

	2010 FCA 220 A-519-07	2010 CAF 220 A-519-07
<b>Shaw Cablesystems G.P. (Applicant)</b>		<b>Shaw Cablesystems G.P. (demanderesse)</b>
v.		c.
<b>Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Respondent)</b>		<b>Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (défenderesse)</b>
and		et
<b>CMRRA-SODRAC Inc. (Intervener)</b>		<b>CMRRA-SODRAC Inc. (intervenante)</b>
	A-520-07	A-520-07
<b>Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc., and TELUS Communications Company (Applicants)</b>		<b>Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc. et Société TELUS Communications (demandereses)</b>
v.		c.
<b>Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Respondent)</b>		<b>Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (défenderesse)</b>
and		et
<b>CMRRA-SODRAC Inc. (Intervener)</b>		<b>CMRRA-SODRAC Inc. (intervenante)</b>
<b>INDEXED AS: SHAW CABLESYSTEMS G.P. v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA</b>		<b>RÉPERTORIÉ : SHAW CABLESYSTEMS G.P. c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE</b>
Federal Court of Appeal, Létourneau, Nadon and Pelletier J.J.A.—Montréal, May 3; Ottawa, September 2, 2010.		Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Nadon et Pelletier, J.C.A.—Montréal, 3 mai; Ottawa, 2 septembre 2010.
<i>Copyright — Infringement — Judicial review of Copyright Board of Canada decision finding downloading of music files communication to public by telecommunication, subject to tariff setting out royalties for such communications — Applicants providing download access to music files, streams — Whether individual transmissions of musical works communication to public by telecommunication within meaning of Copyright Act, s. 3(1)(f) — Board finding reasonable — Communication public if intention of communicator, reception by one member of public present — CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada (S.C.C.) not foreclosing</i>		<i>Droit d'auteur — Violation — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur du Canada a statué que le téléchargement de fichiers de musique est assimilable à leur communication au public par télécommunication et que ce téléchargement est assujéti au tarif établissant les redevances payables pour ce genre de communication — Les demandereses permettent le téléchargement de fichiers de musique ou des transmissions en continu — Il s'agissait de savoir si les transmissions individuelles d'œuvres musicales constituent une communication au public par télécommunication au sens de l'art. 3(1)f) de la Loi sur le droit</i>

*possibility of communication to the public one person at a time — Board correctly identifying intention as critical factor by identifying public as target group — Applications dismissed.*

These were applications for judicial review of the decision by the Copyright Board of Canada finding that downloading music files is the communication of those files to the public by telecommunication and thus subject to a tariff setting out the royalties payable for such communications.

The applicants provide online music services on Web sites from which consumers can download music files or streams. The Board relied on the Supreme Court's caveat in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*) that multiple transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright.

At issue was whether the transmission of a musical work to an individual by an online music service is a communication of that work to the public by telecommunication within the meaning of paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act*.

*Held*, the applications should be dismissed.

It was reasonable for the Board to find that a download of a musical file from an online music service to a single user is a communication of that file to the public by telecommunication. There is a communication to the public when it is the intention of the communicator to do so and the communication is received by at least one member of the public. In *CCH*, the Supreme Court's conclusion that a single transmission of a single copy to a single individual (i.e. point-to-point communication) is not a communication to the public was made in a context where there was no evidence of an intention to communicate to the public. This finding does not foreclose the possibility that one could communicate to the public one person at a time, each transmission occurring within the framework of an intention to communicate to the public. The Board correctly identified intention as a critical factor by identifying the target group for the downloads as the public.

*d'auteur — La conclusion de la Commission était raisonnable — Il y a communication au public lorsque la personne qui communique a l'intention d'agir ainsi et qu'il y a réception de la communication par au moins un membre du public — L'arrêt CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada (C.S.C.) n'exclut pas la possibilité que l'on puisse communiquer au public en s'adressant à une personne à la fois — La Commission a indiqué à juste titre que l'intention est un facteur critique en indiquant que les téléchargements sont destinés au public — Demandes rejetées.*

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur du Canada a statué que le téléchargement de fichiers de musique est assimilable à la communication de ces fichiers au public par télécommunication et que ce téléchargement est donc assujéti au tarif établissant les redevances payables pour ce genre de communication.

Les demanderesse permettent aux consommateurs d'accéder à des sites Web de services de musique en ligne à partir desquels ils peuvent télécharger des fichiers de musique ou des transmissions en continu. La Commission s'est appuyée sur la mise en garde formulée par la Cour suprême dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (*CCH*) selon laquelle les transmissions multiples d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourraient constituer une communication au public et violer le droit d'auteur.

La question à trancher était celle de savoir si la transmission d'une œuvre musicale à une personne au moyen d'un service de musique en ligne constitue une communication de cette œuvre au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

*Arrêt* : les demandes doivent être rejetées.

Il était raisonnable de la part de la Commission de conclure que le téléchargement d'un fichier musical à partir d'un service de musique en ligne vers un seul utilisateur est une communication au public par télécommunication. Il y a communication au public lorsque la personne qui communique a l'intention d'agir ainsi et qu'il y a réception de la communication par au moins un membre du public. Dans l'arrêt *CCH*, la conclusion de la Cour suprême portant qu'une seule transmission d'une seule copie à une seule personne (soit une communication point à point) n'est pas une communication au public a été prise dans un contexte où rien n'indique que la personne qui a communiqué avait l'intention de communiquer au public. Cette conclusion n'exclut pas la possibilité que l'on puisse communiquer au public en s'adressant à une personne à la fois, chaque transmission survenant dans un cadre fondé sur l'intention de communiquer au

Also, given the online music service's intended market, every transmission is a communication to the public. As a result, there is no need to define quantitatively the boundary between private communications and communications to the public.

public. La Commission a indiqué à juste titre que l'intention est un facteur critique en indiquant que les téléchargements sont destinés au public. De plus, compte tenu du marché visé des services de musique en ligne, chaque transmission constitue une communication au public. En conséquence, il n'est pas nécessaire de définir quantitativement les limites entre les communications privées et les communications au public.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 "musical work" (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 53), 3(1)(f) (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1997, c. 24, s. 3).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, 236 D.L.R. (4th) 395, 30 C.P.R. (4th) 1, affg 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, 212 D.L.R. (4th) 385, 18 C.P.R. (4th) 161, affg [2000] 2 F.C. 451, (1999), 179 D.L.R. (4th) 609, 2 C.P.R. (4th) 129 (T.D.); *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, 290 D.L.R. (4th) 753, 64 C.P.R. (4th) 343.

##### DISTINGUISHED:

*Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. et al.*, [1968] S.C.R. 676, (1968), 68 D.L.R. (2d) 98, 55 C.P.R. 132; *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115, (1993), 99 D.L.R. (4th) 216, 46 C.P.R. (3d) 343 (C.A.); *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 138, (1993), 46 C.P.R. (3d) 359, 151 N.R. 59 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*SOCAN – Tariff 22 (Transmission of Musical Works to Subscribers Via a Telecommunications Service not covered under Tariff Nos. 16 or 17)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (Copyright Board of Canada, available online at: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf>>); *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521, 41 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.*, [1997] HCA 41 (AustLII), (1997), 146 ALR 649, 191 CLR 140 (Aust. H.C.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « œuvre musicale » (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 53), 3(1)(f) (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1997, ch. 24, art. 3).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, confirmant 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, confirmant [2000] 2 C.F. 451 (1<sup>re</sup> inst.); *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.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. et al.*, [1968] R.C.S. 676; *Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.); *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*SOCAN – Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)* (Commission du droit d'auteur du Canada, en ligne : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf>>); *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1991] A.C.F. n° 24 (1<sup>re</sup> inst.); *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.*, [1997] HCA 41 (AustLII), (1997), 146 ALR 649, 191 CLR 140 (Aust. H.C.).

## REFERRED TO:

*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, 240 D.L.R. (4th) 193, 32 C.P.R. (4th) 1, revg in part 2002 FCA 166, [2002] 4 F.C. 3, 215 D.L.R. (4th) 118, 9 C.P.R. (4th) 289; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

APPLICATIONS for judicial review of the Copyright Board of Canada's decision (*SOCAN – Tarif 22.A (Internet – Online Music Services) for the years 1996-2006* (2007), 61 C.P.R. (4th) 353 (Copyright Board of Canada, available online at: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf>>)) that downloading music files is the communication of those files to the public by telecommunication and thus subject to a tariff setting out the royalties payable for such communications. Applications dismissed.

## APPEARANCES

*Gerald L. Kerr-Wilson* and *Anne A. Ko* for applicants Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc. and TELUS Communications Company.  
*Gilles Marc Daigle* and *D. Lynne Watt* for respondent.  
*Casey M. Chisick* and *J. D. Timothy Pinos* for intervenor.

## SOLICITORS OF RECORD

*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Ottawa, for applicants Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc. and TELUS Communications Company.  
*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for respondent.  
*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, for intervenor.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

PELLETIER J.A.:

## DÉCISIONS CITÉES :

*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, infirmant en partie 2002 CAF 166, [2002] 4 C.F. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1.

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision (*SOCAN – Tarif 22.A (Internet – Services de musique en ligne) pour les années 1996 à 2006* (Commission du droit d'auteur du Canada, en ligne : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf>>)) par laquelle la Commission du droit d'auteur du Canada a statué que le téléchargement de fichiers de musique est assimilable à la communication de ces fichiers au public par télécommunication et que ce téléchargement est donc assujéti au tarif établissant les redevances payables pour ce genre de communication. Demandes rejetées.

## ONT COMPARU

*Gerald L. Kerr-Wilson* et *Anne A. Ko* pour les demanderessees Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc. et Société TELUS Communications.  
*Gilles Marc Daigle* et *D. Lynne Watt* pour la défenderesse.  
*Casey M. Chisick* et *J. D. Timothy Pinos* pour l'intervenante.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour les demanderessees Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc. et Société TELUS Communications.  
*Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour la défenderesse.  
*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, pour l'intervenante.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

## INTRODUCTION

[1] These applications are among a number of applications for judicial review arising out of the Copyright Board's (the Board) decisions relating to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada's (SOCAN) application for a tariff with respect to, broadly speaking, the performance and communication of musical works on, or by means of, the Internet. The issue in this application is, simply put, whether the transmission of a musical work to an individual by an online music service is a communication of that work to the public by telecommunication within the meaning of paragraph 3(1)(f) [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1997, c. 24, s. 3] of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act). The Board found that they were, a reasonable conclusion, in my view, and as a result, I would dismiss each application for judicial review.

[2] Substantially the same arguments as to whether downloads or streams were communications to the public were made in each of these applications. These reasons will apply to each application and a copy will be placed on each file.

## THE FACTS

[3] The applicants, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc. and TELUS Communications Company are all Internet service providers, that is, they provide consumers with a means of becoming part of the network of networks which is the Internet. Persons who have an Internet account with the applicants are able to access online music services' Web sites from which they can download music files (or streams) to their computers. The applicant Puretracks Inc. is a musical download service.

[4] The respondent SOCAN is a collective society which administers in Canada performing rights and right

## INTRODUCTION

[1] Les présentes demandes s'inscrivent dans un ensemble de demandes de contrôle judiciaire découlant des décisions de la Commission du droit d'auteur (la Commission) concernant la demande d'homologation de tarif de la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN) à l'égard, *grosso modo*, de l'exécution et de la communication d'œuvres musicales sur Internet ou au moyen d'Internet. La Cour est uniquement appelée en l'espèce à rechercher si la transmission d'une œuvre musicale à une personne au moyen d'un service de musique en ligne constitue une communication de cette œuvre au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f) [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1997, ch. 24, art. 3] de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi). La Commission a conclu par l'affirmative, ce qui est raisonnable selon moi et, par conséquent, je rejetterais chacune des demandes de contrôle judiciaire.

[2] On a essentiellement avancé les mêmes arguments dans chacune des demandes quant à la question de savoir si les téléchargements ou les transmissions en continu constituent des communications au public. Les présents motifs vaudront pour chacune des demandes et copie en sera versée dans chacun des dossiers.

## LES FAITS

[3] Les demanderesse, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc., et la Société TELUS Communications sont toutes des fournisseurs de services Internet; c'est-à-dire qu'elles fournissent aux consommateurs un moyen de faire partie du réseau des réseaux, c'est-à-dire Internet. Les personnes ayant un compte Internet avec les demanderesse peuvent accéder à des sites Web de services de musique en ligne à partir desquels elles peuvent télécharger des fichiers de musique (ou des transmissions en continu) vers leurs ordinateurs. Puretracks Inc., demanderesse, offre des services de téléchargement musical.

[4] La SOCAN, défenderesse, est une société collective qui gère au Canada le droit d'exécution et de

to communicate musical works to the public by telecommunication. The intervener (CMRRA-SODRAC Inc.) is a collective society which administers the right to reproduce protected musical works in Canada. For all intents and purposes, the intervener supports the position taken by SOCAN. As a result, references to SOCAN should be taken as a reference to the respondents and the intervener.

[5] The basic facts which underlie the legal issue raised by this case are not in dispute. It is common ground that online music services operate Web sites on servers which are accessible from the Internet from which consumers can download music files or streams from those sites to their own computers or mobile devices. A download is transmission of a file which is reconstituted on the hard drive of the recipient computer and which may then be played, while a stream is a download which is meant to be played as it is received and then erased from the computer's hard drive. The Supreme Court has held that such a file is communicated when it is recreated on the recipient computer and that such a communication is a communication by telecommunication: see *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 paragraphs 42 and 45. The only question is whether such a communication is a communication of the work to the public by telecommunication.

#### THE DECISION UNDER REVIEW

[6] The decision under review was issued October 18, 2007 under the title of reasons for the decision certifying *SOCAN – Tariff 22.A (Internet – Online Music Services) for the years 1996-2006*. I shall refer to it as the *Tariff 22.A* decision.

[7] The *Tariff 22.A* decision was the second part of a two-stage process arising out of SOCAN's request for the certification of a tariff for the communication of musical works over the Internet. The Board decided to issue a first decision which was limited to certain

communication des œuvres musicales au public par télécommunication. L'intervenante, CMRRA-SODRAC Inc., est une société collective qui gère le droit de reproduction des œuvres musicales protégées au Canada. À tous égards, l'intervenante appuie la thèse avancée par la SOCAN. Par conséquent, en l'espèce, l'emploi de l'acronyme SOCAN constitue un renvoi à la défendresse ainsi qu'à l'intervenante.

[5] Les faits essentiels qui ont donné lieu à la présente controverse juridique sont constants. Il est bien établi que les services de musique en ligne exploitent des sites Web sur des serveurs accessibles par Internet à partir desquels les consommateurs peuvent télécharger des fichiers de musique ou des transmissions en continu vers leurs propres ordinateurs ou appareils portables. Le téléchargement consiste en la transmission d'un fichier qui est reproduit sur le disque dur de l'ordinateur du destinataire et qui peut ensuite être lu, alors que la transmission en continu consiste en un téléchargement conçu pour être lu tel qu'il est reçu et ensuite effacé du disque dur de l'ordinateur. La Cour suprême enseigne que ce genre de fichier est communiqué lorsqu'il est recréé sur l'ordinateur du destinataire et que ce genre de communication constitue une communication par télécommunication : voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN c. ACFI*), aux paragraphes 42 et 45. La seule question soulevée en l'espèce est celle de savoir si ce genre de communication constitue une communication de l'œuvre au public par télécommunication.

#### LA DÉCISION ATTAQUÉE

[6] La décision attaquée a été rendue le 18 octobre 2007 sous l'intitulé suivant: *SOCAN – Tarif 22.A (Internet – Services de musique en ligne) pour les années 1996 à 2006*. Je l'appellerai la décision concernant le tarif 22.A.

[7] La décision concernant le tarif 22.A constituait la deuxième partie d'un processus comportant deux étapes résultant de la demande d'homologation du tarif pour la communication d'œuvres musicales sur Internet présentée par la SOCAN. La Commission a décidé de rendre



legal and jurisdictional issues which it was called upon to decide in dealing with SOCAN's application. That first decision was issued on October 27, 1999 [*SOCAN – Tariff 22 (Transmission of Musical Works to Subscribers Via a Telecommunications Service not covered under Tariff Nos. 16 or 17)*] (the *Tariff 22* decision). In that decision, the Board dealt at length with questions such as whether downloading a file from the Internet was a communication, whether such communications were communications by telecommunication and whether those communications were communications to the public.

[8] While the *Tariff 22* decision was challenged in this Court (*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2002 FCA 166, [2002] 4 F.C. 3 (*SOCAN v. CAIP*)), and in the Supreme Court, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, the issues raised by this application were not considered in those proceedings even though many of the applicants in the present application, or their proxies, were parties to the challenge to the *Tariff 22* decision.

[9] In its *Tariff 22.A* decision, the Board returned to some of the issues considered in the *Tariff 22* decision when it identified the following question as the first issue which it must decide (*Tariff 22.A* decision, at paragraph 84):

1. Is the transmission of a download a communication to the public by telecommunication within meaning of paragraph 3(1)(f) of the [*Copyright Act*]?

In disposing of this question, the Board articulated a number of propositions found in the jurisprudence. First, it said, the transmission of a download over the Internet communicates the content of download, and the content is communicated even if it is not used or heard at the time of the transmission: see *Tariff 22.A* decision, at paragraph 94.

une première décision se limitant aux questions de droit et de compétence sur lesquelles elle était appelée à statuer par la demande de la SOCAN. Cette première décision a été rendue le 27 octobre 1999 [*SOCAN – Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)*] (la décision concernant le tarif 22). Dans cette décision, la Commission a examiné en détail un certain nombre de questions, par exemple, celles de savoir si le téléchargement d'un fichier à partir d'Internet constituait une communication, si ce genre de communications constituait une communication par télécommunication et si ces communications équivalaient à des communications au public.

[8] Bien que la décision concernant le tarif 22 ait été attaquée devant notre Cour (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2002 CAF 166, [2002] 4 C.F. 3 (*SOCAN c. ACFI*)) et devant la Cour suprême (2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427), les questions soulevées en l'espèce n'ont pas été examinées dans le cadre de ces procédures même si bon nombre des demanderessees dans la présente demande, ou leurs mandataires, étaient parties à celles-ci.

[9] Dans sa décision concernant le tarif 22.A, la Commission est revenue sur certaines questions examinées dans la décision concernant le tarif 22 lorsqu'elle a décidé qu'elle était appelée à se prononcer en premier lieu sur la question suivante (décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 84) :

1. La transmission d'un téléchargement est-elle une communication au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi [sur le droit d'auteur]*?

Pour se prononcer sur cette question, la Commission a formulé un certain nombre de principes puisés dans la jurisprudence. Premièrement, elle a dit que la transmission d'un téléchargement sur Internet communique le contenu du téléchargement, et le contenu est communiqué même s'il n'est pas utilisé ou écouté au moment de la transmission : voir la décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 94.

[10] The Board went on to declare that there was no valid distinction, for purposes of this question, between downloads and streams. It follows, then, that the download of a stream is also a communication of the content of the stream: see *Tariff 22.A* decision, at paragraph 96.

[11] Second, the Board held that the transmission of a download to a member of the public is a communication to the public. The Board's conclusion is stated as follows: "One or more transmissions of the same work, over the Internet, by fax or otherwise, to one or more members of a public each constitute[s] a communication to the public": see *Tariff 22.A* decision, at paragraph 97. The Board noted that downloads are "targeted at an aggregation of individuals", a phrase drawn from this Court's decision in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213 (*CCH* (F.C.A.)), at paragraph 100. The Board then referred to comments made by this Court and by the Supreme Court that "a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright": see *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH* (S.C.C.)), at paragraph 78 and, to the same effect, *CCH* (F.C.A.), at paragraph 101. The Board relied on these comments to conclude that a download of a file from an online music service was a communication of that file to the public: see *Tariff 22.A* decision, at paragraph 97.

[12] The Board rejected the argument that a communication to the public required an element of simultaneity, that is, the recipients of the communication must receive it at the same time. The Board held that the requirement of simultaneity was inconsistent with the Supreme Court's position that a series of transmissions of a work to multiple recipients might constitute a communication to the public.

[13] Third, the Board refused to credit the argument that Internet transmissions are just another form of delivery on the basis that "paragraph 3(1)(f) of the *Act* specifically targets communications *by telecommunication*"

[10] La Commission a ensuite dit que, en ce qui concerne cette question, on ne peut opérer de distinction entre le téléchargement et la transmission en continu. Ainsi, télécharger une transmission en continu revient à communiquer le contenu de cette transmission : voir la décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 96.

[11] Deuxièmement, la Commission a conclu que la transmission d'un téléchargement à un membre du public constitue une communication au public. La conclusion de la Commission est formulée en ces termes : « Une ou plusieurs transmissions de la même œuvre, sur Internet, par télécopieur ou autrement, à un ou plusieurs membres d'un public constituent chacune une communication au public » : voir la décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 97. La Commission a signalé que les téléchargements sont « destiné[s] à un groupe de personnes », citation provenant du paragraphe 100 de l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213 (*CCH* (C.A.F.)). La Commission a ensuite cité les observations de notre Cour et de la Cour suprême selon lesquels « la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur » : voir le paragraphe 78 de l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (*CCH* (C.S.C.)), et le paragraphe 101 de l'arrêt *CCH* (C.A.F.). La Commission s'est fondée sur ces observations pour conclure que télécharger un fichier à partir d'un service de musique en ligne revenait à le communiquer au public : voir la décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 97.

[12] La Commission a rejeté la thèse selon laquelle la communication au public exige un élément de simultanéité, c'est-à-dire que les destinataires de la communication doivent la recevoir en même temps. La Commission a conclu que l'exigence de simultanéité allait à l'encontre de la doctrine de la Cour suprême portant que la transmission répétée d'une œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public.

[13] Troisièmement, la Commission a rejeté la thèse selon laquelle la transmission sur Internet ne constitue qu'une autre forme de distribution, au motif que « l'alinéa 3(1)f) de la *Loi* vise expressément la communication



[emphasis in original; footnote omitted]: see *Tariff 22.A* decision, at paragraph 99. Thus the “delivery” of a musical work by telecommunication differs from the sale of a CD of the same work because the Act treats the two transactions differently.

[14] Finally, the Board rejected the argument that imposing a tariff on the communication of a work to the public by telecommunication amounted to double compensation. The rights of reproduction, performance and communication by telecommunication are distinct rights and subject to separate regimes.

[15] In summary, the Board found that downloads of music files from an Internet server to an individual computer amounted to the communication of that file to the public by telecommunication and thus were the proper subject for a tariff setting out the royalties payable for such communications.

#### THE POSITIONS OF THE PARTIES

[16] The applicants’ position, briefly stated, is that each download of a music file is a private communication between the operator of the online music service and an individual consumer. They say that such a private communication cannot become a communication to the public simply because, in an unrelated transaction, other consumers download the same work.

[17] Basing themselves on *CCH* (S.C.C.), they argue that this Court’s decision in *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539 (*CWTA* or the *Ringtones* case) is, in effect, wrongly decided.

[18] The *CCH* case dealt with a range of issues in the law of copyright arising out of the Law Society of Upper Canada’s operation, through its Great Library, of a “custom photocopy service” by which legal materials

*par télécommunication* » [souligné dans l’original; note en bas de page omise] : voir la décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 99. Ainsi, la « distribution » par télécommunication d’une œuvre musicale se distingue de la vente d’un CD de la même œuvre parce que la Loi opère une distinction entre les deux opérations.

[14] Enfin, la Commission a rejeté la thèse selon laquelle l’imposition d’un tarif sur la communication d’une œuvre au public par télécommunication était assimilable à une double rémunération. Les droits de reproduction, d’exécution et de communication par télécommunication sont des droits distincts assujettis à des régimes distincts.

[15] En résumé, la Commission a conclu que le téléchargement de fichiers de musique à partir d’un serveur Internet vers un ordinateur individuel était assimilable à la communication de ceux-ci au public par télécommunication et qu’il convenait donc d’assujettir ces téléchargements au tarif établissant les redevances payables pour ce genre de communications.

#### LES THÈSES DES PARTIES

[16] En résumé, les demandresses soutiennent que chaque téléchargement d’un fichier de musique constitue une communication privée entre l’exploitant du service de musique en ligne et le consommateur. Elles soutiennent qu’une telle communication privée ne peut être assimilée à une communication au public simplement parce que, par opération distincte, d’autres consommateurs téléchargent la même œuvre.

[17] S’appuyant sur l’arrêt *CCH* (C.S.C.), elles soutiennent que l’arrêt *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* ou l’arrêt concernant les sonneries), de notre Cour est, en fin de compte, erroné.

[18] L’affaire *CCH* portait sur diverses questions relevant du droit d’auteur découlant de l’exploitation du Barreau du Haut-Canada, par l’intermédiaire de sa Grande bibliothèque, d’un « service de photocopie »

were reproduced and provided to members of the Law Society and other qualified recipients. Some of the works reproduced were copies of judicial decisions which had been supplemented by materials prepared by the publishers, e.g. headnotes. In some cases, the copied materials were forwarded to the requesting party by facsimile transmission. One of the issues in the case was whether such transmissions amounted to a communication to the public by telecommunication, within the meaning of paragraph 3(1)(f) of the Act which, for ease of reference I reproduce below:

Copyright  
in works

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

...

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

[19] Both the Federal Court, at paragraph 167 of its reasons reported at [2000] 2 F.C. 451 (T.D.) [*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*] and this Court, at paragraph 100 (Linden J.A.) and paragraph 242 (Rothstein J.A. [as he then was]) of its reasons, concluded that a communication emanating from a single point and intended to be received at a single point was not a communication to the public. The Supreme Court, at paragraph 78 of its reasons, agreed with the conclusion that “[t]he fax transmission of a single copy [of a work] to a single individual is not a communication to the public.”

[20] The applicants’ case rests entirely upon this finding in the *CCH* (S.C.C.) decision. SOCAN also relies upon the *CCH* (S.C.C.) case, as well as this Court’s decision in *CWTA*, in support of its position that downloads of a work are a communication of that work to the public.

dont le personnel remettait des copies d’ouvrages juridiques aux membres du Barreau et à d’autres destinataires admissibles. Parmi les œuvres reproduites figuraient des copies de décisions judiciaires enrichies de documents préparés par les éditeurs, p. ex. des sommaires. Dans certains cas, les documents reproduits étaient transmis par télécopieur à la partie qui en faisait la demande. Dans cette affaire, il fallait notamment rechercher si ces transmissions étaient assimilables à des communications au public par télécommunication, au sens de l’alinéa 3(1)f) de la Loi, lequel, pour plus de commodité, est reproduit ci-dessous :

Droit  
d’auteur  
sur l’œuvre

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

[...]

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

[19] La Cour fédérale, au paragraphe 167 de ses motifs publiés sous la référence [2000] 2 C.F. 451 (1<sup>re</sup> inst.) [*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*], et notre Cour, au paragraphe 100 (le juge Linden) et au paragraphe 242 (le juge Rothstein [maintenant juge à la Cour suprême]) de ses motifs, ont conclu que la communication provenant d’un seul point et destinée à n’atteindre qu’un seul point n’était pas une communication au public. La Cour suprême, au paragraphe 78 de ses motifs, a retenu la thèse selon laquelle « [t]ransmettre une seule copie [d’une œuvre] à une seule personne par télécopieur n’équivaut pas à communiquer l’œuvre au public ».

[20] Le raisonnement des demanderesse s’appuie entièrement sur cet enseignement de l’arrêt *CCH* (C.S.C.). La SOCAN, se fondant également sur l’arrêt *CCH* (C.S.C.), ainsi que sur l’arrêt *ACTSF* de notre Cour, soutient que le téléchargement d’une œuvre constitue la communication de cette œuvre au public.

[21] SOCAN relies upon the caveat which the Supreme Court added to the statement quoted above with respect to point-to-point communications. To put matters in context, I reproduce the entire paragraph with the portion upon which SOCAN relies highlighted (at paragraph 78):

I agree with these conclusions. The fax transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public. This said, a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright. However, there was no evidence of this type of transmission having occurred in this case. [Emphasis added.]

[22] The passage relating to repeated fax transmissions of the same work to numerous different individuals was given effect in the *CWTA* case. In that case, the issue was whether the download of ringtones from the wireless carrier's server to a consumer's telephone constituted a communication to the public of the ringtones, and was therefore subject to a tariff. This Court found that the transmission of the ringtones to the consumer was a communication, and that it was a communication to the public.

[23] Dealing with the Supreme Court's decision in *CCH* (S.C.C.), and in particular the paragraph quoted above, this Court said, at paragraph 35 of its reasons:

Based on this reasoning, it seems to me that in determining whether paragraph 3(1)(f) applies to the transmission of a musical work in the form of a digital audio file, it is not enough to ask whether there is a one-to-one communication, or a one-to-one communication requested by the recipient. The answer to either of those questions would not necessarily be determinative because a series of transmissions of the same musical work to numerous different recipients may be a communication to the public if the recipients comprise the public, or a significant segment of the public.

[24] This Court then adopted the Board's reasoning in the decision under review to the effect that (*CWTA*, at paragraph 36):

[21] La SOCAN s'appuie sur la mise en garde formulée par la Cour suprême à la suite de son observation concernant les communications point à point. Pour situer les faits dans leur contexte, je reproduis intégralement ce paragraphe et souligne la partie sur laquelle s'appuie la SOCAN (au paragraphe 78) :

Je souscris à ces conclusions. Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public. Cela dit, la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur. Toutefois, aucune preuve n'a établi que ce genre de transmission aurait eu lieu en l'espèce. [Non souligné dans l'original.]

[22] L'observation concernant la transmission répétée par télécopieur de la même œuvre à de nombreux destinataires a été suivie dans l'arrêt *ACTSF*. Dans cette affaire, il fallait rechercher si le téléchargement de sonneries à partir du serveur d'une entreprise de télécommunications sans fil vers le téléphone d'un consommateur constituait une communication au public qui, dès lors, était assujettie au tarif. Notre Cour a conclu que la transmission des sonneries au consommateur constituait une communication et que cette communication constituait une communication au public.

[23] Examinant l'arrêt *CCH* (C.S.C.) de la Cour suprême et en particulier le paragraphe précédemment cité, notre Cour a fait l'observation suivante au paragraphe 35 de ses motifs :

Suivant ce raisonnement, il me semble que, pour déterminer si l'alinéa 3(1)(f) s'applique à la transmission d'une œuvre musicale sous forme de fichier audionumérique, il ne suffit pas de se demander si l'on a affaire à une communication entre un expéditeur unique et un destinataire unique ou à une communication unique demandée par le destinataire. La réponse à l'une et l'autre de ces questions ne serait pas nécessairement déterminante parce qu'une série de transmissions de la même œuvre musicale à un grand nombre de destinataires différents peut constituer une communication au public si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public.

[24] Notre Cour a ensuite adopté le raisonnement de la Commission dans la décision attaquée dans cette affaire (*ACTSF*, au paragraphe 36) :

Wireless carriers are trying to sell as many copies of every single musical ringtone as possible to maximize sales and profit. They intend, indeed they wish for, a series of repeated transactions of the same work to numerous recipients. This, in our opinion, amounts to a communication to the public.

[25] This Court distinguished the holding in the *CCH* (S.C.C.) case with respect to one-to-one transmissions by saying that there was no reason to believe that the Court had in mind a series of one-to-one communications to individuals who together comprise “a group that may fairly be described as the public, as in this case”: see *CWTA*, at paragraph 39.

[26] SOCAN relies upon this reasoning in supporting the Board’s decision in the *Tariff 22.A* decision.

#### THE STANDARD OF REVIEW

[27] The Board is a specialist tribunal which deals extensively with copyright matters. The Act is its home statute. It is therefore entitled to deference with respect to its interpretation of that Act: see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 54. The question in issue here is one of mixed fact and law. If the Board is entitled to deference on pure questions of laws, and it is entitled to deference with respect to findings of fact, it must necessarily be entitled to deference on questions of mixed fact and law involving the application of its home statute to the facts of a case.

#### ANALYSIS

[28] Two preliminary observations are in order before beginning my analysis.

[29] The first observation concerns a small body of jurisprudence dealing with what is a performance in public. Certain comments made in this jurisprudence

Les entreprises de télécommunications sans fil tentent de vendre le plus grand nombre possible de copies de chaque sonnerie, afin de maximiser ventes et bénéfices. Leur intention, leur souhait même, est d’effectuer une série de transactions répétées concernant la même œuvre avec de nombreux destinataires. Cette situation, croyons-nous, constitue une communication au public.

[25] Notre Cour n’a pas suivi la jurisprudence *CCH* (C.S.C.) en ce qui concerne les transmissions point à point en concluant qu’il n’y avait aucune raison de croire que la Cour avait à l’esprit une série de transmissions entre expéditeurs uniques et destinataires uniques, destinataires qui formeraient « un groupe qu’on pourrait légitimement considérer comme constituant le grand public, comme c’est le cas en l’espèce » : voir le paragraphe 39 de *ACTSF*.

[26] La SOCAN, se fondant sur ce raisonnement, appuie la décision concernant le tarif 22.A rendue par la Commission.

#### LA NORME DE CONTRÔLE

[27] La Commission est un tribunal spécialisé qui entend un grand nombre d’affaires de droit d’auteur. La Loi est sa loi habilitante. Il y a donc lieu de faire preuve de retenue à l’égard de son interprétation de ladite Loi : voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 54. La question en cause en l’espèce est une question mixte de fait et de droit. S’il y a lieu de faire preuve de retenue à l’égard des seules questions de droit ainsi que des conclusions de fait de la Commission, il y a forcément lieu de faire preuve de retenue à l’égard des questions mixtes de fait et de droit relatives à l’application de sa loi habilitante aux faits d’une affaire.

#### ANALYSE

[28] Je ferai d’abord deux observations avant de commencer mon analyse.

[29] Ma première observation concerne un petit nombre d’autorités jurisprudentielles portant sur la définition de la notion d’« exécution en public ». Certaines

recur in cases dealing with the nature of a communication to the public. In my view, reliance upon that jurisprudence is not helpful.

[30] The jurisprudence includes cases such as *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. et al.*, [1968] S.C.R. 676 (*CAPAC*); *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115 (C.A.) (*CTV*); *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 138 (C.A.) (*CCTA*). These cases were decided at a time when the definition of “musical work” [s. 2 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 53)] was “any combination of melody and harmony, or either of them, printed, reduced to writing or otherwise graphically produced or reproduced”. In simplistic terms, a musical work was the sheet music in which the work was described in musical notation. As a result, the Supreme Court decided in *CAPAC* that the microwave transmission of an audible version of a musical work was not a communication of the musical work by radio communication but rather a performance of the work. The issue then became whether such a performance was a performance in public. The Court found that it was not.

[31] This line of jurisprudence was pursued in *CTV* and in *CCTA*. In *CTV*, the issue was whether the communication of programs containing musical works by CTV to its affiliates who then broadcast them to the public amounted to a communication to the public by CTV. Since the Act had been amended since *CAPAC* was decided to substitute “communicate to the public by telecommunication” for “by radio communication”, SOCAN argued that the *CAPAC* decision was no longer good law. This Court disagreed since the definition of “musical work” had not changed so that the issue remained whether the transmission was a performance in public. This Court followed the Supreme Court’s decision in *CAPAC* and held that it was not.

observations formulées dans ces décisions sont reprises dans des décisions portant sur la nature de la « communication au public ». À mon sens, on ne saurait utilement s’inspirer de cette jurisprudence.

[30] On relève notamment les autorités suivantes: *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. et al.*, [1968] R.C.S. 676 (*CAPAC*); l’arrêt *Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d’auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.) (*CTV*); et l’arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d’auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.) (*ACTC*). Ces décisions ont été rendues à l’époque où la notion d’« œuvre musicale » [art. 2 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 53)] était définie comme suit : « Toute combinaison de mélodie et d’harmonie, ou l’une ou l’autre, imprimée, manuscrite, ou d’autre façon produite ou reproduite graphiquement. » Le profane aurait dit que l’œuvre musicale était la partition dans laquelle elle était décrite en notes de musique. Par conséquent, la Cour suprême a décidé, par l’arrêt *CAPAC*, que la transmission par micro-ondes d’une version sonore d’une œuvre musicale ne constituait pas une communication de l’œuvre au public par radio, mais plutôt une exécution de l’œuvre. Il a alors fallu rechercher si une telle exécution était une exécution en public. La Cour a répondu par la négative.

[31] Ce courant jurisprudentiel a été suivi dans les affaires *CTV* et *ACTC*. Dans l’affaire *CTV*, il fallait rechercher si la communication par CTV d’émissions comportant des œuvres musicales à ses stations affiliées qui les radiodiffusaient ensuite au public équivalait à une communication au public. La Loi a été modifiée suivant la reddition de l’arrêt *CAPAC* : l’expression « par radiocommunication » fut remplacée par l’expression « communiquer une œuvre au public par télécommunication »; la SOCAN a donc soutenu que la jurisprudence *CAPAC* n’était plus d’actualité. Notre Cour ne fut pas de cet avis puisque, la définition des mots « œuvre musicale » n’ayant pas changé, il fallait toujours rechercher si la transmission constituait une exécution en public. Notre Cour a suivi l’enseignement de l’arrêt *CAPAC* rendu par la Cour suprême et s’est prononcée par la négative.

[32] In *CCTA*, the issue was whether the transmission of non-broadcast services containing music (i.e. programming which does not originate from regular television broadcasting stations) to cable subscribers was a communication of the programming to the public. Following the same reasoning as *CTV*, this Court held that the transmission of the music contained in the programming was not a communication to the public of the musical work because the definition of “musical work” remained unchanged. This then left the issue of whether such transmissions amounted to a performance in public of those works.

[33] The difference between the *CTV* and *CCTA* cases is that in *CTV* as in *CAPAC* the transmissions in question were from *CTV* to its affiliated stations while in *CCTA* the transmissions were from the cable company’s head end to the homes of its many subscribers. This Court adopted the reasoning found in foreign jurisprudence which took “a realistic view of the impact and effect of technological developments”. It found that the transmission of programs directly to the homes of the cable subscribers was consistent with the plain and usual meaning of “in public” that is to say “openly, without concealment and to the knowledge of all”: see *CCTA*, at page 153.

[34] As noted, even though this jurisprudence deals with the meaning of “performance in public” as opposed to “communication to the public”, it has been invoked, by the Board and others, in cases involving the meaning of communication to the public. Two concepts have recurred with some frequency. The first is that of simultaneity, that is, a communication cannot be a communication to the public unless all recipients receive it more or less at the same time, as is the case in conventional broadcasting. This is drawn, by analogy, from the nature of a performance in public in which all members of the audience experience the work at the same time. The second recurring concept is that a communication to the public must be made “openly, without concealment and to the knowledge of all.”

[32] Dans l’affaire *ACTC*, la question était de savoir si la transmission de services autres que de radiodiffusion comportant de la musique (c.-à-d. les émissions dont le point d’origine n’est pas une station ordinaire de télévision) aux abonnés du câble constituait une communication de l’émission au public. Suivant l’enseignement de l’arrêt *CTV*, notre Cour a conclu que la transmission de la musique diffusée dans l’émission ne constituait pas une communication de l’œuvre musicale au public parce que la définition des mots « œuvre musicale » était demeurée inchangée. Ainsi, il restait alors à rechercher si ces transmissions constituaient l’exécution en public de ces œuvres.

[33] La distinction entre les faits de l’affaire *CTV* et ceux de l’affaire *ACTC* est la suivante: dans la première, comme dans l’affaire *CAPAC*, les transmissions en question étaient effectuées de *CTV* à ses stations affiliées, tandis que, dans la deuxième, les transmissions étaient effectuées du centre distributeur de l’entreprise de câblodistribution aux demeures de ses nombreux abonnés. Notre Cour a suivi l’enseignement de la jurisprudence étrangère, laquelle s’est prononcée « de manière réaliste quant aux effets de l’essor technologique ». Notre Cour a conclu que la transmission d’émissions effectuée directement aux demeures des abonnés correspondait au sens courant de l’expression « en public », c’est-à-dire « de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous » : voir *ACTC*, à la page 153.

[34] Comme je l’ai signalé, même si cette jurisprudence porte sur le sens de l’expression « exécution en public » plutôt que sur l’expression « communication au public », elle a été citée, par la Commission et d’autres organes juridictionnels, dans des affaires visant les communications au public. Deux notions reviennent plus ou moins régulièrement. La première est celle de la simultanéité, laquelle signifie qu’une communication ne peut équivaloir à une communication au public sauf si tous les destinataires la reçoivent plus ou moins en même temps, comme c’est le cas en radiodiffusion classique. Cette notion découle, par analogie, de la nature de l’exécution en public où tous les auditeurs écoutent l’œuvre en même temps. La deuxième notion qui s’est dégagée est que la communication au public doit être effectuée « de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous ».



[35] The transposition of the characteristics of a performance in public to a communication to the public is not helpful. The limited utility of the prior jurisprudence was the subject of comment in both sets of reasons in this Court's decision in *CCH*. At paragraph 99 of his reasons, Linden J.A. wrote:

Although two decisions of this Court have interpreted the current version of paragraph 3(1)(f), the reasons in those cases only discussed the communication right briefly, since the definition of a "musical work" [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 53] resolved the issues . . . . Both *CCTA* and *CTV 1993* dealt largely with the right to perform a work in public, and mentioned only that the phrase "to the public" is broader than "in public" (*CTV 1993*, at page 131; *CCTA*, at pages 148-149; see also *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.* (1997), 146 ALR 649 (Aust. H.C.)). The Trial Judge accepted this proposition (at paragraphs 165-167), however, the phrase "in public" is not at issue in this case. The fact that a communication made "in public" is likely also a communication made "to the public" is not determinative of the whether the Law Society communicates to the public.

At paragraph 243, Rothstein J.A. expressed a similar opinion:

Earlier versions of paragraph 3(1)(f) have been considered by Canadian courts, but these decisions are of little assistance because of significant amendments to this provision pursuant to S.C. 1988, c. 65, brought into force February 13, 1989, by SI/89-70. Prior to these amendments, the exclusive right set out in paragraph 3(1)(f) was to reproduce "in public" and was limited to communication by radio. The provision now applies to communications to the public by telecommunication. The few cases decided since 1989 only go so far as to conclude that "to the public" is a broader concept than the previous phrase "in public". . . . Thus, the jurisprudence both before and after 1989 is not materially helpful in interpreting the current meaning of "to the public" in paragraph 3(1)(f).

[36] As a result, I do not believe it is necessary to dwell on the concepts derived from this jurisprudence which continue to appear in discussions of the nature of a communication to the public.

[37] My second preliminary observation is that neither the Federal Court of Appeal, nor the Supreme Court

[35] On ne peut utilement transposer les caractéristiques de l'exécution en public à la communication au public. Dans ses deux séries de motifs dans l'arrêt *CCH*, notre Cour s'est prononcée sur l'utilité limitée de la jurisprudence antérieure. Au paragraphe 99, le juge Linden a fait les observations suivantes :

Bien que la version actuelle de l'alinéa 3(1)f) ait été interprétée dans deux arrêts de la présente Cour, les motifs de ces décisions ne renferment qu'une brève analyse du droit de communication puisque la définition d'«œuvre musicale» [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 53] réglait les points en litige [. . .] Les affaires *ACTC* et *CTV 1993* portaient toutes deux essentiellement sur le droit d'exécuter une œuvre en public, et l'on y dit seulement que l'expression «au public» a un sens plus large que «en public» (*CTV 1993*, page 131; *ACTC*, pages 148 et 149; voir aussi *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.* (1997), 146 ALR 649 (Aust. H.C.)). Le juge de première instance a accepté cette proposition (paragraphes 165 à 167); toutefois, l'expression «en public» n'est pas en cause en l'espèce. Le fait qu'une communication faite «en public» est probablement aussi une communication faite «au public» ne permet pas de dire si le Barreau communique au public ou non.

Au paragraphe 243, le juge Rothstein a abondé dans le même sens :

Les versions antérieures de l'alinéa 3(1)f) ont été examinées par les tribunaux canadiens, mais ces décisions nous aident peu parce que des modifications importantes ont été apportées à la disposition par le chapitre 65 des L.C. 1988, entré en vigueur le 13 février 1989, TR/89-70. Avant ces modifications, le droit exclusif énoncé à l'alinéa 3(1)f) était celui de reproduire l'œuvre «en public» et était limité à la communication par radio. La disposition s'applique maintenant aux communications au public par télécommunication. Dans les quelques affaires qui ont été tranchées depuis 1989, les juges se sont bornés à conclure que l'expression «au public» était une notion plus vaste que l'expression précédente «en public» [. . .] Ainsi, la jurisprudence, tant avant 1989 qu'après cette date, n'est pas d'un grand secours pour interpréter le sens actuel du terme «en public» à l'alinéa 3(1)f).

[36] Par conséquent, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de s'attarder sur les notions tirées de cette jurisprudence qui reviennent toujours dans les analyses de la nature d'une communication au public.

[37] Ma deuxième observation est que ni la Cour d'appel fédérale, ni la Cour suprême n'ont décidé dans

decided in *CCH* that “a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients” [at paragraph 78 of *CCH* (S.C.C.)], in and of itself, amounts to a communication to the public. The Supreme Court simply left this possibility open and this Court specifically declined to decide the question because it did not arise on the evidence: see *CCH* (F.C.A.), at paragraphs 101 and 253. It is therefore an error to treat as settled law the proposition that a series of transmissions of a single work to multiple recipients amounts, in and of itself, to a communication to the public.

[38] Before dealing with the Supreme Court’s decision in *CCH*, it is perhaps useful to attempt to provide a framework to assist in the analysis of the jurisprudence relied on by the parties.

[39] In my view, there is authority to support the proposition that whether or not a communication is a communication to the public is a function of two factors: the intention of the communicator, and the reception of the communication by at least one member of the public. If those two conditions are met, then there has been a communication to the public.

[40] The Board recognized the role of the communicator’s intention in the *Tariff 22* decision when it wrote (at pages 29–30):

Consequently, a communication intended to be received by members of the public in individual private settings is a communication to the public.

...

To communicate is to convey information, whether or not this is done in a simultaneous fashion. The private or public nature of the communication should be assessed as a function of the intended target of the act. [Emphasis added; footnote omitted.]

[41] This has also been recognized in this Court’s jurisprudence. At paragraph 100 of this Court’s reasons in *CCH*, Linden J.A. wrote:

l’affaire *CCH* que « la transmission répétée d’une copie d’une même œuvre à de nombreux destinataires » [au paragraphe 78 de l’arrêt *CCH* (C.S.C.)], en soi, est assimilable à une communication au public. La Cour suprême a simplement laissé cette possibilité en suspens et notre Cour s’est explicitement abstenue de se prononcer sur la question parce qu’elle n’avait pas été mise en jeu par les preuves : voir *CCH* (C.A.F.), aux paragraphes 101 et 253. Par conséquent, on ne saurait soutenir que la jurisprudence est bien fixée dans le sens que la transmission d’une seule œuvre à des destinataires multiples est assimilable, en soi, à une communication au public.

[38] Avant d’examiner l’arrêt *CCH* de la Cour suprême, il est peut-être utile de tenter d’établir un cadre facilitant l’analyse de la jurisprudence citée par les parties.

[39] À mon avis, certaines décisions enseignent que deux facteurs permettent de décider si une communication est une communication au public : l’intention de la personne qui communique et la réception de la communication par au moins un membre du public. Si ces deux conditions sont réunies, il y a donc communication au public.

[40] La Commission a reconnu le rôle de l’intention de la personne qui communique dans sa décision concernant le tarif 22 lorsqu’elle a fait les observations suivantes (aux pages 29 et 30) :

En conséquence, une communication destinée à être captée par les abonnés individuellement dans leur foyer est une communication au public.

[...]

Communiquer est faire connaître un renseignement, qu’il y ait simultanément ou non. Le caractère privé ou public de la communication doit être apprécié par rapport aux destinataires ciblés. [Non souligné dans l’original; note en base de page omise.]

[41] Le facteur de l’intention a également été consacré par la jurisprudence de notre Cour. Dans l’arrêt *CCH*, le juge Linden s’est ainsi exprimé au paragraphe 100 de ses motifs :

The Trial Judge held (at paragraph 167) that a single telecommunication emanating from a single point and intended to be received at a single point is typically not a communication to the public. I agree. In my view, the ordinary meaning of the phrase “to the public” indicates that a communication must be aimed or targeted toward “people in general” or “the community” (see the *New Oxford Dictionary of English*, s.v. “public” (Oxford: Clarendon Press, 1998)). . . . Thus, to be “to the public” a communication must be targeted at an aggregation of individuals, which is more than a single person but not necessarily the whole public at large. [Emphasis added.]

[42] A communication is “to the public” when the communicator intends the communication to be received by the public. The exact number of persons who actually receive the communication is not relevant so long as one member of the public receives it. Without at least one actual recipient, the communicator has not communicated to the public, he has merely had the intention of doing so. But beyond a single recipient, the number of recipients is not relevant to determining whether the communication is made to the public though it may be very relevant to the determination of the appropriate royalty structure.

[43] This leads to my next point. While the Supreme Court held, on the facts before it in *CCH*, that a point-to-point communication was not a communication to the public, I do not take this to foreclose the possibility that one could communicate to the public one person at a time. This is best understood by an analogy. The concept of selling to the public is generally understood as meaning that the vendor will sell his product to anyone who is interested in buying it. But each sale is a sale to an individual, involving an individual contract of sale between the vendor and the purchaser. If one focuses too closely on the individual sales, the notion of selling to the public fades from view. But if one steps back, it is more apparent that the vendor is selling to the public by selling to each of those members of the public who wishes to purchase his product.

[44] This analogy is also helpful in understanding the relationship between volume of sales and the intention to sell to the public. One would not say that a vendor was not selling to the public simply because, despite his

Le juge de première instance a estimé (paragraphe 167) qu’une seule télécommunication provenant d’un seul point et destinée à n’atteindre qu’un seul point ne constitue pas habituellement une communication au public. Je suis d’accord. À mon avis, le sens courant de l’expression «au public» indique que la communication doit viser ou cibler les «personnes en général» ou la «collectivité» (voir le *New Oxford Dictionary of English*, sous «public» (Oxford: Clarendon Press, 1998) [..] Ainsi, pour être faite «au public», une communication doit être destinée à un groupe de personnes, ce qui est plus qu’une personne mais pas nécessairement tout le public en général. [Non souligné dans l’original.]

[42] La communication est faite « au public » lorsque la personne qui communique veut que la communication soit captée par le public. Le nombre exact de personnes qui reçoivent la communication n’est pas pertinent pourvu qu’un membre du public la reçoive. Sans au moins un destinataire, la personne qui communique n’a pas communiqué au public; elle a simplement eu l’intention de le faire. Mais dès lors qu’il y en a un, le nombre de destinataires n’est pas pertinent lorsqu’il s’agit de décider si la communication est faite au public, bien qu’il puisse être très pertinent pour établir la structure de redevances adéquate.

[43] Ces réflexions m’amènent au point suivant. Bien que la Cour suprême ait conclu, selon les faits établis dans l’affaire *CCH*, qu’une communication point à point ne constituait pas une communication au public, je ne crois pas que cette conclusion exclue la possibilité que l’on puisse communiquer au public en s’adressant à une personne à la fois. Voici une analogie pour mieux comprendre mes observations. Généralement, la notion de vente au public signifie que le vendeur vendra son produit à toute personne intéressée à l’acheter. Mais chaque vente constitue une vente à une personne, impliquant un contrat de vente entre le vendeur et l’acheteur. Si l’on met trop l’accent sur les ventes individuelles, la notion de vente au public perd son sens. Mais si l’on considère les ventes dans leur ensemble, il devient plus clair que le vendeur vend au public en vendant son produit à chacun des membres du public qui désire l’acheter.

[44] Cette analogie est également utile pour comprendre le rapport entre le volume des ventes et l’intention de vendre au public. Nul ne dirait qu’un vendeur n’a pas vendu ses produits au public

best efforts, only one member of the public chose to buy his goods. To put the point a different way, volume of sales distinguishes only between those who sell to the public, and those who sell to the public successfully. The nature of the enterprise is the same.

[45] In the same way, nothing precludes communications to the public by telecommunication from occurring one transmission at a time, each transmission being a discrete transaction which occurs within the framework of an intention to communicate the work to the public.

[46] The idea of communication to the public by means of a series of private communications is not new. In the Federal Court, Trial Division decision in *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521 (*CCTA*), Strayer J. had to deal with the argument that cable transmissions to individual homes were not communications to the public. His initial reaction to this argument was as follows [at pages 537–538]:

It is entirely conceivable to me that one may communicate to the public by a series of simultaneous individual communications to numerous people in different locations. I cannot regard as being other than members of “the public” the 6.3 million subscribers to the cable systems of CCTA’s members (or that portion who receive non-broadcast services), together with the families, guests, and friends of those subscribers who happen to be within earshot of their television sets. One must take into account modern reality. [Italics in original, underlining added.]

[47] *CCTA* [F.C.T.D.] was decided on other grounds but the passage quoted above is a recognition that a series of individual communications could nevertheless amount to a communication to the public. The reference to “simultaneous” individual communications does not, in my view, make simultaneity a condition of a communication to the public. In referring to simultaneous individual communications, Strayer J. was doing nothing more than describing the facts of his case which involve cable transmissions to individual homes.

simplement parce que, malgré tous ses efforts, un seul membre du public a choisi de les acheter. Autrement dit, le volume des ventes établit une différence uniquement entre les vendeurs qui vendent leurs produits au public et ceux qui vendent leurs produits au public avec succès. La nature de l’entreprise reste la même.

[45] De même, rien n’empêche une personne de communiquer une œuvre au public par télécommunication une transmission à la fois, chaque transmission constituant une transaction distincte qui survient dans un cadre fondé sur son intention de communiquer au public.

[46] L’idée de communiquer au public au moyen d’une série de communications privées n’est pas nouvelle. Dans l’affaire [*Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d’auteur)*], [1991] A.C.F. n° 24 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (*ACTC*), le juge Strayer de la Cour fédérale de première instance était appelé à se prononcer sur la thèse voulant que les transmissions par câble aux demeures individuelles ne sont pas des communications au public. Voici comment il a initialement répondu à cette thèse [au paragraphe 24] :

J’estime qu’il est tout à fait concevable que l’on puisse communiquer au public au moyen d’une série de communications individuelles simultanées à de nombreuses personnes dans des sites différents. Les 6,3 millions d’abonnés aux systèmes de câble des membres de l’ACTC (ou du moins cette partie d’entre eux qui reçoivent des services autres que de radiodiffusion), ainsi que leur famille, leurs invités et leurs amis qui se trouvent à proximité de leur téléviseur font nécessairement partie « du public ». On ne peut ignorer la réalité contemporaine. [Non souligné dans l’original.]

[47] La décision *ACTC* [C.F. 1<sup>re</sup> inst.] a été rendue par d’autres motifs, mais l’observation précédemment citée enseigne qu’une série de communications individuelles peut néanmoins constituer une communication au public. Je suis d’avis que la référence aux communications individuelles « simultanées » ne fait pas de la simultanéité une condition de la communication au public. En faisant référence aux communications individuelles simultanées, le juge Strayer a alors tout simplement exposé les faits en cause; il s’agissait de transmissions par câble dirigées vers des demeures individuelles.

[48] The same idea was expressed in *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.*, [1997] HCA 41 (AustLII), 146 ALR 649 (Aust. H.C.), where a majority of the Court found that [at page 657]:

If anything, the use of the words “to the public” conveys a broader concept than the use of the words “in public” since it makes clear that the place where the relevant communication occurs is irrelevant. That is to say, there can be a communication to individual members of the public in a private or domestic setting which is nevertheless a communication to the public.

[49] As a result, there is a basis in the jurisprudence for the proposition that a private communication is not inconsistent with an intention to communicate to the public.

[50] With this framework in mind, I turn to the Supreme Court’s decision in *CCH*.

[51] The Supreme Court held there that, in the context of the fax transmissions by the Great Library staff to individuals who had requested copies of certain materials, the fax transmission of a single copy to a single individual was not a communication to the public. In the preceding paragraph of its reasons, the Supreme Court quoted from the reasons of the Trial Judge that the fax communications “emanated from a single point and were each intended to be received at a single point”: see *CCH* (S.C.C.), at paragraph 77 (emphasis added). While, as noted above, this is not inconsistent with an intention to communicate to the public, the Trial Judge did not find such an intention. This is apparent from the Trial Judge’s discussion of this issue at paragraph 167 of his reasons, reproduced below:

Both of the foregoing authorities arise from factual situations where the person transmitting the telecommunication could reasonably be expected to have intended the communication to be received by multiple persons at diverse locations. They involved telecommunications directed to a relatively broad public, albeit not the public at large. They could be described to be telecommunications that were from a single

[48] Dans l’arrêt *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.*, [1997] HCA 41 (AustLII), 146 ALR 649 (Aust. H.C.), la majorité de la Cour a abondé dans le même sens [à la page 657] :

[TRADUCTION] L’on pourrait plutôt dire que l’expression « au public » véhicule un concept plus large que l’expression « en public », puisqu’elle indique clairement que l’endroit où la communication en question se produit est sans importance. Ce qui revient à dire qu’une communication peut être faite à des membres du public en particulier dans un endroit privé ou chez quelqu’un et constituer tout de même une communication faite au public.

[49] Par conséquent, la jurisprudence enseigne que la personne qui fait une communication privée peut avoir l’intention de communiquer au public.

[50] Avec ces considérations à l’esprit, je me pencherais maintenant sur l’arrêt *CCH* de la Cour suprême.

[51] La Cour suprême a décidé par celui-ci que, dans le contexte de la transmission par télécopieur par le personnel de la Grande bibliothèque de copies de certains documents aux personnes qui les avaient demandées, la transmission par télécopieur d’une seule copie à une seule personne ne constituait pas une communication au public. Dans le paragraphe précédent de ses motifs, la Cour suprême a cité les observations du juge de première instance selon lesquelles les communications par télécopieur « provenaient d’un seul point et étaient destinées à n’atteindre qu’un seul point » : voir *CCH* (C.S.C.), au paragraphe 77 (non souligné dans l’original). Comme je l’ai déjà signalé, cela ne veut pas dire que le personnel n’avait pas l’intention de communiquer au public. Or, le juge de première instance n’a pas conclu à l’existence d’une telle intention. C’est ce qui ressort de son analyse de la question au paragraphe 167 de ses motifs, reproduit ci-dessous :

D’après les faits dans ces deux affaires, la personne qui transmettait la télécommunication pouvait raisonnablement avoir voulu que cette communication soit reçue par de multiples personnes à différents endroits. Ces affaires visaient des télécommunications adressées à un public relativement étendu, même s’il ne s’agissait pas du public en général. Les télécommunications en question pouvaient être décrites comme partant

point, intended as in the case for example of subscription or pay-per-view television, to be received and capable of being received at multiple points. That is not the situation before me. Here, the telecommunications, by facsimile, emanated from a single point and were each intended to be received at a single point. Indeed, as I understand the technology, each would only have been receivable at a single point barring a malfunction or some form of unanticipated interception. I am satisfied that the telecommunications here in question were not telecommunications “to the public”.

[52] The Supreme Court’s decision is consistent with the Trial Judge’s conclusion, implicit if not explicit, that there was no intention to communicate the work to the public. In the absence of such an intention, there cannot be a communication to the public by the communicator. To that extent, I believe that the Supreme Court’s decision is narrower than was suggested in argument.

[53] It does not follow from this that one cannot find an intention to communicate to the public where there is only evidence of single transmissions. As was suggested earlier in the discussion of the analogy of selling to the public, a focus on individual transactions tends to minimize the vendor’s intention with respect to the public. In *CCH*, a focus on communicating to the public might have produced a different result.

[54] In fact, the Supreme Court’s caveat with respect to multiple transmissions of a work to multiple recipients is best understood as an indication that numerous transmissions to multiple recipients could be evidence of an intention to communicate to the public. This does not mean that volume alone is determinative of whether a communication is a communication to the public, but it does suggest that volume of transmissions can be evidence of the communicator’s intention.

[55] That said, the argument that volume of transmissions, in and of itself, can transform private communications into a communication to the public is fundamentally flawed. SOCAN’s reliance upon the

d’un seul point, pour, comme dans le cas de la télévision payante par exemple, être reçues ou pouvoir être reçues à de multiples endroits. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Dans la présente affaire, les télécommunications, par télécopieur, provenaient d’un seul point et étaient destinées à n’atteindre qu’un seul point. On pourrait même aller jusqu’à dire, si j’ai bien compris cette technologie, que chacune d’elles ne pouvait être reçue qu’à un seul point, à moins d’une défaillance ou de quelque autre forme d’interception imprévue. Je suis convaincu que les télécommunications en question en l’espèce n’étaient pas des télécommunications faites «au public».

[52] Ces observations de la Cour suprême ne contredisent pas la conclusion, implicite sinon explicite, du juge de première instance selon laquelle il n’y avait aucune intention de communiquer l’œuvre au public. En l’absence d’une telle intention, il ne peut y avoir communication au public. À cet égard, j’estime que la doctrine de cet arrêt de la Cour suprême a une portée plus restreinte que ce qui a été soutenu lors des débats.

[53] Lorsqu’il ressort des éléments de preuve que les transmissions sont effectuées une à la fois, il ne s’ensuit pas forcément qu’il y a absence d’intention de communiquer au public. Comme je l’ai indiqué plus tôt lorsque j’ai parlé de l’analogie de la vente au public, mettre l’accent sur les transactions individuelles tend à minimiser l’intention du vendeur à l’égard du public. Si la Cour avait mis l’accent sur la communication au public dans l’affaire *CCH*, celle-ci aurait pu connaître une issue différente.

[54] En fait, lorsque fait sa mise en garde la Cour suprême à l’égard des transmissions multiples d’une œuvre à des destinataires multiples, il faut bien comprendre par là que de telles transmissions peuvent prouver l’intention de communiquer au public. Cela ne signifie pas que la quantité à elle seule permet de décider si une communication constitue une communication au public, mais la quantité de transmissions peut constituer un élément de preuve quant à l’intention de la personne qui communique.

[55] Cela dit, la thèse selon laquelle la quantité de transmissions, en soi, peut faire d’une communication privée une communication au public est fondamentalement défectueuse. La SOCAN a invoqué la mise en



Supreme Court's caveat in *CCH* (S.C.C.) and this Court's decision in *CWTA* rest on this argument.

[56] If the private nature of a point-to-point communication precludes it from being a communication to the public, it is difficult to see how other private communications, between the original communicator and other parties, could alter the nature of the original private communication.

[57] An approach based on volume of communications alone also raises the difficult question of the determination of the point at which private communications become a communication to the public. To use the example of the Great Library, if the first transmission of a copy of the Supreme Court's decision in *Dunsmuir* is a private communication, at what point would subsequent transmissions become a communication to the public? The 25th transmission? The 50th transmission? The 200th transmission? How is the Great Library to know, as it responds to individual requests, when it is about to infringe the rights protected by paragraph 3(1)(f)? Once the threshold is crossed, do the preceding communications cease to be private communications?

[58] At first glance, this Court's decision in *CWTA*, upon which SOCAN relies, adopts a numerical test for determining when a communication is a communication to the public. In discussing the Supreme Court's decision in *CCH*, the Court wrote at paragraph 35:

... it is not enough to ask whether there is a one-to-one communication, or a one-to-one communication requested by the recipient. The answer to either of those questions would not necessarily be determinative because a series of transmissions of the same musical work to numerous different recipients may be a communication to the public if the recipients comprise the public, or a significant segment of the public.

[59] The question of whether the recipients comprise the public or a significant segment of the public suggests that that determination depends upon the number of persons who receive the communication, as opposed to

garde de la Cour suprême dans l'arrêt *CCH* (C.S.C.) et la doctrine de l'arrêt *ACTSF* rendu par notre Cour relativement à cet argument.

[56] Si la nature privée d'une communication point à point l'empêche de constituer une communication au public, il est difficile de voir comment d'autres communications privées, entre la personne qui a initialement communiqué et d'autres parties, pourraient modifier la nature de la communication privée initiale.

[57] L'approche fondée uniquement sur la quantité de communications soulève également l'épineuse question de savoir à quel moment la communication privée devient une communication au public. Pour reprendre l'exemple de la Grande bibliothèque, si la première transmission d'une copie de l'arrêt *Dunsmuir* de la Cour suprême est une communication privée, à quel moment les transmissions subséquentes deviendraient-elles des communications au public? À la 25<sup>e</sup> transmission? À la 50<sup>e</sup>? À la 200<sup>e</sup>? Comment la Grande bibliothèque est-elle censée savoir, puisqu'elle répond à des demandes individuelles, à quel moment elle est sur le point de porter atteinte aux droits protégés par l'alinéa 3(1)(f)? Une fois que le seuil est franchi, les communications précédentes cessent-elles d'être privées?

[58] À première vue, par l'arrêt *ACTSF*, sur lequel la SOCAN s'est fondée, notre Cour adopte un critère numérique pour déterminer à quel moment une communication est une communication au public. Dans son analyse de l'arrêt *CCH* de la Cour suprême, notre Cour a fait les observations suivantes au paragraphe 35 :

[...] il ne suffit pas de se demander si l'on a affaire à une communication entre un expéditeur unique et un destinataire unique ou à une communication unique demandée par le destinataire. La réponse à l'une et l'autre de ces questions ne serait pas nécessairement déterminante parce qu'une série de transmissions de la même œuvre musicale à un grand nombre de destinataires différents peut constituer une communication au public si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public.

[59] La question est de savoir si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public, cela implique que la réponse dépend du nombre de personnes qui reçoivent la communication, et non de

the intention of the communicator. As indicated above, this is problematic. That said, the proposition quoted above is sound if it is understood to refer to the intended recipients of the communication. There is some reason to believe that this is what the Court had in mind when one considers the portion of the Board's reasons which it found persuasive (*CWTA*, at paragraph 36):

Wireless carriers are trying to sell as many copies of every single musical ringtone as possible to maximize sales and profit. They intend, indeed they wish for, a series of repeated transactions of the same work to numerous recipients. This, in our opinion, amounts to a communication to the public.

[60] It is clear from this passage that the Board's focus is on the wireless carriers' intention in making ringtones available for download. The Board's use of the phrase "repeated transactions of the same work to numerous recipients" while suggestive of a quantitative test, is not inconsistent with the view that multiple sales to multiple recipients may be evidence of an intention to communicate the work to the public. Intention alone, however, is not sufficient since paragraph 3(1)(f) refers to communications and not merely an intention to communicate.

[61] I would note, in passing, that the fact that communications occur in a commercial context, like volume of communications, is not determinative of the communicator's intent. Some activities where there is clearly an intention to communicate to the public, such as peer-to-peer file sharing, are not commercial activities and yet consist in making the musical works on one user's hard drive available to all other users who use the same file-sharing software.

[62] I would summarize my conclusions as follows. The Supreme Court's conclusion in *CCH* that a single transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public was made in a context

l'intention de la personne qui communique. Comme je l'ai déjà signalé, cette formulation pose problème. Cela dit, les observations précédemment citées sont justes si l'on considère qu'elles font référence aux destinataires visés de la communication. Il est raisonnable de croire que c'est ainsi que la Cour a considéré ces observations lorsqu'on examine la partie des motifs de la Commission qu'elle a estimée convaincante (*ACTSF*, au paragraphe 36) :

Les entreprises de télécommunications sans fil tentent de vendre le plus grand nombre possible de copies de chaque sonnerie, afin de maximiser ventes et bénéfices. Leur intention, leur souhait même, est d'effectuer une série de transactions répétées concernant la même œuvre avec de nombreux destinataires. Cette situation, croyons-nous, constitue une communication au public.

[60] Il ressort clairement de ce passage que la Commission a mis l'accent sur l'intention des entreprises de télécommunications sans fil de permettre le téléchargement de sonneries. Le recours, par la Commission aux mots « transactions répétées concernant la même œuvre avec de nombreux destinataires », bien qu'ils évoquent un critère quantitatif, démontre que les ventes aux multiples destinataires peuvent constituer un élément de preuve tendant à prouver l'intention de communiquer l'œuvre au public. Toutefois, l'intention à elle seule ne suffit pas puisque l'alinéa 3(1)f) fait référence aux communications et non simplement à l'intention de communiquer.

[61] Je signale, au passage, que le fait que les communications ont lieu dans un contexte commercial, tout comme la quantité des communications, ne permet pas de prouver l'intention de la personne qui communique. Certaines activités supposant sans aucun doute une intention de communiquer au public, comme le partage de fichiers poste à poste, ne sont pas des activités commerciales et consistent pourtant à mettre des œuvres musicales sur le disque dur d'un utilisateur à la disposition de tous les autres utilisateurs qui utilisent le même logiciel de partage de fichiers.

[62] Je résumerai mes conclusions comme suit. Par l'arrêt *CCH*, la Cour suprême a décidé qu'une seule transmission d'une seule copie à une seule personne n'est pas une communication au public dans un contexte

where there was no evidence of an intention to communicate to the public. As a result, it is not authority for the proposition that no “point-to-point” communication can ever amount to a communication to the public. The Supreme Court’s caveat to the effect that a series of repeated transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute a communication to the public is best understood as a recognition that multiple transmissions of the same work could constitute evidence of an intention to communicate to the public and, if they did, such transmissions would indeed constitute a communication to the public. This Court’s decision in *CWTA* is not inconsistent with these conclusions because in that case, the Court appears to have found that there was evidence of an intention to communicate musical works to the public. Thus, I believe that *CCH* (S.C.C.) can be reconciled with this Court’s decision in *CWTA*. Finally, if there is an intention to communicate a work to the public, every communication of the work, starting with the first, is a communication to the public.

[63] Returning to the decision under review, the Board’s reasoning on the issue in this application is found at paragraph 97 of its decision which reads as follows:

Second, the transmission of a download to a member of the public is a communication to the public. Downloads are “targeted at an aggregation of individuals”. They are offered to anyone with the appropriate device who is willing to comply with the terms dictated by the person who supplies the downloads. One or more transmissions of the same work, over the Internet, by fax or otherwise, to one or more members of a public each constitute[s] a communication to the public. Any files iTunes offers to its clients is communicated to the public as soon as one client “pulls” the file. [Footnote omitted.]

[64] It is clear from this passage that the Board has correctly identified intention as a critical factor by identifying the target group for the downloads as the public, defined as “an aggregation of individuals”. It is not necessary, in order to dispose of this application, to define “the public” any further. It is also clear that, given the online music service’s intended market, every transmission is a communication to the public, beginning

où rien n’indique que la personne qui a communiqué avait l’intention de communiquer au public. Par conséquent, cet arrêt n’enseigne pas qu’aucune communication « point à point » ne peut équivaloir à une communication au public. Il convient mieux d’interpréter la mise en garde de la Cour suprême selon laquelle la transmission répétée de la même œuvre à de nombreux destinataires différents pourrait constituer une communication au public comme une reconnaissance que les transmissions multiples de la même œuvre pourraient prouver l’intention de communiquer au public et, le cas échéant, elles constitueraient effectivement une communication au public. La doctrine de l’arrêt *ACTSF*, rendu par notre Cour, ne va pas à l’encontre de cet enseignement parce qu’alors, la Cour semble avoir conclu que les preuves établissaient l’intention de communiquer les œuvres musicales au public. Ainsi, il me semble que la jurisprudence *CCH* (C.S.C.) peut se concilier avec la jurisprudence *ACTSF* de notre Cour. Enfin, si l’intention de communiquer une œuvre au public est prouvée, chaque communication de l’œuvre, commençant par la première, constitue une communication au public.

[63] Pour revenir à la décision attaquée, le raisonnement de la Commission sur la question dans cette demande se trouve au paragraphe 97 de sa décision; en voici le texte :

Deuxièmement, la transmission d’un téléchargement à un membre d’un public est une communication au public. Les téléchargements sont « destiné[s] à un groupe de personnes ». Ils sont offerts à quiconque possède l’appareil approprié et est disposé à remplir les conditions dictées par la personne qui fournit les téléchargements. Une ou plusieurs transmissions de la même œuvre, sur Internet, par télécopieur ou autrement, à un ou plusieurs membres d’un public constituent chacune une communication au public. Tout fichier iTunes offert aux clients est communiqué au public dès qu’un client « tire » le fichier. [Note en base de page omise.]

[64] Ce passage démontre clairement que la Commission a indiqué à juste titre que l’intention est un facteur critique en indiquant que les téléchargements sont destinés au public, défini comme « un groupe de personnes ». Pour statuer sur la présente demande, il n’est pas nécessaire de définir plus en détail « le public ». De plus, compte tenu du marché visé des services de musique en ligne, il ne fait aucun doute que chaque

with the first one. As a result, the vexing problem of attempting to define quantitatively the boundary between private communications and communications to the public does not arise.

[65] As a result, I am of the view that the Board's conclusion that a download of a musical file from an online music service to a single user is a communication of the musical work to the public by telecommunication is reasonable. The Board's reasons are transparent and intelligible and the result is one which falls within the range of possible, acceptable outcomes, defensible in respect of the facts and the law: see *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[66] This leaves only the applicants' argument that the Board erred in equating the online music services' making works available to the public with communicating those works to the public. I agree with SOCAN that the applicants' argument is based upon a misinterpretation of the Board's reasons. The finding that a completed transmission was necessary in order to constitute a communication to the public is a complete answer to this argument. The Board made such a finding in paragraph 97 of its decision, quoted above.

## CONCLUSION

[67] I would therefore dismiss the application for judicial review with one set of costs in each file to the respondents, payable jointly by the applicant(s) in each file. The intervener shall bear its own costs.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

transmission, en commençant par la première, constitue une communication au public. Le problème délicat que pose la tentative de définir quantitativement les limites entre les communications privées et les communications au public n'est donc pas en jeu en l'espèce.

[65] Par conséquent, je suis d'avis que la conclusion de la Commission selon laquelle le téléchargement d'un fichier musical à partir d'un service de musique en ligne vers un seul utilisateur est une communication de l'œuvre musicale au public par télécommunication est raisonnable. Les motifs de la Commission sont transparents et intelligibles et les conclusions qu'elle a tirées s'inscrivent légitimement dans les faits et le droit pertinent : voir *Dunsmuir*, au paragraphe 47.

[66] Il ne reste donc plus qu'à examiner la thèse des demanderesse selon laquelle la Commission a commis une erreur en n'opérant pas de distinction entre le fait pour les services de musique en ligne de mettre les œuvres à la disposition du public et le fait de communiquer ces œuvres au public. Je retiens la thèse de SOCAN voulant que le raisonnement des demanderesse est fondé sur une lecture erronée des motifs de la Commission. La conclusion portant qu'une transmission doit nécessairement être terminée pour constituer une communication au public répond entièrement à cet argument. La conclusion tirée par la Commission à cet égard se trouve au paragraphe 97 de sa décision, précédemment cité.

## CONCLUSION

[67] Par conséquent, je rejeterais la demande de contrôle judiciaire en accordant aux défenderesses un seul mémoire de dépens dans chacun des dossiers, payable conjointement par la ou les demanderesse, le cas échéant, dans chacun des dossiers. L'intervenante assumera ses propres dépens.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d'accord.