « Faire connaître (qqch.) à qqn. [. . .] dire, divulguer, donner, livrer, publier, transmettre. *Communiquer une nouvelle* [. . .] annoncer [. . .] livrer, révéler [. . .] échanger [. . .] Faire partager [. . .] Rendre commun à; transmettre (qqch.) ». Selon le *Trésor de la langue française* (en ligne), « communiquer » s'entend de ce qui suit : « Faire part de, donner connaissance de quelque chose à quelqu'un, par relation plus ou moins directe avec le destinataire [. . .] Faire partager quelque chose à quelqu'un ». Aucun élément dans ces définitions ne donne à entendre que le verbe

that “to communicate” cannot mean “to transmit”, and indeed, the *Shorter Oxford English Dictionary* expressly includes in the definition of “communicate”, “transmit”.

[73] Although the question was not directly in issue in that case (see para. 30), Binnie J. in *SOCAN v. CAIP* endorsed the ordinary definition of “communicate” as the appropriate interpretation of the word in s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*:

The Board ruled that a telecommunication occurs when the music is transmitted from the host server to the end user. I agree with this.

. . .

The word “communicate” is an ordinary English word that means to “impart” or “transmit” (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (5th ed. 2002), vol. 1, at p. 463). [paras. 42 and 46]

[74] Since *SOCAN v. CAIP*, the FCA has had the occasion to deal directly with the meaning of the right to “communicate” under s. 3(1)(f) in *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, leave to appeal refused, [2008] 2 S.C.R. vi (“*CWTA*”). The question in that case, answered in the affirmative, was whether a person communicates to the public the musical works contained in ringtones when members of the public download the ringtones for their mobile phones. Sharlow J.A. rejected the argument that a transmission is not the same thing as a communication because “‘communication’ must be understood to include only a transmission that is intended to be heard or perceived by the recipient simultaneously with or immediately upon the transmission” (para. 18). She wrote:

In my view, the applicants are proposing a meaning of the word “communication” that is too narrow. The word “communication” connotes the passing of information from one person to another. A musical ringtone is information in the form of a digital audio file that is capable of being communicated. The normal mode of communicating a digital audio file is to transmit it. The

« communiquer » ne peut signifier « transmettre ». D’ailleurs, dans *Le Petit Robert*, le mot « transmettre » est expressément employé pour définir « communiquer ».

[73] Dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, même si la question n’est pas directement en litige (voir par. 30), le juge Binnie retient le sens ordinaire du verbe « communiquer » employé à l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* :

La Commission a statué qu’il y avait télécommunication lors de la transmission de l’œuvre musicale du serveur hôte à l’utilisateur final. Je suis d’accord.

. . .

Dans son sens ordinaire, le mot « communiquer » signifie « faire connaître » ou « transmettre » (*Le Nouveau Petit Robert* (2003), p. 485). [par. 42 et 46]

[74] Depuis cet arrêt, la CAF a eu l’occasion de se prononcer directement sur la portée du droit de « communiquer » conféré à l’al. 3(1)f) : *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539, autorisation d’appel refusée, [2008] 2 R.C.S. vi (« *ACTSF* »). La question qui se posait alors et à laquelle la CAF répond par l’affirmative était celle de savoir si une personne communique au public l’œuvre musicale contenue dans une sonnerie lorsqu’un particulier télécharge celle-ci dans son téléphone portable. La juge Sharlow rejette la prétention voulant que la transmission ne puisse être assimilée à la communication parce que « le mot “communication” ne doit s’entendre que d’une transmission qui est censée être entendue ou perçue par le destinataire en même temps que la transmission ou immédiatement après » (par. 18). Elle écrit :

À mon avis, les demandereses proposent une définition du terme « communication » qui est trop limitative. Le terme « communication » s’entend de la transmission d’informations d’une personne à une autre. Une sonnerie musicale est une information présentée sous forme de fichier audionumérique apte à être communiqué. Le mode normal de communication d’un fichier



wireless transmission of a musical ringtone to a cellphone is a communication, whether the owner of the cellphone accesses it immediately in order to hear the music, or at some later time. The fact that the technology used for the transmission does not permit the cellphone owner to listen to the music during the transmission does not mean that there is no communication. In my view, in the context of a wireless transmission, it is the receipt of the transmission that completes the communication.

This conclusion accords with the [*SOCAN v. CAIP*] case (cited above). In that case Justice Binnie, writing for the majority, said that the transmission of information over the Internet is a communication once the information is received (see paragraph 45). . . . [I]t is undoubtedly a true statement. [Emphasis added; paras. 19-20.]

(4) The ESA's Arguments for Not Following *SOCAN v. CAIP* and *CWTA*

[75] The *ESA* argues that *SOCAN v. CAIP* (to the extent that it addressed the issue) and *CWTA* should not be followed.

(a) “*Communicate*” and “*Transmit*”

[76] The *ESA* first argues that there must be some difference between the words “communicate” and “transmit”. The two words are not used interchangeably in the Act and if Parliament used both words, it intended them to have different meanings. On this basis, the *ESA* submits that to “communicate to the public” means “more than the [mere] transmission of a file from one point to another point without that file being seen or heard” (A.F., at para. 73). Therefore, a download is not a communication within the meaning of s. 3(1)(f), but a mere transmission.

[77] I do not find this argument compelling. Parliament is presumed to use words in their ordinary meaning: R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (2nd ed. 2007), at p. 49. As noted above, to “communicate” means to “impart” or “transmit”. *The Oxford English Dictionary* (online) defines “transmit” as: “[t]o cause (a thing) to pass, go, or be conveyed to another person, place,

audionumérique est sa transmission. La transmission sans fil d’une sonnerie musicale à un téléphone cellulaire constitue une communication, que le propriétaire du cellulaire y accède immédiatement, pour écouter la musique, ou plus tard. Le fait que la technologie employée pour la transmission ne permet pas au propriétaire du cellulaire d’écouter la musique au cours de la transmission ne signifie pas qu’il n’y a pas de communication. À mon avis, dans le contexte d’une transmission sans fil, c’est la réception de la transmission qui complète la communication.

Cette conclusion s’accorde avec l’arrêt *SOCAN* (précité). Dans cet arrêt, le juge Binnie, qui écrivait pour la majorité, a expliqué que la transmission d’informations par Internet constitue une « communication » une fois que l’information est reçue (voir le paragraphe 45). [. . .] [C]ette affirmation est incontestablement véridique. [Je souligne; par. 19-20.]

(4) Les motifs invoqués par *ESA* à l’encontre de l’application en l’espèce des arrêts *SOCAN c. ACFI* et *ACTSF*

[75] *ESA* fait valoir qu’il n’y a pas lieu de suivre les arrêts *SOCAN c. ACFI* (dans la mesure où il porte sur la question) et *ACTSF*.

a) « *Communiquer* » et « *transmettre* »

[76] *ESA* soutient d’abord qu’il y a forcément une différence entre « communiquer » et « transmettre ». Les deux verbes ne sont pas interchangeables dans la Loi, et si le législateur emploie deux mots, c’est qu’il entend leur donner des sens différents. Par conséquent, « communiquer au public » ne s’entendrait pas [TRADUCTION] « seulement du fait de transmettre un fichier d’un point à un autre sans que le fichier ne soit vu ou entendu » (m.a., par. 73), de sorte que le téléchargement ne serait pas une communication pour les besoins de l’al. 3(1)(f), mais une simple transmission.

[77] L’argument ne me convainc pas. Le législateur est présumé employer les mots dans leur sens ordinaire : R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (2<sup>e</sup> éd. 2007), p. 49. Rappelons que « communiquer » s’entend de « faire part » ou de « transmettre ». Selon *Le Petit Robert* (2012), « transmettre » s’entend de « [f]aire passer d’une personne à une autre, d’un lieu à un autre (le plus souvent lorsqu’il y a un

or thing; to send across an intervening space; to convey, transfer; . . . [t]o convey or communicate (usually something immaterial) to another or others” (emphasis added); and, in a more technical sense: “[t]o send out electric signals or electromagnetic waves corresponding to (an image, a programme, etc.)” The definitions of “transmit” in the *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* are:

to send or convey from one person or place to another . . .

to send out (a signal) either by radio waves or over a wire.

I see no reason why, having regard to context, the meaning of both words cannot overlap.

[78] As set out above, s. 2 of the Act defines “telecommunication” as “any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system”. This definition equates the term “telecommunication” with the transmission of certain subject matter by electromagnetic system. The prefix “tele” simply means “to a distance”. So, “telecommunication” means communicating to a distance by the means specified in the Act. It would seem odd that “telecommunication” and transmission by electromagnetic system are interchangeable in the Act but that “to communicate” and “to transmit” would not be. The more obvious interpretation would be that for the purposes of s. 3(1)(f) of the Act, the exclusive right of the copyright holder to communicate works to the public by telecommunication is simply to transmit those works to the public by electromagnetic system, including the Internet.

[79] The above definitions of “communicate” and “transmit” and the context in which the words are used in the Act do not support the ESA’s conclusion that to “communicate” in s. 3(1)(f) must necessarily

ou plusieurs intermédiaires) [. . .] [f]aire passer (un objet matériel) d’une personne à une autre [. . .] [f]aire passer d’une personne à une autre (un écrit, des paroles [. . .]) [. . .] communiquer [. . .] [f]aire connaître; faire passer à un autre ou à d’autres (des connaissances) » (je souligne); et, dans un sens plus technique : « Faire connaître, diffuser par radio [. . .] [f]aire parvenir [au moyen d’un] [d]ispositif qui transmet des informations, des signaux sous forme d’impulsions électriques. . . » Le *Trésor de la langue française* renferme la définition suivante du mot « transmettre » :

Faire passer d’une personne à une autre [. . .] [f]aire passer quelque chose d’un lieu à un autre [. . .] [f]aire parvenir (un signal, une image. . .) d’un lieu à un autre.

Je ne vois pas pourquoi, eu égard au contexte, il faudrait écarter le chevauchement sémantique des deux mots.

[78] Nous l’avons vu, suivant l’art. 2 de la Loi, le mot « télécommunication » vise « toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique ». La « télécommunication » s’entend donc de la transmission d’un quelconque objet par système électromagnétique. L’emploi du préfixe « télé », qui signifie simplement « au loin, à distance », fait en sorte qu’il s’agit d’une communication à distance par un moyen prévu dans la Loi. Il serait étrange que, dans celle-ci, « télécommunication » et transmission par système électromagnétique soient interchangeables, mais pas « communiquer » et « transmettre ». L’interprétation la plus évidente voudrait que, pour l’application de l’al. 3(1)f) de la Loi, le droit exclusif du titulaire du droit d’auteur de communiquer son œuvre au public par télécommunication corresponde simplement au droit de la transmettre au public par système électromagnétique, dont Internet.

[79] Les définitions susmentionnées des mots « communiquer » et « transmettre » et le contexte dans lequel ceux-ci sont employés dans la Loi n’appuient pas la conclusion d’ESA selon laquelle,

mean to transmit information in a humanly perceptible form for *immediate* perceiving and listening. Even accepting that to communicate means to impart an idea, there is no requirement that the idea be perceived and heard *immediately*.

[80] The ESA supports its argument that the words “transmit” and “communicate” must have different meanings primarily by reference to s. 2.4(1)(c). Section 2.4(1)(c) provides:

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

. . .

(c) where a person, as part of

(i) a network, within the meaning of the *Broadcasting Act*, whose operations result in the communication of works or other subject-matter to the public, or

(ii) any programming undertaking whose operations result in the communication of works or other subject-matter to the public,

transmits by telecommunication a work or other subject-matter that is communicated to the public by another person who is not a retransmitter of a signal within the meaning of subsection 31(1), the transmission and communication of that work or other subject-matter by those persons constitute a single communication to the public for which those persons are jointly and severally liable.

[81] The ESA argues that the words “transmit” and “transmission” appear twice and the word “communicate” five times, and that this means that they must have different meanings. It says that transmitting is merely delivery or receipt of information or data being conveyed; that the term “communicate” pertains to what happens after transmission; and that this implies that the difference is that a transmission is not the conveyance of information in a humanly perceivable form. As a result, a transmission does not implicate s. 3(1)(f), because s. 3(1)(f) uses the term communicate which, by contrast, does imply conveyance in humanly

à l'al. 3(1)f), « communiquer » s'entend forcément de faire parvenir une information sous une forme perceptible par l'être humain à une autre personne pour écoute ou visualisation *immédiates*. À supposer même que communiquer consiste à faire passer une idée, rien n'exige que l'idée soit perçue et entendue *immédiatement*.

[80] ESA fonde essentiellement sur l'al. 2.4(1)c) sa thèse voulant que « transmettre » et « communiquer » doivent forcément correspondre à des actes différents. Voici le libellé de la disposition :

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

. . .

c) toute transmission par une personne par télécommunication, communiquée au public par une autre — sauf le retransmetteur d'un signal, au sens du paragraphe 31(1) — constitue une communication unique au public, ces personnes étant en l'occurrence solidaires, dès lors qu'elle s'effectue par suite de l'exploitation même d'un réseau au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* ou d'une entreprise de programmation.

[81] ESA soutient que les notions de « transmission » et de « communication » y figurent l'une et l'autre un certain nombre de fois, de sorte qu'elles doivent avoir des sens différents. Elle avance que la transmission consiste seulement dans l'action de faire parvenir ou de recevoir les informations ou les données en cause, que la « communication » intervient après la transmission et que, dès lors, la différence tient à ce que la transmission ne consiste pas à faire passer une information sous une forme perceptible par l'être humain. La transmission ne serait donc pas visée à l'al. 3(1)f), car le législateur y emploie le verbe communiquer, qui suppose

perceivable form. Therefore, since the communication only occurs after the transmission, a download does not give rise to any entitlement under s. 3(1)(f).

[82] This argument ignores the context and purpose of s. 2.4(1)(c). This section was introduced in 1988 in order to reverse the holding in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676 (“CAPAC”), that CTV’s transmissions of programs to its affiliated stations, for further broadcasting to the public by the affiliated stations, did not engage the right to communicate to the public in s. 3(1)(f), because such transmissions remained within the private realm (see J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 21-90). In the context of s. 2.4(1)(c), a “transmission” describes conveying works within a network or programming undertaking before the work is conveyed to the public, while a “communication” is the conveyance of the work “to the public” by another actor within the network or programming undertaking. Without s. 2.4(1)(c), only the latter act — the communication to the public — would engage s. 3(1)(f); but a private transmission between affiliates would remain outside of copyright protection. The effect of s. 2.4(1)(c), where it applies, is to make the transmission and the communication a single act of communication to the public, so that both the person who transmits the work and the person who communicates the work to the public are jointly and severally liable for the act of communication to the public.

[83] All that can be teased out of s. 2.4(1)(c) is that “communication to the public” is the phrase used to designate instances where copyright protection is engaged, and not that “communication” means a conveyance of information in a humanly perceivable form. On the other hand, “transmit” or “transmission” are terms designating situations that do not engage copyright protection under s. 3(1)(f). I agree with the ESA that s. 2.4(1)(c) suggests that under the Act, the words “communicate”

au contraire de faire passer une information sous une forme perceptible par l’être humain. Par conséquent, puisqu’il n’y a communication qu’après la transmission, le téléchargement ne donne droit à aucune redevance sur le fondement de l’al. 3(1)(f).

[82] La thèse d’ESA ne tient pas compte du contexte et de l’objet de l’al. 2.4(1)(c), une disposition adoptée en 1988 pour contrer l’arrêt *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676 (« CAPAC »). La Cour avait en effet statué que la transmission d’émissions par CTV à ses stations affiliées afin que celles-ci les diffusent à leur tour au public échappait au droit exclusif de communication au public reconnu à l’al. 3(1)(f) au motif que cette transmission demeurerait dans le domaine privé (voir J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 21-90). Dans le contexte de l’al. 2.4(1)(c), « transmission » renvoie à l’acheminement de l’œuvre au sein d’un réseau ou d’une entreprise de programmation avant qu’elle ne parvienne au public, alors que « communiqu[er] » s’entend de faire parvenir l’œuvre « au public » par une autre personne au sein du réseau ou de l’entreprise de programmation. Sans l’alinéa 2.4(1)(c), seule la seconde opération, celle qui consiste à communiquer au public, emporterait l’application de l’al. 3(1)(f), et la transmission privée entre personnes d’un même groupe échapperait à l’application du droit d’auteur. Lorsqu’il s’applique, l’al. 2.4(1)(c) fait de la transmission et de la communication une communication unique au public. Par conséquent, la personne qui transmet l’œuvre et celle qui la communique au public sont solidairement responsables de la communication au public.

[83] On peut seulement conclure de l’al. 2.4(1)(c) que l’expression « communication au public » renvoie au cas où il y a protection du droit d’auteur, et non que le terme « communication » s’entend du transfert d’informations sous une forme perceptible par l’être humain. Par contre, le verbe « transmettre » et le substantif « transmission » renvoient à la situation qui ne fait pas intervenir la protection du droit d’auteur prévue à l’al. 3(1)(f). Je conviens avec ESA que l’al. 2.4(1)(c) donne à penser que

and “transmit” are not used interchangeably. But the provision does not suggest that the words refer to different types of conveyances. Rather, the distinction is that the words are used in conjunction with different types of recipient and different legal significance. Unless the transmission is combined with a communication to the public, s. 3(1)(f) would not attach to the transmission. When the transmission is ultimately a communication to the public, s. 2.4(1)(c) provides that the transmission and the communication to the public are a single communication to the public which does attract copyright under s. 3(1)(f). Indeed, the word “communicate” is consistently used in conjunction with the words “to the public” throughout the Act. The ESA’s separating the word “communicate” from the words “to the public” to give it an independent meaning different from that of “transmit” is not supported by Parliament’s intention in enacting s. 2.4(1)(c). The words of s. 2.4(1)(c), when read in context, do not support the distinction argued by the ESA.

(b) *The CAPAC Decision*

[84] The ESA relies on this Court’s decision in *CAPAC* for the proposition that to communicate means disseminating performances to the public for immediate listening and not merely sending signals that may be perceived later. However, this jurisprudence is of little avail to the ESA.

[85] As noted above, in *CAPAC*, this Court was asked to determine whether the transmission of television programs containing musical works by CTV to its affiliated stations, for broadcasting to the public by the affiliates, constituted “communicating the same by radio communication” (at p. 679), an act protected under s. 3(1)(f) as it read at that time.

[86] It should first be noted that *CAPAC* interpreted provisions of the Act that have since been amended in a way relevant to the scope of s. 3(1)(f), as will be discussed later. In any event, in *CAPAC*, the *ratio* of the Court’s decision was that CTV’s

« communiquer » et « transmettre » ne sont pas employés indifféremment dans la Loi. Or, la disposition ne permet pas de conclure que ces mots renvoient à des opérations différentes. En fait, la distinction tient à ce que les mots sont employés de pair avec des destinataires de différents types et des effets juridiques différents. La transmission qui n’est pas également une communication au public échappe à l’application de l’al. 3(1)f). Lorsque, en fin de compte, la transmission constitue une communication au public, l’al. 2.4(1)c) dispose que la transmission et la communication au public forment une communication unique au public qui est assujettie au droit d’auteur suivant l’al. 3(1)f). En effet, dans la Loi, le verbe « communiquer » est toujours accompagné des mots « au public ». ESA ne peut invoquer l’intention du législateur qui soutient l’al. 2.4(1)c) pour dissocier le verbe « communiquer » de son complément « au public » et lui conférer un autre sens, différent de celui du verbe « transmettre ». Interprété dans son contexte, le libellé de l’al. 2.4(1)c) n’appuie pas la distinction que tente d’établir ESA.

b) *L’arrêt CAPAC*

[84] Prenant appui sur l’arrêt *CAPAC* de notre Cour, ESA avance que communiquer s’entend de diffuser l’exécution d’une œuvre à l’intention du public pour écoute immédiate et non simplement d’envoyer des signaux pouvant être perçus ultérieurement. Or, cette décision n’étaye en rien sa prétention.

[85] Rappelons que, dans cette affaire, la Cour devait déterminer si la transmission par CTV à ses stations affiliées d’émissions de télévision contenant des œuvres musicales en vue de leur diffusion au public revenait à [TRADUCTION] « transmettre ces émissions au moyen de la radiophonie » (p. 679), une activité bénéficiant de la protection prévue à l’al. 3(1)f) suivant son libellé d’alors.

[86] Signalons d’abord que, dans l’arrêt *CAPAC*, la Cour interprète des dispositions de la Loi qui ont été modifiées depuis, et ce, d’une manière qui importe pour circonscrire la portée de l’al. 3(1)f). J’y reviendrai. Quoi qu’il en soit, le motif déterminant

transmissions of recorded TV programs containing music to its affiliates were not communications of musical *works* by radio-communication. Rather, as CTV was transmitting *performances* of musical works (e.g., in an ordinary TV program) and not the musical works themselves (e.g., the sheet of music), s. 3(1)(f), which did not apply to performances of musical works, was not engaged. It is important to note that this distinction arose from the definition of “musical work” in the Act as it read at the time and is no longer applicable.

[87] Nonetheless, the ESA relies on some comments of Pigeon J., at pp. 681-82 of *CAPAC*, involving an analysis of Article 11*bis* of the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 828 U.N.T.S. 221, on which s. 3(1)(f) was based. The ESA says that this analysis demonstrates that a communication is more than sending signals, which is all that occurs when works are downloaded as in the case now before the Court. Rather, the ESA says that Article 11*bis* contemplates public performances by broadcasting, in other words, communications in humanly perceptible form. Therefore, a “communicat[ion]” within the meaning of s. 3(1)(f) must also be a conveyance of information in humanly perceptible form.

[88] However, the passages of Pigeon J.’s judgment note that “‘communication’ does not usually mean ‘a performance’ [but that] it is apt to include performances” (p. 681 (emphasis added)). The necessary implication of these words is that “communication” is a broader term than “performance”. Therefore, Pigeon J.’s analysis does not support the ESA’s contention that a communication is *necessarily* a performance or *necessarily* more than sending signals.

(5) Whether “Communicating” is “Performing” a Work at a Distance

[89] The ESA further argues, based on the legislative history of s. 3(1)(f), that the communication

retenu par la Cour était que la transmission par CTV à ses affiliées d’émissions de télévision enregistrées contenant de la musique n’équivalait pas à la communication d’une *œuvre* musicale par radiophonie. En fait, comme CTV transmettait *l’exécution* de l’œuvre musicale (p. ex. dans une émission ordinaire), et non l’œuvre musicale elle-même (p. ex., la partition), l’al. 3(1)(f) ne trouvait pas application, car il ne visait pas l’exécution d’une œuvre musicale. Il importe de signaler que cette distinction découle de la définition d’« œuvre musicale » qui figurait alors dans la Loi et qu’elle n’a plus raison d’être.

[87] ESA invoque néanmoins certaines remarques du juge Pigeon dans *CAPAC* (p. 681-682) qui comportent une analyse de l’article 11*bis* de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 828 R.T.N.U. 221, l’assise de l’al. 3(1)(f). Pour elle, cette analyse démontre qu’une communication ne se résume pas à l’envoi de signaux, alors que c’est tout ce qui se produit lorsqu’une œuvre est téléchargée comme dans la situation considérée en l’espèce. Elle soutient au contraire que l’article 11*bis* vise l’exécution ou la représentation publiques par radiodiffusion, en d’autres mots, la communication sous une forme perceptible par l’être humain. Par conséquent, la « communi[cation] » visée à l’al. 3(1)(f) s’entend aussi forcément du transfert d’information sous une forme perceptible par l’être humain.

[88] Le juge Pigeon fait toutefois observer que [TRADUCTION] « la “communication” ne s’entend habituellement pas de “l’exécution”, [...] [mais qu’]elle pourrait l’englober » (p. 681 (je souligne)). Il s’ensuit nécessairement que le sens du mot « communication » est plus large que celui du mot « exécution ». Partant, l’analyse du juge Pigeon n’appuie pas la thèse d’ESA, à savoir que la communication s’entend *nécessairement* de l’exécution ou d’une opération qui ne se résume pas à l’envoi de signaux.

(5) « Communiquer » une œuvre s’entend-il de l’« exécuter » ou de la « représenter » à distance?

[89] Prenant appui sur l’historique de l’al. 3(1)(f), ESA soutient de plus que le droit de communication

right is only a variation of the performance right, being the right to perform a work to a *distant* audience. Because a performance, in the ESA's submission, is, by nature, a transient event that cannot result in the transmission of a durable copy of the work to the audience, downloads cannot be performances and, therefore, cannot be communications.

[90] I digress briefly to point out that the structure of s. 3(1) implies that the communication right in paragraph (f) is a self-standing right independent of the performance right in the introduction of the section. The first lines of the English version of s. 3(1) provide that

“copyright” . . . means the sole right to produce or reproduce the work . . . , to perform the work . . . in public or . . . to publish the work . . . and includes the sole right . . .

There then follow specific rights listed as paragraphs (a) to (i). Paragraph (f) provides for the sole right to “communicate the work to the public by telecommunication”.

[91] While the use of the word “includes” could indicate that the rights listed in paragraphs (a) to (i) are instances of one of the rights in the opening words of s. 3(1), the context indicates otherwise. Several of the listed rights are clearly outside of the right to produce or reproduce, perform or publish. For example, paragraph (i) provides for the right to rent out a sound recording embodying a musical work. It is difficult to see how this right fits within the right to produce or reproduce, perform or publish the work. Indeed, it would be contrary to *Théberge*, in particular at paras. 42 and 45, where the majority of this Court held that a “reproduction” within the meaning of the Act requires a multiplication of copies. All the prerogatives of the copyright holder in s. 3(1) are better considered as separate and distinct rights (*Bishop v. Stevens*, at p. 477, *per* McLachlin J.; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 373, *per* Estey J.).

n'est qu'une variante du droit d'exécution ou de représentation, soit celui d'exécuter ou de représenter une œuvre au bénéfice d'un auditoire qui se trouve à *distance*. Comme elle prétend que l'exécution ou la représentation est intrinsèquement éphémère et ne peut déboucher sur la transmission d'une copie durable de l'œuvre à l'auditoire, le téléchargement ne peut constituer une exécution ou une représentation ni, par conséquent, une communication.

[90] J'ouvre brièvement une parenthèse pour signaler qu'il appert de la formulation même du par. 3(1) que le droit de communication prévu à l'al. f) est autonome et distinct du droit d'exécution ou de représentation énoncé dans la partie introductive de l'article. Au début de sa version anglaise, le par. 3(1) dispose :

“copyright” [. . .] means the sole right to produce or reproduce the work [. . .], to perform the work [. . .] in public or [. . .] to publish the work [. . .] and includes the sole right . . .

La partie introductive est suivie de l'énumération de droits spécifiques aux al. 3(1)a) à i). L'alinéa f) confère le droit exclusif « *to communicate the work to the public by telecommunication* ».

[91] Certes, l'emploi du mot « *includes* » pourrait être l'indice que les droits énumérés aux al. a) à i) constituent des exemples de l'un ou l'autre des droits conférés au début du par. 3(1), mais le contexte va dans le sens contraire. Plusieurs des droits énumérés sont clairement distincts du droit de produire ou de reproduire, d'exécuter, de représenter ou de publier. Par exemple, l'al. 3(1)i) prévoit le droit de louer l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale. On voit mal comment ce droit pourrait s'insérer dans le droit de produire ou de reproduire, d'exécuter, de représenter ou de publier l'œuvre. Ce serait effectivement contraire à la conclusion des juges majoritaires de la Cour dans l'arrêt *Théberge* selon laquelle, pour les besoins de la Loi, la « reproduction » implique la *multiplication* des copies (voir en particulier les par. 42 et 45). Il convient donc de considérer l'ensemble des prérogatives que le par. 3(1) reconnaît au titulaire du droit d'auteur comme des droits distincts les uns des autres (*Bishop c. Stevens*, p. 477, la juge McLachlin; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 373, le juge Estey).

[92] This interpretation of the English version of s. 3(1) is consistent with the French version of the text, which states that “[l]e droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire, [. . .] l’œuvre, [de la représenter ou de la publier]; ce droit comporte, en outre, [les droits énumérés aux al. a) à i)].” The use of the phrase “*en outre*” — in addition — indicates paras. (a) to (i) are in addition to those in the opening words.

[93] Nonetheless, the ESA relies on legislative history in order to confine the scope of the right to communicate to the public to performing a work to a public in a distant place, in a humanly perceptible form, as distinct from a download.

[94] The Canadian Act was based on the *Berne Convention* of 1886, as revised in Berlin in 1908 (see *Bishop v. Stevens*, at p. 473). The revised *Berne Convention* comprised certain public performance rights in certain types of works. However, the advent of the radio warranted another revision of the Convention. In 1928, Article 11*bis* was added to the text, which guaranteed that:

Article 11*bis*

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the communication of their works to the public by radiocommunication.

[95] In 1931, Canada implemented the revision through the then s. 3(1)(f), which provided for a right, “[i]n case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate such work by radio communication” (*Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1931, c. 8) (see *CAPAC*, at pp. 680-81).

[96] Section 3(1)(f) was again amended in 1988. According to *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382, the radiocommunication right extended to radio and traditional over-the-air television broadcasting, leaving transmissions by *cable* outside of copyright protection. This technology-specific communication right was amended to the technologically *neutral* right to “communicate . . . to the public by

[92] Cette interprétation de la version anglaise du par. 3(1) est conforme au texte de la version française : « [l]e droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire [. . .] l’œuvre, [de la représenter ou de la publier]; ce droit comporte, en outre, [les droits énumérés aux al. a) à i)] ». L’utilisation du terme « en outre » confirme que les droits énumérés aux al. a) à i) s’ajoutent à ceux qui sont énoncés au début de la disposition.

[93] Cependant, ESA invoque l’historique législatif pour ramener le droit de communiquer une œuvre au public à celui d’exécuter ou de représenter l’œuvre en public à distance, sous une forme perceptible par l’être humain, ce qui serait distinct du téléchargement.

[94] La loi canadienne s’inspire de la *Convention de Berne* de 1886, révisée à Berlin en 1908 (voir *Bishop c. Stevens*, p. 473). La *Convention de Berne* ainsi révisée prévoyait certains droits d’exécution en public de certains types d’œuvre. Or, l’avènement de la radio a rendu nécessaire une nouvelle révision. En 1928, l’article 11*bis* a été ajouté et garantissait dès lors ce qui suit :

Article 11*bis*

(1) Les auteurs d’œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d’autoriser la communication de leurs œuvres au public par la radiodiffusion.

[95] En 1931, le Canada a mis en œuvre le texte révisé par l’adoption de l’al. 3(1)(f), qui prévoyait alors le droit, « [s]’il s’agit d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie » (*Loi modificative du droit d’auteur*, 1931, S.C. 1931, ch. 8) (voir *CAPAC*, p. 680-681).

[96] L’alinéa 3(1)(f) a fait l’objet d’une nouvelle modification en 1988. Suivant l’arrêt *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l’É. 382, le droit jusqu’alors conféré s’appliquait à la radiodiffusion et à la télédiffusion traditionnelle par ondes hertziennes, mais pas à la *câble-distribution*. Ce droit axé sur une technologie en particulier a été remplacé par celui, *neutre* sur le plan technologique, de « communiquer au public,



telecommunication” to reflect the obligations entered into by Canada under the *North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2 (*Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 and 62). The change from radiocommunication to telecommunication and further amendments in 1993 meant that Canadian cable companies which previously avoided any payment of royalties under the “radiocommunication” right, and other users, were now caught by the Act: S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), at p. 320; D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 90.

[97] The ESA argues that from the outset, s. 3(1)(f), as well as its Berne progenitor Article 11bis, were meant to provide *broadcasting* rights the nature of which is “to deliver content [i.e. performances of works] to a public audience for immediate listening or viewing” (A.F., at para. 40). In the ESA’s submission, the 1988 amendment from “radiocommunication” to “telecommunication” did not change the fundamental nature of the communication right, that is, that it was concerned with *broadcasting*. The word “communicate” in the English version was not amended, although the means by which the communication may be made were expanded (A.F., at para. 52). The verb “*transmettre*”, used in the French version of s. 3(1)(f) prior to the 1988 amendments, was replaced by “*communiquer*”.

[98] There is little doubt that a historic relationship between the right of public performance and the right to communicate to the public did exist:

... as performance before a live audience was one of the first forms of exploitation to be covered by copyright, it made sense to create a right to provide protection when the performance took place at a distance through the use of Hertzian (radio) waves and the other types of communication technologies invented since then (television, cable, satellite and the internet).

(E. F. Judge and D. J. Gervais, *Intellectual Property: The Law in Canada* (2nd. ed. 2011), at pp. 166-67)

par télécommunication » dans le respect des obligations du Canada découlant de l’*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994, n° 2 (*Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 et 62). En remplaçant « radiophonie » par « télécommunication » et en apportant d’autres modifications en 1993, le législateur a fait en sorte que les câblo-distributeurs canadiens, qui n’étaient pas visés par le droit de « radiophonie », ainsi que d’autres utilisateurs, paient désormais des redevances : S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), p. 320; D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2<sup>e</sup> éd. 2011), p. 90.

[97] ESA fait valoir que l’al. 3(1)f) et l’article 11bis de la *Convention de Berne* dont il est inspiré ont toujours conféré un droit de *diffusion*, c’est-à-dire celui de [TRADUCTION] « faire parvenir un contenu [soit l’exécution ou la représentation d’une œuvre] au public pour écoute ou visionnement immédiats » (m.a., par. 40). Selon elle, la modification de 1988 (qui a substitué « télécommunication » à « radiophonie ») n’a pas changé la nature essentielle du droit de communication, en ce sens qu’il visait la diffusion. Dans la version anglaise, le verbe « *communicate* » est demeuré, mais les moyens par lesquels s’opère la communication ont été élargis (m.a., par. 52). Dans la version française, le verbe « *transmettre* » qui figurait à l’al. 3(1)f) avant la modification de 1988 a été remplacé par « *communiquer* ».

[98] L’existence d’un lien historique entre le droit d’exécution ou de représentation en public et le droit de communication au public ne fait guère de doute :

... comme l’exécution devant un auditoire a été l’une des premières formes d’exploitation protégée par le droit d’auteur, il était logique de créer un droit afin de fournir une protection lorsque l’exécution avait lieu à distance grâce aux ondes hertziennes (radio) et aux autres technologies de communication inventées depuis (télévision, câble, satellite et Internet).

(D. J. Gervais et E. F. Judge, avec la collaboration de M. Goudreau, *Le droit de la propriété intellectuelle* (2006), p. 53)

[99] The legislation has evolved to recognize the evolution of technologies. In 1988, the relevance of including transmissions by cable within the communication right had become obvious due to the prevalence of that mode of telecommunication.

[100] Even though the advent of cable may have been the catalyzing force for the 1988 amendment, the amendment did not only cover cable communications, in addition to radiocommunications, but adopted neutral language to encompass evolving but then unknown technological advances. In adopting the neutral language of “telecommunication”, Parliament removed all reference to conventional broadcasting. The fact that in 1988 Parliament did not foresee, or could not have foreseen, the way in which modern technologies would evolve should not serve to limit the scope of the communication right when it is applied to one such new technology.

[101] On this basis, the historic relationship of s. 3(1)(f) with broadcasting-type industries does not support reading into the Act restrictions which are not apparent from and are even inconsistent with the current language of the Act. In particular, the historic relationship does not support adopting the ESA’s proposition to read into the language of the Act the significant restriction that the transmission must be in a “humanly perceivable form for immediate viewing or listening” (A.F., at para. 74). While the rationale for the 1988 change from radio to “telecommunication” was concerned with the technical *means* by which the communication to the public was made, nothing supports concluding that s. 3(1)(f) could not also apply to new technologies which operate in a manner different from traditional broadcasting. This includes a communication occurring in a manner which also provides durable copies of the works that the users may view at a later time. When transmitted over the Internet, whether works are perceptible immediately or at a later moment or whether or not the technology used involves producing temporary copies, as in the case of streams, or permanent copies of the work is irrelevant to whether a communication has occurred and the work will, or has the potential to be, viewed

[99] La législation a évolué en phase avec la technologie. En 1988, vu l’importance acquise par la câblodistribution, il allait de soi que le droit de communication devait viser ce mode de télécommunication.

[100] Bien que l’avènement du câble, surtout, ait pu être à son origine, la modification de 1988 ne visait pas uniquement à englober les communications par câble; le nouveau libellé neutre devait s’appliquer aux technologies encore inconnues. Le législateur a adopté le terme neutre « télécommunication » et cessé de faire mention de la diffusion traditionnelle. Le fait que, en 1988, le législateur n’a pas prévu l’évolution technologique — ou ne pouvait pas la prévoir — ne saurait limiter l’application du droit de communication à une technologie nouvelle.

[101] Ainsi, l’application de longue date de l’al. 3(1)(f) aux entreprises de (radio ou télé) diffusion ne justifie pas de voir dans la Loi des restrictions implicites qui ne ressortent pas de son libellé actuel et qui, même, le contredisent. En particulier, cette association historique n’étaye pas la thèse d’ESA voulant que la Loi établisse implicitement l’exigence substantielle que la transmission [TRADUCTION] « revête une forme perceptible par l’être humain pour écoute ou visualisation immédiates » (m.a., par. 74). Certes, la modification de 1988 (remplacement de « radiophonie » par « télécommunication ») s’attachait aux *moyens* techniques de la communication au public, mais rien ne permet de conclure que l’al. 3(1)(f) ne peut également s’appliquer aux nouvelles technologies dont le fonctionnement diffère de celui de la diffusion traditionnelle, y compris la communication qui génère une copie durable de l’œuvre que l’utilisateur peut consulter ultérieurement. La question de savoir si l’œuvre transmise dans Internet est perceptible immédiatement ou à un moment ultérieur ou si la technologie utilisée suppose ou non la production d’une copie temporaire, comme dans le cas de la transmission en continu, ou d’une copie permanente, n’est pas pertinente pour déterminer s’il y a communication

or listened to by the receiver. As stated at para. 45 of *SOCAN v. CAIP*:

At the end of the transmission, the end user has a musical work in his or her possession that was not there before. The work has necessarily been communicated . . . . To hold otherwise would . . . fly in the face of the ordinary use of language . . . .

(6) American Jurisprudence

[102] The ESA relies on the decision of the United States Court of Appeals for the Second Circuit in *United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 627 F.3d 64 (2010) (“*U.S. v. ASCAP*”), *certiorari* denied, (U.S.S.C., October 3, 2011, No. 10-1337), where the Court of Appeals for the Second Circuit decided that the download of a copy of a work did not come within the scope of the right to perform in public, as defined in the U.S. *Copyright Act*, 17 U.S.C. §§ 101 and 106(4).

[103] This decision is of no avail to the ESA. The United States copyright law does not include an exclusive right in the copyright holder to communicate to the public. Rather, it recognizes a right of public performance (17 U.S.C. § 106(4)), which has been understood to include situations such as radio or television broadcasting where performances are made available to a distant public. This is a fundamental difference with the right to communicate a work by telecommunication in s. 3(1)(f) of the Canadian Act, as explained above. The two cannot be equated.

[104] This Court has recognized in the past important differences both in wording and in policy between Canadian and American copyright legislation. It has cautioned that “United States court decisions, even where the factual situations are similar, must be scrutinized very carefully” (see *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 367). The difference in statutory wording between the provisions of the American legislation and of the Canadian

de l’œuvre et si cette dernière sera visionnée ou écoutée par le destinataire ou si elle est susceptible de l’être. Comme le dit la Cour dans *SOCAN c. ACFI*, par. 45 :

À l’issue de la transmission, l’utilisateur final a en sa possession une œuvre musicale qu’il n’avait pas auparavant. L’œuvre a nécessairement été communiquée [. . .] Conclure en sens contraire irait [. . .] à l’encontre du sens ordinaire des mots . . .

(6) La jurisprudence américaine

[102] ESA invoque l’arrêt *United States c. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 627 F.3d 64 (2010) (« *U.S. c. ASCAP* »), *certiorari* refusé (C.S.É.-U., 3 octobre 2011, n° 10-1337), où la Cour d’appel des États-Unis pour le deuxième circuit statue que le téléchargement d’une copie de l’œuvre n’est pas visé par le droit d’exécution ou de représentation en public pour l’application de la *Copyright Act*, 17 U.S.C. §§ 101 et 106(4).

[103] Cette décision n’est d’aucune utilité à ESA. Aux États-Unis, la loi ne confère pas au titulaire du droit d’auteur le droit exclusif de communiquer son œuvre au public. Elle lui reconnaît plutôt celui de l’exécuter ou de la représenter en public (17 U.S.C. § 106(4)), ce qui comprend aussi le droit de radio-diffuser ou de télédiffuser à l’intention d’un public qui se trouve à distance. C’est là une différence fondamentale d’avec le droit de communiquer une œuvre par télécommunication prévu à l’al. 3(1)(f) de la loi canadienne, comme je l’explique précédemment. Les deux ne peuvent être tenus pour équivalents.

[104] Notre Cour a reconnu l’existence de différences importantes entre les lois canadienne et américaine sur le droit d’auteur en ce qui concerne tant le libellé que les principes sous-jacents. Elle a fait la mise en garde suivante : « [l]a jurisprudence américaine doit [. . .] être analysée avec prudence même si elle porte sur des faits semblables » (voir *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 367). Les seules différences de formulation rendent inutile le

*Copyright Act* is sufficient to render the U.S. decisions of no assistance in the interpretive exercise engaged here. Indeed, following the American jurisprudence in interpreting Canada's copyright legislation would, in this case, amount to rewriting the Canadian Act.

(7) The Application of Section 3(1)(f) Does not Depend on the Purpose of the Communication

[105] The ESA's argument that the sole purpose of the transmissions in the case of downloads is just to *deliver copies* to the customers is not an answer to the fact that a transmission by telecommunication to the public, and therefore, a communication within the meaning of s. 3(1)(f), effectively occurs.

[106] A similar argument was made in *Bishop v. Stevens*. That case dealt with whether a TV station that had paid the appropriate royalties for the right to broadcast a performance of a musical work had also acquired the right to make an "ephemeral" recording of the performance *for the sole purpose of facilitating the broadcast*. It was held that the right to perform did not include the right to make a recording, albeit an "ephemeral" one made only for technical reasons. McLachlin J. held that "s. 3(1)(d) contains no mention of purpose" (p. 479):

Interpretation of a statute must always begin with the ordinary meaning of the words used, and nothing in this section restricts its application to recordings made for the purpose of reproduction and sale. A recording may be made for any purpose, even one not prejudicial to the copyright holder, but if it is not authorized by the copyright holder then it is an infringement of his rights. [p. 480]

[107] Similarly, the fact that the work is transmitted over the Internet, and therefore, "communicate[d] . . . by telecommunication" within the ordinary meaning of the words, for the purpose of delivering a copy of the video game containing the musical work to the user, does not change the fact that there *is* an Internet communication requiring authorization of the copyright holder.

recours à la jurisprudence américaine. En fait, interpréter les dispositions canadiennes sur le droit d'auteur à la lumière de la jurisprudence américaine reviendrait, dans la présente affaire, à modifier leur teneur.

(7) Le but de la communication n'est pas déterminant aux fins de décider si l'al. 3(1)f) s'applique ou non

[105] Lorsqu'elle fait valoir que, dans le cas d'un téléchargement, la transmission vise seulement à *faire parvenir une copie* au client, ESA ne réfute pas l'existence de la transmission au public par télécommunication et, par conséquent, de la communication visée à l'al. 3(1)f).

[106] Dans l'affaire *Bishop c. Stevens*, une prétention semblable était formulée. La Cour devait décider si une station de télévision qui avait acquitté les redevances exigibles pour la diffusion de l'exécution d'une œuvre musicale avait également le droit d'en faire un enregistrement « éphémère » *dans le seul but de faciliter la diffusion*. La Cour a estimé que le droit d'exécuter l'œuvre n'englobait pas celui de l'enregistrer, même de manière « éphémère » à des fins strictement techniques. La juge McLachlin conclut que « l'al. 3(1)d ne mentionne pas le but » (p. 479) :

L'interprétation des lois doit toujours commencer par le sens ordinaire des mots employés et rien dans cet alinéa ne limite son application aux enregistrements faits aux fins de reproduction et de vente. Un enregistrement fait dans n'importe quel but, même non préjudiciable au titulaire du droit d'auteur, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur constitue une violation de ses droits. [p. 480]

[107] De même, transmettre l'œuvre dans Internet, et donc la « communiquer [. . .] par télécommunication » au sens ordinaire de ces mots, afin de faire parvenir à l'utilisateur une copie du jeu vidéo auquel elle est intégrée ne change rien au fait qu'*il y a* communication Internet devant être autorisée par le titulaire du droit d'auteur.

(8) Unintended Consequences

[108] The ESA raises a number of “unintended consequences” that would flow from accepting that downloads are communications within s. 3(1)(f) of the Act.

[109] The ESA first refers to s. 2.2(1) of the Act, which defines the concept of “publication” for the purposes of the Act. Section 2.2(1) provides:

**2.2** (1) For the purposes of this Act, “publication” means

- (a) in relation to works,
  - (i) making copies of a work available to the public,

. . .

but does not include

- (c) the performance in public, or the communication to the public by telecommunication, of a literary, dramatic, musical or artistic work or a sound recording, or . . .

[110] The ESA argues that adopting the “broad interpretation of ‘communicate to the public’ to include distribution of durable copies over networks” would mean that where copies of works are “distributed” over the Internet, these works would not be considered as “published”, because publication, as defined by s. 2.2(1) of the Act, excludes works communicated to the public by telecommunication (A.F., at paras. 102-10).

[111] In my opinion, no conclusion concerning the scope of the right to communicate to the public by telecommunication in s. 3(1)(f) can be drawn on the basis of s. 2.2(1). Section 2.2(1) is only relevant in understanding the scope of *publication*, in those sections where it appears in the Act. Where that word is used, the definition in s. 2.2(1) provides that it means “making copies of a work available to the public”, but does not include the communication of a work to the public by telecommunication. On the other hand, s. 2.2(1) does *not* provide a comprehensive definition for all purposes of the Act whereby “making copies of a work available to the

(8) Des conséquences inattendues

[108] ESA fait état d’un certain nombre de [TRADUCTION] « conséquences inattendues » qu’emporterait l’assimilation du téléchargement à une communication pour l’application de l’al. 3(1)f).

[109] Elle renvoie d’abord au par. 2.2(1) de la Loi, qui définit la « publication » et dont voici le texte :

**2.2** (1) Pour l’application de la présente loi, « publication » s’entend :

- a) à l’égard d’une œuvre, de la mise à la disposition du public d’exemplaires de l’œuvre, . . .

. . .

Sont exclues de la publication la représentation ou l’exécution en public d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ou d’un enregistrement sonore, leur communication au public par télécommunication . . .

[110] ESA soutient que, selon [TRADUCTION] « une interprétation extensive qui assimilerait à “communiquer au public” le fait de mettre en circulation une copie permanente de l’œuvre dans un réseau », l’œuvre « mise en circulation » dans Internet ne serait pas « publiée », car la publication, au sens du par. 2.2(1) de la Loi, exclut la communication au public par télécommunication (m.a., par. 102-110).

[111] À mon avis, on ne saurait circonscrire le droit de communiquer au public par télécommunication conféré à l’al. 3(1)f) en fonction du par. 2.2(1), car celui-ci ne définit la *publication* que pour l’application des dispositions de la Loi où ce mot est employé. La publication s’entend alors de « la mise à la disposition du public d’exemplaires de l’œuvre », à l’exclusion de la communication de l’œuvre au public par télécommunication. Par contre, le par. 2.2(1) n’énonce *pas* une définition qui vaut pour toutes les dispositions de la Loi et qui rend toujours incompatibles entre elles la « mise à la disposition du public d’exemplaires de l’œuvre »

public” can never occur in connection with communication to the public by telecommunication. It cannot be inferred that the independent right of communication to the public by telecommunication in s. 3(1)(f) cannot be engaged where, at the same time, copies of a work are made available.

[112] As for the ESA’s argument that this may render publication technologically non-neutral, as works distributed *only* by making them available for download on the Internet would not be considered as published, whether this is the inescapable conclusion about the meaning of s. 2.2(1) remains to be seen in a case where the issue arises. Indeed, there is some authority suggesting that “[w]ork available online or sitting in a public database may therefore be considered ‘published’”, and this notwithstanding the fact that a work conveyed over the Internet constitutes a communication to the public by telecommunication (Vaver, at pp. 157 and 172-73).

[113] ESA also argues that extending the s. 3(1)(f) right to include “digital delivery of copies of a work” would make the secondary infringement provisions in s. 27(2) “largely redundant” in the electronic environment (A.F., at para. 117). It says there would be little need for the secondary infringement provisions related to the electronic distribution of copies of works. I would note that this argument assumes that communication is equivalent to distribution under the Act without any supporting justification on the point. While it appears that such a redundancy point is a policy argument that should be addressed by Parliament if there is a view that any alleged overlap in the provisions is considered undesirable, I will deal with it briefly.

[114] The basic difference between primary and secondary infringement is that primary infringement under s. 3(1) may occur without the infringer knowing that infringement is occurring while secondary infringement only applies where the person has actual or constructive knowledge that what is being distributed constitutes an infringing copy of

et la communication au public par télécommunication. On ne peut inférer que le droit distinct de communiquer une œuvre au public par télécommunication prévu à l’al. 3(1)f) ne peut s’appliquer dès lors qu’un exemplaire de l’œuvre est mis à la disposition du public.

[112] ESA fait valoir que l’interprétation extensive peut aller à l’encontre de la neutralité technologique de la publication étant donné que l’œuvre mise en circulation *uniquement* par téléchargement Internet ne serait pas tenue pour publiée. La question de savoir s’il s’agit de la conclusion inéluctable à tirer quant au sens du par. 2.2(1) devra être tranchée lorsqu’elle sera soulevée dans un autre dossier. De fait, certains auteurs estiment que [TRADUCTION] « [l]’œuvre mise en ligne ou stockée dans une banque de données peut donc être tenue pour “publiée” », et ce, sans égard au fait que le transfert d’une œuvre dans Internet constitue une communication au public par télécommunication (Vaver, p. 157 et 172-173).

[113] En outre, selon ESA, si le droit conféré à l’al. 3(1)f) s’appliquait à la [TRADUCTION] « livraison numérique d’un exemplaire d’une œuvre », le par. 27(2), qui porte sur la violation à une étape ultérieure, serait « en grande partie redondant » dans l’environnement électronique (m.a., par. 117) et il ne serait pas vraiment nécessaire pour régir la mise en circulation électronique d’un exemplaire de l’œuvre. J’estime que c’est confondre sans justification à l’appui communication et mise en circulation en application de la Loi. Bien que la redondance soit une considération qui relève du législateur et qu’il appartienne à ce dernier d’agir s’il juge non souhaitable le chevauchement allégué, j’examine brièvement la question.

[114] De façon générale, une personne peut se rendre coupable de violation du droit conféré au par. 3(1) de façon involontaire. Toutefois, elle ne sera coupable d’une violation à une étape ultérieure — et c’est là une différence fondamentale — que si elle a une connaissance réelle ou implicite du fait que la mise en circulation d’un exemplaire emporte la

a work. Section 27(2) provides in relevant part for purposes of this case:

It is an infringement of copyright for any person to

. . . .

(b) distribute to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,

. . . .

a copy of a work . . . that the person knows or should have known infringes copyright . . . .

[115] A secondary infringer may be the same person as the primary infringer, but need not be. The purpose of s. 27(2) is to widen the net for copyright infringement beyond those who engage in primary infringement to those who, with knowledge or constructive knowledge, distribute to such an extent as to prejudicially affect the owner of the copyright, a copy of a work that already infringes copyright. A distributor who knows or should know that he is distributing an infringing copy of a work, for example because it was reproduced without authority of the copyright holder, may be liable for infringement even though he did not engage in the primary infringement. However, a distributor who distributes an authorized copy of the work will not be found liable under s. 27(2)(b).

[116] According to the evidence in this case, it is standard practice in the video game publishing industry to negotiate clearance of copyright for the reproduction of the musical works incorporated in the games prior to their publication. In the possession of the video game vendor and before the vendor takes any action with respect to communicating the game, there is no infringement of copyright because reproduction rights have been cleared. Unless authorized by the holder of the rights under s. 3(1)(f), however, the communication of the game will violate s. 3(1)(f) of the Act. But s. 27(2) will not be engaged.

violation du droit d'auteur. Voici le texte pertinent du par. 27(2) :

Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une œuvre [. . .] alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit . . .

. . . .

b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;

[115] Une même personne peut être à l'origine de la première violation et de celle commise ultérieurement, mais il peut s'agir de deux personnes différentes. Le paragraphe 27(2) a pour objet d'élargir la violation du droit d'auteur de façon à viser non seulement la personne qui viole le par. 3(1), mais aussi celle qui, tout en sachant réellement ou implicitement qu'elle porte préjudice au titulaire du droit d'auteur, met en circulation un exemplaire qui constitue une violation de ce droit. Le distributeur qui sait ou devrait savoir qu'il met en circulation un exemplaire de l'œuvre qui emporte la violation du droit d'auteur (p. ex. parce qu'il y a eu reproduction sans autorisation du titulaire du droit d'auteur) peut être tenu responsable de violation du droit d'auteur même s'il n'est pas à l'origine de la première violation. En revanche, le distributeur qui met en circulation un exemplaire autorisé de l'œuvre n'engage pas sa responsabilité sous le régime de l'al. 27(2)b).

[116] Suivant la preuve présentée en l'espèce, dans le secteur de l'édition de jeux vidéo, l'usage veut que l'éditeur négocie l'affranchissement des droits de reproduction d'une œuvre musicale avant de lancer le jeu auquel celle-ci est intégrée. Ainsi, le vendeur qui n'a pas encore communiqué le jeu vidéo n'enfreint pas le droit d'auteur, car les droits de reproduction ont été acquittés. Or, à moins d'être autorisée par le titulaire des droits conférés à l'al. 3(1)f), la communication du jeu contrevient à cet alinéa. Cependant, le par. 27(2) ne s'applique pas.

[117] ESA has structured its examples in support of its redundancy argument carefully. However, they do not cover the facts of this case. Here the communication or distribution is of prior authorized copies, not infringing copies. Only s. 3(1)(f) is engaged, not s. 27(2).

#### (9) Policy Considerations

[118] The policy concern raised by the ESA is that a copyright holder should not be entitled to both a reproduction and a communication right in the context of Internet downloads.

[119] The answer to this concern is straightforward: the rights of copyright holders under s. 3(1) are distinct and separate rights. *Bishop v. Stevens* re-affirmed (at p. 477) the holding in *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 373, *per* Estey J., that the rights listed in s. 3(1) are distinct and separate rights:

It is clear from an examination of s. 3(1) that it lists a number of distinct rights belonging to the copyright holder. As stated in *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), at p. 1507, *per* Greene L.J.:

Under the Copyright Act, 1911 [on which the Canadian Act was based], s. 1(2), the rights of the owner of copyright are set out. A number of acts are specified, the sole right to do which is conferred on the owner of the copyright. The right to do each of these acts is, in my judgment, a separate statutory right, and anyone who without the consent of the owner of the copyright does any of these acts commits a tort; if he does two of them, he commits two torts, and so on. [Emphasis added.]

[120] The occurrence of one infringement therefore does not preclude the finding of another. As “[i]nfringement is the single act of doing something which ‘only the owner of the copyright has the right to do’” (*Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 375), if two protected acts occur without authorization of the copyright holder, there are two infringements. The fact that there are two protected rights does not restrict the protection afforded by each right.

[117] ESA étaye d'exemples choisis son argument relatif à la redondance. Or, ces exemples ne cadrent pas avec les faits de la présente affaire où ce sont des exemplaires autorisés, et non des exemplaires qui violent le droit d'auteur, qui sont communiqués ou mis en circulation. Partant, l'al. 3(1)f) s'applique, à l'exclusion du par. 27(2).

#### (9) Les considérations de principe

[118] Suivant la considération de principe que fait valoir ESA, le titulaire du droit d'auteur ne saurait se voir reconnaître à la fois le droit de reproduire et le droit de communiquer dans le cas d'un téléchargement Internet.

[119] La réponse à cette prétention est simple : les droits conférés au par. 3(1) sont distincts. L'arrêt *Bishop c. Stevens* (p. 477) confirme cette conclusion tirée par le juge Estey dans l'affaire *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 373 :

Il ressort nettement de l'examen du par. 3(1) qu'il énumère un certain nombre de droits distincts qui appartiennent au titulaire du droit d'auteur. Comme le dit le lord juge Greene dans l'arrêt *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), à la p. 1507 :

[TRADUCTION] Le paragraphe 1(2) de la Copyright Act, 1911 [sur laquelle la Loi canadienne est modelée] expose les droits du titulaire d'un droit d'auteur. Il énumère certains actes que seul le titulaire d'un droit d'auteur peut accomplir. Le droit d'accomplir chacun de ces actes est, à mon avis, un droit distinct, créé par la loi, et quiconque accomplit l'un de ces actes sans le consentement du titulaire du droit d'auteur commet de ce fait un délit; s'il en accomplit deux, il commet deux délits et ainsi de suite. [Je souligne.]

[120] La violation d'un droit n'exclut pas la violation d'un autre. Puisque « [la violation] consiste simplement [dans] l'exécution d'un acte que seul “le titulaire [du droit d'auteur] a la faculté d'exécuter” » (*Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 375), deux actes protégés accomplis sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur se traduisent par deux violations. L'existence de deux droits protégés ne restreint pas la protection conférée par chacun des droits.



[121] I cannot agree with my colleagues that the “principle of technological neutrality requires that ... we interpret the *Copyright Act* in a way that avoids imposing an additional layer of protections and fees based solely on the *method of delivery* of the work to the end user” (para. 9 (emphasis in original)). Characterizing the Internet transmission as a mere “method of delivery” of the work pre-empts the application of the right to communicate by telecommunication in s. 3(1)(f). Further, the proposition is inconsistent with the approach to media neutrality as described by the majority of this Court in *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363, at para. 49, *per* LeBel and Fish JJ.:

Media neutrality means that the *Copyright Act* should continue to apply in different media, including more technologically advanced ones. But it does not mean that once a work is converted into electronic data anything can then be done with it.... Media neutrality is not a licence to override the rights of authors — it exists to protect the rights of authors and others as technology evolves.

[122] A media neutral application of the Act to the facts of this case would mean that the right of reproduction continues to apply to copies made through downloads, notwithstanding the fact that they are *digital* copies. It would also support the proposition that the communication right must continue to apply to digital communications, notwithstanding that they may differ from traditional broadcasting technologies. A media neutral application of the Act, however, does *not* imply that a court can depart from the ordinary meaning of the words of the Act in order to achieve the level of protection for copyright holders that the court considers is adequate.

[123] Any concerns arising from the independent protected rights in the digital context are concerns of policy, which are properly within the domain of Parliament in defining the scope of copyright. “The *Copyright Act* is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the

[121] Je ne puis convenir avec mes collègues que « nous interprétons la *Loi sur le droit d’auteur* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d’exigibilité d’une redevance qui soit uniquement fondé sur le *mode de livraison* de l’œuvre à l’utilisateur » (par. 9 (en italique dans l’original)). Assimiler une transmission Internet à un simple « mode de livraison » de l’œuvre neutralise l’application du droit de communiquer par télécommunication prévu à l’al. 3(1)f). En outre, leur avis est incompatible avec la définition de la neutralité du support énoncée par les juges LeBel et Fish au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 49 :

La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d’auteur* continue de s’appliquer malgré l’usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d’une technologie plus avancée. Elle ne signifie toutefois pas qu’après sa conversion en données électroniques, une œuvre peut être utilisée n’importe comment. [. . .] Le principe de la neutralité du support ne permet pas d’écarter les droits des auteurs — il a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue.

[122] Suivant une application — neutre quant au support — de la Loi aux faits de l’espèce, le droit de reproduction demeure applicable à l’exemplaire obtenu par téléchargement, même si celui-ci est *numérique*, et le droit de communication s’applique toujours aux communications numériques, bien qu’elles puissent différer des technologies de diffusion traditionnelles. Cependant, pareille application de la Loi *ne* saurait permettre à une cour de justice de faire abstraction du sens ordinaire des mots employés par le législateur et d’accorder au titulaire du droit d’auteur la protection qu’elle estime indiquée.

[123] L’existence de droits protégés distincts dans l’environnement numérique tient à des considérations de politique générale dont tient compte à juste titre le législateur lorsqu’il définit le droit d’auteur. « La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles

creator” (*Théberge*, at para. 30). While the “courts should strive to maintain an appropriate balance between these two goals” (*CCH Canadian Ltd.*, at para. 10), inferring limits into the communication right in the present case would be beyond the function of the courts. “In Canada, copyright [remains] a creature of statute . . .” (*SOCAN v. CAIP*, at para. 82). See also *CCH*, at para. 9; *Théberge*, at para. 5; *Bishop v. Stevens*, at p. 477; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 373.

[124] Indeed, it would be hazardous for the courts to delimit the scope of broadly defined rights in the digital environment without the benefit of a global picture of the implications for all the parties involved. Binnie J. wrote in *SOCAN v. CAIP*, at para. 40:

The capacity of the Internet to disseminate “works of the arts and intellect” is one of the great innovations of the information age. Its use should be facilitated rather than discouraged, but this should not be done unfairly at the expense of those who created the works of arts and intellect in the first place.

[125] In light of these considerations, providing exceptions to the right to communicate by telecommunication is properly left to Parliament. History has shown that Parliament will indeed legislate when it considers copyright protection to be improperly balanced (for example, it introduced the ephemeral recordings exception in s. 30.8(1), following the ruling in *Bishop* (S.C. 1997, c. 24, s. 18); *McKeown*, at pp. 21-82 to 21-83).

[126] In addition, it should be borne in mind that SOCAN merely proposes tariffs, which must then be authorized by the Board. In doing so, it is within the power of the Board to adjust proposed royalty rates in a manner that it considers appropriate for a particular use. Specifically, when the same activity engages two protected rights, the Board is in a position to consider each of these rights in light of the type of use that causes users to engage in the activity. This is consistent with the core of the

et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » (*Théberge*, par. 30). Dans la mesure où « les tribunaux doivent s’efforcer de maintenir un juste équilibre entre ces deux objectifs » (*CCH Canadienne Ltée*, par. 10), ils outrepasseraient leurs pouvoirs si, en l’espèce, ils déduisaient l’existence de limites applicables au droit de communication. « Au Canada, le droit d’auteur tire [encore] son origine de la loi » (*SOCAN c. ACFI*, par. 82). Voir également *CCH*, par. 9; *Théberge*, par. 5; *Bishop c. Stevens*, p. 477; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 373.

[124] En effet, il serait hasardeux que, sans disposer d’une vue d’ensemble des répercussions sur tous les intéressés, les tribunaux circonscrivent l’application, dans l’environnement numérique, de droits qui sont définis de manière générale. Dans *SOCAN c. ACFI*, le juge Binnie dit ce qui suit au par. 40 :

La possibilité de diffuser des « œuvres artistiques et intellectuelles » grâce à [. . .] Internet est l’une des grandes innovations de l’ère de l’information. Le recours à [. . .] Internet doit être facilité, et non découragé, mais pas de manière injuste, au détriment des auteurs d’œuvres artistiques et intellectuelles.

[125] Au vu de ces considérations, prévoir des exceptions au droit de communiquer par télécommunication ressortit à juste titre au législateur. De fait, ce dernier légifère lorsqu’il l’estime nécessaire pour rétablir le juste équilibre en matière de protection du droit d’auteur, ce qu’il a notamment fait en donnant suite à l’arrêt *Bishop* par l’adoption du par. 30.8(1) prévoyant l’exception relative à l’enregistrement éphémère (L.C. 1997, ch. 24, art. 18); *McKeown*, p. 21-82 à 21-83.

[126] De plus, rappelons que la SOCAN ne fait que présenter des projets tarifaires qui doivent ensuite être homologués par la Commission, laquelle peut alors ajuster au besoin le montant d’une redevance pour une utilisation donnée. Tout particulièrement, lorsqu’une activité fait intervenir deux droits protégés, la Commission est en mesure de considérer chacun de ces droits au regard de l’utilisation qui sous-tend l’activité. Cette faculté est conforme à sa mission essentielle en tant

Board's mandate as an economic regulatory agency, which consists of "working out . . . the details of an appropriate royalty tariff" (*SOCAN v. CAIP*, at para. 49) based on the economic value of the different ways in which copyrighted works may be used. The Board's authority to determine royalty rates in factual circumstances addresses concerns about the relative value of services as between on-line game providers and bricks and mortar stores, and the overlapping of rights and alleged "double-dipping" by copyright holders.

IV. Conclusion — Meaning of "Communicate" in Section 3(1)(f)

[127] Communicating works to the public by telecommunication is an independent and distinct right from other rights in s. 3(1) that are included within copyright. It is complete when the communication is received, in this case, when the file is downloaded to the user's computer, even though it can be perceived only after the transmission, or whether or not it is ever perceived. As put by Professor Vaver, "[s]ending works by radio, television, cable, fax, modem, satellite, or microwave involves telecommunication"; if, in addition, the communication is "to the public", it will attract liability (p. 172).

[128] I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal allowed with costs, LEBEL, FISH, ROTHSTEIN and CROMWELL JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.*

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

qu'organisme administratif à vocation économique, à savoir « la mise au point d'un tarif de redevances approprié » (*SOCAN c. ACFI*, par. 49) fondé sur la valeur économique des différents modes d'utilisation des œuvres protégées. Le pouvoir de la Commission de fixer le montant d'une redevance en fonction de données factuelles permet la prise en compte de la valeur du service offert par un fournisseur de jeux en ligne comparativement à celle du service qu'offre un magasin traditionnel, ainsi que du chevauchement des droits et de la « double rémunération » éventuelle du titulaire du droit d'auteur.

IV. Conclusion — Le sens du mot « communiquer » employé à l'al. 3(1)f)

[127] Communiquer une œuvre au public par télécommunication est un droit autonome et distinct des autres droits que confère à l'auteur le par. 3(1). Ce droit est exercé dès réception de la communication, en l'occurrence au moment du téléchargement du fichier dans l'ordinateur de l'utilisateur, bien que le fichier puisse ne pas être perçu dès sa transmission, ni même jamais. Comme le dit le professeur Vaver, [TRADUCTION] « [l]'envoi d'œuvres par radio, télévision, câble, télécopieur, modem, satellite ou micro-ondes implique une télécommunication »; si, en outre, la communication est faite « au public », elle engage la responsabilité (p. 172).

[128] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges LEBEL, FISH, ROTHSTEIN et CROMWELL sont dissidents.*

*Procureurs des appelantes : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante CMRRA-SODRAC Inc. : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener Cineplex  
Entertainment LP: Gilbert's, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Cineplex  
Divertissement LP : Gilbert's, Toronto.*