

2004 FCA 424
A-9-04

2004 CAF 424
A-9-04

Canadian Private Copying Collective (*Applicant*)

Société canadienne de perception de la copie privée
(*demanderesse*)

v.

c.

Canadian Storage Media Alliance [Sony of Canada Ltd.; Verbatim Corporation; Fuji Photo Film Canada Inc.; Compaq Computer Corporation; Intel Corporation; Maxell Canada Corp.; Thomson Multimedia Ltd.; Imation Canada Inc.; Hewlett Packard (Canada) Ltd.; Apple Canada Inc.; Memorex Canada Ltd.; AVS Technologies Inc.; Dell Computer Corporation; Samsung Electronics Canada Inc.] and Canadian Wireless Telecommunications Association, Cognos Inc., Consumer Electronic Marketers of Canada, Costco Wholesale Canada Ltd., Intertan, Inc. (d.b.a. RadioShack Canada); London Drugs Limited; Retail Council of Canada; The Business Depot Ltd. (d.b.a. Staples Business Depot); Wal-Mart Canada Corporation; Future Shop Ltd., Hydraulic Design, Vencon Technologies Inc., Mr. Jeremy Hellstrom, Mr. Martin Hemmings, Mr. Brian M. Hunt, Mr. V. Kuz, Mr. Richard C. Pitt and Mr. Tom A. Trotter (Respondents)

Canadian Storage Media Alliance [Sony du Canada Ltée; Verbatim Corporation; Fuji Photo Film Canada Inc.; Compaq Computer Corporation; Intel Corporation; Maxell Canada Corp.; Thomson Multimedia Ltd.; Imation Canada Inc.; Hewlett Packard (Canada) Ltd.; Apple Canada Inc.; Memorex Canada Ltd.; AVS Technologies Inc.; Dell Computer Corporation; Samsung Electronics Canada Inc.] et Association canadienne des télécommunications sans fil, Cognos Inc., Consumer Electronic Marketers of Canada, Costco Wholesale Canada Ltd.; Intertan, Inc. (exploitée sous la raison sociale RadioShack Canada); London Drugs Limited; Conseil canadien du commerce de détail; The Business Depot Ltd. (exploitée sous la raison sociale Staples Business Depot/Bureau en Gros); Wal-Mart Canada Corporation; Future Shop Ltd., Hydraulic Design, Vencon Technologies Inc., M. Jeremy Hellstrom, M. Martin Hemmings, M. Brian M. Hunt, M. V. Kuz, M. Richard C. Pitt et M. Tom A. Trotter (défendeurs)

and

et

Canadian Broadcasting Corporation (*Intervener*)

Société Radio-Canada (*intervenante*)

A-10-04

A-10-04

Apple Canada Inc., Dell Computer Corporation of Canada, Hewlett Packard (Canada) Co., and Intel Corporation (*Applicants*)

Apple Canada Inc., Dell Computer Corporation of Canada, Hewlett Packard (Canada) Co., et Intel Corporation (*demandereses*)

v.

c.

Canadian Private Copying Collective (CPCC), Canadian Wireless Telecommunications Association (CWTA), Cognos Inc., Consumer Electronic Marketers of Canada (CEMC), "Retailers Coalition"

Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP), Association canadienne des télécommunications sans fil (CWTA), Cognos Inc., Consumer Electronic Marketers of Canada (CEMC),

(being Costco Wholesale Canada Ltd.; Intertan, Inc. (d.b.a. RadioShack Canada); London Drugs Limited; Retail Council of Canada; The Business Depot Ltd. (d.b.a. Staples Business Depot); Wal-Mart Canada Corp.; Future Shop Ltd.), Hydraulic Design, Vencon Technologies Inc., Mr. Jeremy Hellstrom, Mr. Martin Hemmings, Mr. Brian M. Hunt, Mr. V. Kuz, Mr. Richard C. Pitt, and Mr. Tom A. Trottier (*Respondents*)

and

The Copyright Board (*Intervener*)

A-11-04

Retail Council of Canada, Wal-Mart Canada, The Business Depot Ltd. (Staples Business Depot), London Drugs Limited, Intertan Inc. (RadioShack Canada), Future Shop Ltd. and Costco Wholesale Canada Ltd. (the “retailers”) (*Applicants*)

v.

Canadian Private Copying Collective (CPCC) and Canadian Storage Media Alliance, Canadian Wireless Telecommunications Association, Cognos Inc., Consumer Electronic Marketers of Canada, Hydraulic Design, Vencon Technologies Inc., Mr. Jeremy Hellstrom, Mr. Martin Hemmings, Mr. Brian M. Hunt, Mr. V. Kuz, Mr. Richard C. Pitt and Mr. Tom A. Trottier (*Respondents*)

INDEXED AS: CANADIAN PRIVATE COPYING COLLECTIVE v. CANADIAN STORAGE MEDIA ALLIANCE (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Linden, Noël and Evans J.J.A.—Ottawa, October 12 and 13; December 14, 2004.

Copyright — Judicial review applications of Copyright Board of Canada decision certifying levy rates imposed pursuant to Copyright Act, Part VIII on blank audio recording media for 2003-2004 — Levies imposed to compensate

«Coalition des détaillants» (Costco Wholesale Canada Ltd.; Intertan, Inc. (exploitée sous la raison sociale RadioShack Canada); London Drugs Limited; Conseil canadien du commerce de détail; The Business Depot Ltd. (exploitée sous la raison sociale Staples Business Depot/Bureau en Gros); Wal-Mart Canada Corp.; Future Shop Ltd.), Hydraulic Design, Vencon Technologies Inc., M. Jeremy Hellstrom, M. Martin Hemmings, M. Brian M. Hunt, M. V. Kuz, M. Richard C. Pitt et M. Tom A. Trottier (*défendeurs*)

et

Commission du droit d’auteur (*intervenante*)

A-11-04

Conseil canadien du commerce de détail, Wal-Mart Canada, The Business Depot Ltd. (Staples Business Depot/Bureau en Gros), London Drugs Limited, Intertan Inc. (RadioShack Canada), Future Shop Ltd. et Costco Wholesale Canada Ltd. (les «détaillants») (*demandereses*)

c.

Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) et Canadian Storage Media Alliance, Association canadienne des télécommunications sans fil, Cognos Inc., Consumer Electronic Marketers of Canada, Hydraulic Design, Vencon Technologies Inc., M. Jeremy Hellstrom, M. Martin Hemmings, M. Brian M. Hunt, M. V. Kuz, M. Richard C. Pitt et M. Tom A. Trottier (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PERCEPTION DE LA COPIE PRIVÉE c. CANADIAN STORAGE MEDIA ALLIANCE (C.A.F.)

Cour d’appel fédérale, juges Linden, Noël et Evans, J.C.A.—Ottawa, 12 et 13 octobre; 14 décembre 2004.

Droit d’auteur — Demandes de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Commission du droit d’auteur du Canada a homologué le tarif des redevances imposées en vertu de la partie VIII de la Loi sur le droit d’auteur sur les supports

authors, performers, makers of recorded music (rightsholders) for loss of exclusive reproduction rights due to legalization by Part VIII of copying recorded music for private use — Board holding Act, Part VIII constitutionally valid federal copyright law imposing regulatory charge and not tax — Applying pith and substance analysis, Part VIII copyright law — Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority applied, Part VIII regulatory scheme, not tax — Application challenging Board's decision as to constitutional validity of Part VIII dismissed — Board holding "zero-rating program" (exempting registered users who do not private copy from paying levies) having no legal basis — Of view Canadian Private Copying Collective (CPCC), which distributes levies collected to rightsholders, having no authority to create exemptions such as "zero-rating program" — Although Board having no authority to determine legality of "zero-rating program", could disregard it in setting fair, equitable levy, a task falling within Board's regulatory expertise — Decision withstanding review based on standard of reasonableness simpliciter — Board not infringing on CPCC's common law right to waive payment of levies, simply saying such waiver will not be compensated — Application challenging Board's decision as to legality of zero-rating program dismissed — Board holding memories embedded in digital audio recorders subject to levies — Legislative history of Bill C-32 reviewed — Digital audio recorder not retaining identity as "audio recording medium", not coming within ambit of definition in Act — Here, device defining element of levy, not memory incorporated therein — Not open to Board to establish levy on embedded memory beyond that sought by CPCC — Legislator free to remove administrative tribunals from constraints of ultra petita principle — Here, Act, ss. 83(8), (9) show Board retaining discretion to establish "fair and equitable" tariff and set terms, conditions it considers appropriate — Application challenging levy on memory in MP3 players allowed in part.

audio vierges pour 2003 et 2004 — Cette redevance indemnise les auteurs, artistes-interprètes et producteurs (les titulaires de droits) de la perte d'exclusivité qu'ils subissent en raison du fait que la partie VIII légalise la copie pour usage privé d'enregistrements sonores — La Commission a confirmé la constitutionnalité de la partie VIII de la Loi en déclarant qu'il s'agissait de dispositions législatives fédérales sur le droit d'auteur qui imposent une redevance de nature réglementaire et non une taxe — Appliquant le critère du caractère véritable, la Commission a estimé que la partie VIII de la Loi constituait un texte législatif portant sur le droit d'auteur — Application de l'arrêt Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority: la partie VIII est un régime réglementaire et non une taxe — Demande contestant la décision de la Commission quant à la constitutionnalité de la partie VIII rejetée — La Commission a jugé sans fondement juridique le «programme d'exonération de la redevance» (qui dispense du paiement des redevances les utilisateurs inscrits qui ne font pas de copie privée) — Elle a estimé que la Société canadienne de perception de la copie privée (la SCPCP), qui répartit entre les titulaires des droits les redevances perçues, n'a pas le pouvoir de créer des exemptions comme le «programme d'exonération de la redevance» — Même si elle n'est pas autorisée à se prononcer sur la légalité du programme d'exonération de la redevance, la Commission pouvait ne pas en tenir compte pour établir une redevance juste et équitable, une fonction qui relevait de sa compétence en matière de réglementation — La décision résiste au contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable simpliciter — La décision de la Commission n'a pas pour effet de retirer à la SCPCP la faculté que la common law lui reconnaît de renoncer au paiement des redevances; elle prévoit seulement que cette renonciation ne donnera pas lieu à une indemnisation — Demande contestant la décision de la Commission sur la légalité du programme d'exonération de la redevance rejetée — La Commission a estimé que la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique était assujettie à la redevance sur la copie privée — Examen de l'historique législatif du projet de loi C-32 — L'enregistreur audionumérique ne conserve pas son identité de «support audio» et ne répond pas à la définition de la Loi — C'est l'appareil et non la mémoire qui y est intégrée qui est l'élément qui doit servir à définir la redevance — Il n'était pas loisible à la Commission d'établir une redevance sur cette mémoire — Pour le cas où la Cour aurait tort, la Commission pouvait homologuer un tarif plus élevé que celui qui était demandé par la SCPCP — Le législateur est libre de soustraire les tribunaux administratifs aux contraintes du principe interdisant de statuer ultra petita — En l'espèce, les art. 83(8) et (9) de la Loi montrent qu'une fois saisie du projet de tarif, la Commission conserve le pouvoir discrétionnaire de fixer un tarif «juste et équitable» et d'établir à son appréciation, les modalités afférentes aux redevances — Demande contestant la redevance imposée sur la mémoire intégrée aux lecteurs MP3 accueillie en partie.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Copyright Act, Part VIII legalizing copying recorded music for private use, entitling authors, performers, makers of recorded music (rightsholders) to compensation for loss of exclusive reproduction rights — Whether Part VIII, pursuant to which levy on blank audio recording media imposed, in pith and substance copyright law — Application of pith and substance doctrine: pith and substance of provision must concern matter falling within competence of Parliament; if intruding on powers of provincial legislatures, must be part of valid federal legislative scheme and sufficiently integrated in scheme and important to insure its efficacy — Here, Part VIII tightly linked to Parliament's goal to compensate rightsholders, an essential element of federal legislative competence over copyright.

Constitutional Law — Tax versus regulatory charge — Whether levy imposed on blank audio recording media pursuant to Copyright Act, Part VIII a tax (and as such unconstitutional because not introduced in House of Commons by Ways and Means motion) or regulatory charge — Criteria generally indicating presence of tax set out in Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority: tax enforceable by law, imposed pursuant to authority of Parliament, levied by public body, imposed for public purpose — Other factor distinguishing fee from tax is nexus existing between quantum charged, cost of service provided — First four criteria met — However, criteria established in Westbank to identify regulatory scheme present: Part VIII complete, detailed code of regulation computed to advance statutory scheme; manufacturers, importers of blank media caused need leading Parliament to implement Part VIII; levy having regulatory purpose seeking to affect behaviour of individuals.

Construction of Statutes — Copyright Act, Part VIII permitting imposition of levies on blank audio recording media to compensate authors, performers, makers of recorded music (rightsholders) for loss of exclusive reproduction rights resulting from legalization, also under Part VIII, of copying recorded music for private use — Canadian Private Copying Collective (CPCC) responsible for collecting, distributing

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — La partie VIII de la Loi sur le droit d'auteur légalise la copie pour usage privé d'enregistrements sonores d'œuvres musicales et indemnise les auteurs, artistes-interprètes et producteurs (les titulaires de droits) de la perte d'exclusivité qu'ils subissent ainsi — La partie VIII de la Loi, qui impose des redevances sur les supports audio vierges, constitue-t-elle, de par son caractère véritable, un texte législatif portant sur le droit d'auteur? — Application de la théorie du caractère véritable: les dispositions doivent, de par leur caractère véritable, viser une question qui relève de la compétence du législateur fédéral; si elles empiètent sur les pouvoirs des législatures provinciales, elles doivent s'inscrire dans le cadre d'un régime législatif fédéral valide et si elles s'inscrivent dans le cadre d'un régime législatif fédéral valide, les dispositions doivent être suffisamment intégrées à ce régime et être assez importantes pour en assurer l'efficacité — En l'espèce, la partie VIII est étroitement liée à l'objectif visé par le législateur fédéral, en l'occurrence indemniser les titulaires de droits, ce qui constitue un aspect essentiel de la compétence législative fédérale sur le droit d'auteur.

Droit constitutionnel — Taxe ou redevance de nature réglementaire — Il s'agit de savoir si la redevance imposée sur les supports audio vierges en vertu de la partie VIII de la Loi sur le droit d'auteur constitue une taxe (laquelle est, de ce fait, inconstitutionnelle parce qu'elle n'a pas été présentée à la Chambre des communes par le biais d'une motion de voies et moyens) ou une redevance de nature réglementaire — Les critères qui permettent généralement de conclure à l'existence d'une taxe ont été énoncés dans l'arrêt Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority: un prélèvement est habituellement considéré comme une taxe s'il est exigible en vertu de la loi, imposé sous l'autorité du Parlement, perçu par un organisme public et destiné à une fin d'intérêt public — Un autre facteur qui permet généralement de distinguer des frais d'une taxe est qu'il doit y avoir un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni — Les quatre premiers critères ont été respectés — Toutefois, les indices énumérés dans l'arrêt Westbank pour pouvoir conclure à l'existence d'un «régime réglementaire» sont réunis: la partie VIII constitue un code de réglementation complet et détaillé; la redevance est manifestement calculée de manière à favoriser l'atteinte de l'objectif visé par le régime législatif; les fabricants et les importateurs de supports vierges ont créé le besoin qui a incité le législateur fédéral à adopter la partie VIII; la redevance vise un objectif spécifique destiné à influencer certains comportements individuels.

Interprétation des lois — La partie VIII de la Loi sur le droit d'auteur permet l'imposition de redevances sur les supports audio vierges pour indemniser les auteurs, artistes-interprètes et producteurs (les titulaires de droits) de la perte d'exclusivité qu'ils subissent en raison de la légalisation, aussi en vertu de la partie VIII, de la copie pour usage privé d'œuvres musicales — La Société canadienne de perception de la copie privée

levies to rightsholders — CPCC operating “zero-rating program”, scheme pursuant to which registered purchasers not private copying not required to pay levies — Well-recognized rule of statutory interpretation that expression of one thing in a statute usually suggests exclusion of another — Part VIII containing two exceptions to levy — Act, s. 87(a) providing Governor in Council, not Copyright Board of Canada or CPCC, empowered to make regulations respecting procedures for application of Act, s. 86 exemption — Parliament clearly not envisaging that CPCC could create, administer exemptions such as “zero-rating program” — Modern approach to statutory interpretation required to determine whether implicit authority for grant of exemptions underlying “zero-rating program” — Board of view no such grant to CPCC.

Administrative Law — Ultra petita principle — Principle generally understood to mean court will not make ruling beyond that requested by parties — However, legislator free to remove administrative tribunals from constraints of ultra petita as administrative tribunals generally created to advance interests possibly going beyond immediate interests of parties before them — Here, Copyright Act, ss. 83(8), (9) show Copyright Board of Canada retaining discretion to establish “fair and equitable” tariff, set terms, conditions it considers appropriate — Board not erring in setting levy at rate higher than applied for.

These were three applications for judicial review of a Copyright Board of Canada decision establishing levies imposed on blank audio recording media used to privately copy recorded musical works, performances and sound recordings (recorded music) for 2003 and 2004. These levies are established by the Board and collected by the Canadian Private Copying Collective (CPCC) pursuant to the *Copyright Act*, Part VIII of which legalizes copying recorded music for private use, and entitles eligible authors, performers and makers of recorded music (rightsholders) to compensation for their loss of exclusive reproduction rights. The levies collected by the CPCC are then distributed to the collective societies representing the rightsholders in the proportion determined by the Board. In the decision under review, the memories embedded in digital audio recorders were held to be subject to private copying levies. The Board also held that the “zero-rating program” operated by the CPCC, a scheme pursuant to which certain groups of purchasers (users who do

(la SCPCP) est chargée de percevoir les redevances et de les répartir entre les titulaires de droits — La SCPCP administre le «programme d'exonération de la redevance», qui dispense du paiement des redevances les utilisateurs inscrits qui ne font pas de copie privée — Principe d'interprétation des lois bien connu suivant lequel la mention d'une chose dans une loi implique l'exclusion de l'autre — La Partie VIII prévoit deux exemptions en ce qui concerne le paiement de la redevance — L'art. 87a) de la Loi prévoit que c'est le gouverneur en conseil, et non la Commission ou la SCPCP, qui est habilité à prendre des règlements au sujet du mode de fonctionnement de l'exemption prévue à l'art. 86 — Le législateur n'envisageait manifestement pas que la SCPCP puisse créer et appliquer des exemptions comme le «programme d'exonération de la redevance» — Il est nécessaire d'appliquer la méthode moderne d'interprétation des lois pour déterminer si la Loi confère le pouvoir implicite d'accorder les exemptions à la base du «programme d'exonération de la redevance» — La Commission était d'avis que ce pouvoir n'a pas été conféré à la SCPCP.

Droit administratif — Principe interdisant de statuer ultra petita — Ce principe signifie en règle générale que le tribunal ne doit pas accorder plus qu'il n'a été demandé par les parties — Toutefois, le législateur est libre de soustraire les tribunaux administratifs aux contraintes du principe interdisant de statuer ultra petita, étant donné que les tribunaux administratifs sont le plus souvent créés pour promouvoir des intérêts qui peuvent aller au-delà des intérêts immédiats des parties qui comparaissent devant eux — En l'espèce, les art. 83(8) et (9) de la Loi sur le droit d'auteur montrent qu'une fois saisie du projet de tarif, la Commission conserve le pouvoir discrétionnaire de fixer un tarif «juste et équitable» et d'établir à son appréciation, les modalités afférentes aux redevances — La Commission n'a pas commis d'erreur en fixant une redevance plus élevée que celle qui était demandée.

Il s'agit de trois demandes de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission du droit d'auteur du Canada (la Commission) a établi les redevances sur la copie pour usage privé d'œuvres musicales, de prestations d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores (musique enregistrée) sur supports audio vierges pour 2003 et 2004. Ces redevances sont établies par la Commission et sont perçues par la Société canadienne de perception de la copie privée (la SCPCP) en vertu de la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui a pour effet de légaliser la copie pour usage privé d'enregistrements sonores d'œuvres musicales et qui indemnise les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles (les titulaires de droits) de la perte d'exclusivité qu'ils subissent ainsi en imposant une redevance sur les supports utilisés pour enregistrer de la musique. Les redevances perçues par la SCPCP sont ensuite réparties entre les sociétés de gestion qui représentent les titulaires de droits dans les proportions établies par la Commission. Dans la décision à l'examen, la

not private copy and who have registered with the CPCC as such users) are not required to pay the levies (when they purchase blank media from authorized manufacturers), had no legal basis. The Board also upheld the constitutional validity of Part VIII as a federal copyright law that imposes a regulatory charge and therefore does not constitute a tax.

The application by the Retailers Coalition (a coalition of retailers of blank media) (Docket A-11-04) challenged the decision of the Board in so far as it upheld the constitutional validity of Part VIII. They argued that Part VIII is not, in pith and substance, copyright law. In the alternative, they argued that Part VIII gives rise to a tax, and as such, is unconstitutional because it was not introduced in the House of Commons by a Ways and Means motion. Lastly, they argued that the levy scheme was *ultra vires* the authority of Parliament because it is excessively broad and vague. The CPCC's application (Docket A-9-04) challenged the decision of the Board in so far as it held that the zero-rating program is illegal. As for the Canadian Storage Media Alliance (CSMA), which represents the major manufacturers and importers of blank media, its application (Docket A-10-04) challenged the Board's ruling that the memory embedded in MP3 players is leviable under Part VIII and its imposition of a levy thereon in an amount greater than that proposed by the CPCC. (The Act authorizes the CPCC to file a proposed tariff with the Board, which the Board considers, along with any objection to it, before certifying a tariff it determines to be fair and equitable.)

Held, the Retailers Coalition's application (Docket A-11-04) should be dismissed; the CPCC's application (Docket A-9-04) should be dismissed; the CSMA's application (Docket A-10-04) should be allowed in part.

A-11-04

The first question was whether Part VIII is in pith and substance copyright law. To be constitutionally valid the pith and substance of the provision must concern a matter that falls within the competence of Parliament. If it intrudes upon the

Commission a estimé que la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique était assujettie à la redevance sur la copie privée. La Commission a également jugé sans fondement juridique le «programme d'exonération de la redevance» administré par la SCPCP, un régime qui a pour effet de dispenser certains groupes d'acheteurs (les utilisateurs qui ne font pas de copie privée et qui se sont inscrits comme tels auprès de la SCPCP) du paiement des redevances autorisées par la Commission lorsqu'ils achètent des supports à des fabricants autorisés. La Commission a également confirmé la constitutionnalité de la partie VIII de la Loi en déclarant qu'il s'agissait de dispositions législatives fédérales sur le droit d'auteur qui imposent une redevance de nature réglementaire et non une taxe.

La coalition des détaillants, une coalition de vendeurs au détail de supports vierges (dossier A-11-04), conteste la partie de sa décision dans laquelle la Commission a confirmé la constitutionnalité de la partie VIII. À leur avis, la partie VIII de la Loi ne constitue pas, de par son caractère véritable, un texte législatif portant sur le droit d'auteur. À titre subsidiaire, les détaillants soutiennent que la partie VIII crée une taxe et qu'elle est, de ce fait, inconstitutionnelle parce qu'elle n'a pas été présentée à la Chambre des communes par le biais d'une motion de voies et moyens. Finalement, les détaillants font valoir que le législateur fédéral n'était pas compétent pour adopter le régime de redevances parce qu'il est extrêmement vague et général. La SCPCP conteste (dossier A-9-04) la décision de la Commission dans la mesure où elle a déclaré illégal le programme d'exonération de la redevance. Quant à la Canadian Storage Media Alliance (la CSMA), qui représente les principaux fabricants et importateurs de supports vierges, elle conteste (dossier A-10-04) la conclusion de la Commission suivant laquelle la mémoire intégrée à un lecteur MP3 est assujettie à la redevance en vertu de la partie VIII et elle s'oppose à l'imposition d'une redevance plus élevée que celle qui est proposée par la CCPC. (La Loi autorise la SCPCP à déposer auprès de la Commission un projet de tarif des redevances à percevoir au profit des titulaires de droits. Après examen du projet de tarif et, le cas échéant, des oppositions, la Commission certifie le tarif qu'elle estime juste et équitable.)

Arrêt: la demande de la coalition des détaillants (dossier A-11-04) doit être rejetée; la demande de la SCPCP (dossier A-9-04) doit être rejetée; la demande de la CSMA (dossier A-10-04) doit être accueillie en partie.

A-11-04

La première question en litige est celle de savoir si la partie VIII de la Loi constitue, de par son caractère véritable, un texte législatif portant sur le droit d'auteur. Pour être constitutionnelles, les dispositions d'une loi fédérale doivent,

powers of the provincial legislatures, it must be part of a valid federal legislative scheme. If it is part of such a valid legislative scheme, it must be sufficiently integrated into that scheme and sufficiently important to insure its efficacy. Viewed from their purpose and legal effects, all the provisions of Part VIII are tightly linked to Parliament's goal to compensate rightsholders in respect of the reproduction of music for private use. The Board did not err in concluding that Part VIII is in pith and substance copyright law.

As to whether Part VIII gives rise to a tax, the five criteria that generally indicate the presence of a tax were set out in *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*. The four traditional indicia of a tax are that it will usually be enforceable by law, imposed pursuant to the authority of Parliament, levied by a public body, and imposed for a public purpose. Another possible factor that generally distinguishes a fee from a tax is that a nexus must exist between the quantum charged and the cost of the service provided. The Board was wrong to find that the levy at issue was not intended for a public purpose or levied by a public body. The levy was collected for a public purpose, i.e. supporting the creators and the cultural industries by striking a balance between the rights of creators and those of users. The fact that the levy is paid directly to the rightsholders through the CPCC does not transform the Act into a statute whose prime purpose is to advance private interests. The levy is levied by a public body, since it is the Board, a public body, which sets it. Therefore, the four traditional indicia were present. However, with regard to the last criterion, the Board correctly held that Part VIII is a "regulatory scheme" (as opposed to a tax in the constitutional sense) and that the necessary connection between the levy and this scheme had been established. The indicia to identify a "regulatory scheme", identified in *Westbank*, were present: Part VIII is a complete and detailed code of regulation; the levy was clearly computed in order to advance the statutory scheme, as evidenced by the fact that in setting the levy, the Board must ensure that there is a correlation between the extent of the private copying that occurs by the use of the blank media and the levies that are certified with respect to such media; the manufacturers and importers of blank media allowed for the proliferation of consumer copying by providing consumers with the means by which private copying takes place, and thereby caused the need which led Parliament to implement Part VIII; and the levy has a regulatory purpose which seeks to

de par leur caractère véritable, viser une question qui relève de la compétence du législateur fédéral. Si les dispositions empiètent sur les pouvoirs des législatures provinciales, elles doivent s'inscrire dans le cadre d'un régime législatif fédéral valide. Si elles s'inscrivent dans le cadre d'un régime législatif fédéral valide, les dispositions doivent être suffisamment intégrées à ce régime et être assez importantes pour en assurer l'efficacité. Envisagées sous l'angle de leur objet et de leurs effets juridiques, toutes les dispositions de la partie VIII sont étroitement liées à l'objectif visé par le législateur fédéral, en l'occurrence indemniser les titulaires de droits pour la reproduction d'œuvres musicales pour usage privé. La Commission n'a pas commis d'erreur en concluant que la partie VIII de la Loi constitue, de par son caractère véritable, un texte législatif portant sur le droit d'auteur.

Sur la question de savoir si la partie VIII donne lieu à une taxe, la Cour suprême a, dans l'arrêt *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, énoncé les cinq critères qui permettent généralement de conclure à l'existence d'une taxe. Suivant les quatre indices traditionnels, un prélèvement est habituellement considéré comme une taxe s'il est exigible en vertu de la loi, imposé sous l'autorité du Parlement, perçu par un organisme public et destiné à une fin d'intérêt public. Il est un autre facteur qui permet généralement de distinguer des frais d'une taxe: il doit y avoir un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni. La Commission a eu tort de conclure que les redevances ne servaient pas une fin d'intérêt public et qu'elles n'étaient pas perçues par un organisme public. La redevance a été créée pour une fin publique: venir en aide aux créateurs et à l'industrie de la musique en créant un équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs. Le fait que la redevance soit versée directement aux titulaires de droits par l'entremise de la SCPCP n'est pas incompatible avec cette fin et ne transforme pas la Loi en un texte législatif dont l'objectif premier serait la défense d'intérêts privés. La redevance est perçue par un organisme public, puisque c'est la Commission, un organisme public, qui la détermine. Les quatre indices habituels permettant de conclure à l'existence d'une taxe sont donc présents. Toutefois, en ce qui concerne le dernier critère, c'est à juste titre que la Commission a estimé que la partie VIII constituait un «régime réglementaire» (par opposition à une taxe au sens constitutionnel) et que le lien nécessaire entre la redevance et ce régime avait été établi. Les indices énumérés par la Cour suprême dans l'arrêt *Westbank* pour pouvoir conclure à l'existence d'un «régime réglementaire» étaient réunis: la partie VIII constitue un code de réglementation complet et détaillé; la redevance est manifestement calculée de manière à favoriser l'atteinte de l'objectif visé par le régime législatif, ainsi que le démontre le fait que, lorsqu'elle fixe des redevances, la Commission doit s'assurer qu'il existe une

affect the behaviour of individuals in that it encourages creation by ensuring that rightsholders obtain some financial reward for their creation in circumstances where they previously did not. For the same reasons, Part VIII was not unconstitutional by reason of being overly vague and insufficiently connected to copyright law.

A-9-04

The Board properly held that, in setting a levy that is fair and equitable, it should disregard CPCC's zero-rating program. The Board's inability to create exemptions from the levy was not contested and was consistent with the well-recognized rule of statutory interpretation that the expression of one thing in a statute usually suggests the exclusion of another (e.g. if a statute specifies one or more exceptions to a general rule, other exceptions are not to be read in). Part VIII contains two exceptions: (1) no levy is payable by manufacturers or importers where the blank medium is exported from Canada; and (2) no levy is payable where a manufacturer or importer sells or disposes of a blank medium to a society, association or corporation that represents persons with a perceptual disability (section 86 exemption). The Governor in Council is also empowered to exclude from liability certain media. Paragraph 87(a) of the Act provides that the Governor in Council, not the Board or collecting bodies, may make regulations respecting procedures for the operation of the section 86 exemption. Since Parliament reserved to Cabinet the task of creating procedures for administering a legislated exemption, it could not credibly be suggested that Parliament envisaged that the CPCC could create and administer exemptions in the form of the zero-rating program that are not explicitly created by the statute. However, the analysis must go beyond this rule of statutory interpretation. The Court must read the words of the Act in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. Although it may be possible to read into the Act the implicit authority for the grant of the exemptions which underlie the zero-rating program because it advances statutory objectives, it must be shown that Parliament intended such a grant. The Board was of the view that Parliament could not have intended such an

corrélation entre, d'une part, l'ampleur de la copie privée qui découle de l'utilisation de supports vierges et, d'autre part, les redevances qui sont homologuées relativement à ces supports; en mettant des supports vierges à la disposition des consommateurs, les fabricants et les importateurs de supports vierges ont favorisé la prolifération de copies par les consommateurs, créant ainsi le besoin qui a incité le législateur fédéral à adopter la partie VIII; la redevance vise un objectif spécifique destiné à influencer certains comportements individuels du fait qu'elle encourage la création en faisant en sorte que les titulaires de droits obtiennent une certaine rémunération financière pour leur création dans des circonstances où ils ne recevaient aucune rétribution auparavant. Pour les mêmes raisons, la partie VIII n'est pas inconstitutionnelle parce qu'elle serait trop vague et qu'elle ne se rattacherait pas suffisamment au droit d'auteur.

A-9-04

La Commission a jugé à bon droit que, pour établir une redevance juste et équitable, elle ne devait pas tenir compte du programme d'exonération de la redevance de la SCPCP. La conclusion de la Commission suivant laquelle elle n'a pas le pouvoir de créer des exemptions n'était pas contestée et elle s'accorde avec le principe d'interprétation des lois bien connu suivant lequel la mention d'une chose dans une loi implique l'exclusion de l'autre (si la loi assortit une règle générale d'une ou de plusieurs exceptions, on ne peut inclure dans cette loi des exceptions qui ne s'y trouvent pas). La partie VIII renferme deux exemptions: 1) aucune redevance n'est payable par le fabricant ou l'importateur lorsque le support audio vierge est exporté du Canada; 2) la vente ou toute autre forme d'aliénation d'un support audio vierge par un fabricant ou un importateur au profit d'une société, association ou personne morale qui représente les personnes ayant une déficience perceptuelle ne donne pas lieu à redevance (article 86). Le législateur fédéral a par ailleurs expressément habilité le gouverneur en conseil à exonérer certains supports. L'alinéa 87a) de la Loi prévoit que c'est le gouverneur en conseil, et non la Commission ou les organismes de perception, qui est habilité à prendre des règlements au sujet du mode de fonctionnement de l'exemption prévue à l'article 86. Compte tenu du fait que le législateur fédéral a confié au Cabinet le soin de définir la procédure à suivre pour appliquer une exemption législative, on ne saurait logiquement prétendre que le législateur envisageait que la SCPCP puisse créer et appliquer, par le biais de son programme d'exonération de la redevance, des exemptions qui ne sont pas explicitement prévues par la loi. Il faut toutefois pousser l'analyse plus loin que ce principe d'interprétation des lois. La Cour doit lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi,

extensive grant to the CPCC without providing a framework for its exercise.

Although the relevance of CPCC's zero-rating program to the setting of the levy raised a question of statutory interpretation, the Board was required to resort to its considerable rate-setting expertise. A degree of deference was owed to that aspect of the decision and the appropriate standard of review was reasonableness *simpliciter*. The Board's decision withstood the "somewhat probing examination" to which decisions reviewable for unreasonableness are subject, even though the Board had no statutory authority to pronounce on the legality of the zero-rating program. The holding by the Board that the zero-rating program is illegal simply meant that the Board would disregard that program when setting the levy. The Board may make pronouncements that impact on contractual rights (in this case, the CPCC's zero-rating program) if its rate-setting function so requires. The Board's decision did not remove the common law right of rightsholders to waive the payment of levies. The Board made it clear that the CPCC could forego the collection of levies legally owing to it. However, it could no longer expect that the Board would compensate it for the negative impact of the program on its revenues. The Board did not err when it declared the zero-rating program was not authorized under the Act because it would provide for an exemption from the scheme, contrary to Parliament's intention. CPCC's request for a stay of the Court's decision, and the Retailers Coalition's request for an order compelling the CPCC to comply with the Board's decision, were denied.

A-10-04

The Board held that digital audio recorders (MP3 players) are ordinarily used by individuals to copy music; and the memory embedded therein qualified as a medium within the definition of "audio recording medium" and was leviable. A permanently embedded or non-removable memory, incorporated into a digital audio recorder does not retain its

l'objet de la loi et l'intention du législateur. Bien qu'il soit possible d'interpoler dans la loi le pouvoir implicite d'accorder les exemptions qui sont à la base du programme d'exonération de la redevance parce que ce programme permet d'atteindre les objectifs visés par la Loi, il faut démontrer que le législateur avait l'intention de conférer ce pouvoir. La Commission n'a pas accepté l'idée que le législateur fédéral ait pu vouloir accorder des pouvoirs aussi vastes sans en encadrer l'exercice.

Bien que l'utilité du programme d'exonération de la redevance pour la détermination de la redevance soulève une question d'interprétation des lois, la Commission a fait appel à ses connaissances fouillées en matière d'établissement de tarifs. La Cour doit faire preuve d'une certaine retenue envers cet aspect de la décision et la norme de la décision raisonnable *simpliciter* est la norme de contrôle appropriée. La décision de la Commission résiste à l'«examen assez poussé» auquel sont assujetties les décisions susceptibles de faire l'objet d'un contrôle judiciaire en fonction de la norme de la décision raisonnable et ce, même si la Commission n'était pas légalement habilitée à se prononcer sur la légalité du programme d'exonération de la redevance. En déclarant illégal le programme d'exonération de la redevance, la Commission signifiait seulement son intention de ne pas en tenir compte pour établir la redevance. La Commission peut rendre des décisions qui ont des incidences sur des droits contractuels (en l'espèce, le programme d'exonération de la redevance de la SCPCP) si sa fonction d'établissement des tarifs l'exige. La décision de la Commission n'a pas pour effet de retirer aux titulaires de droits la faculté que la common law leur reconnaît de renoncer au paiement des redevances. D'ailleurs, la Commission a bien précisé que la SCPCP pouvait choisir de ne pas percevoir les redevances qui lui sont légalement dues. La SCPCP ne peut toutefois plus s'attendre à ce que la Commission l'indemnisât des effets négatifs du programme sur ses revenus. La Commission n'a commis aucune erreur en jugeant que le programme d'exonération de la redevance n'était pas autorisé par la Loi et en le déclarant «illégal» parce qu'autrement, la SCPCP serait soustraite à ce régime, ce qui serait contraire à la volonté du législateur. La Cour rejette la demande de sursis de sa décision présentée par la SCPCP ainsi que la demande présentée par la coalition des détaillants en vue d'obtenir une ordonnance forçant la SCPCP à se conformer à la décision de la Commission.

A-10-04

La Commission a estimé que les enregistreurs audionumériques (lecteur MP3) sont habituellement utilisés par les consommateurs pour copier de la musique et que la mémoire intégrée à ces dispositifs répond à la définition de «support audio» et qu'elle est donc passible de la redevance. La mémoire non amovible ou intégrée en permanence à un

identity as an “audio recording medium”. It was not open to the Board to establish a levy on such memory under Part VIII. The Board’s own reasoning and the tariff which it certified disclosed that the device is the defining element of the levy and not the memory incorporated therein. The Board could not establish a levy and determine the applicable rate by reference to the device and yet assert that the levy was being applied on something else (i.e. the embedded memory). Part VIII of the Act and the definition of “audio recording medium” gave the Board no such authority. The legislative history of Bill C-32, which amended the Act to include Part VIII, showed that Parliament’s definition of “audio recording medium” stands in contradistinction with a recorder or similar devices known to exist at the time and whose function it is to record and play blank audio tapes. Such recorders do not come within the ambit of the definition, and similarly, a digital audio recorder is not a medium. The Board did not look at what was being sold or disposed of and determine whether the subject-matter of the sale came within the ambit of the definition, as it was required to do. If it had, it would have concluded that the subject-matter of the sale was a digital audio recorder, not a medium as defined, and as such, no liability could arise for the levy.

The Board set the rate on the embedded memory beyond that sought by the CPCC. The *ultra petita* principle is generally understood to mean that a court will not make a ruling beyond what is requested by the parties. However, the legislator is free to remove and often does remove administrative tribunals from the constraints of *ultra petita*, as administrative tribunals are generally created to advance interests that can go beyond the immediate interests of the parties who appear before them. In the present case, subsections 83(8) and (9) of the Act show that the Board retains the discretion to establish a tariff that is “fair and equitable”, and to set “such terms and conditions related to those levies as the Board considers appropriate”. Thus, the *ultra petita* principle did not prevent the Board from deviating as it did from the proposed tariff, and the Board did not err when it said that no unfairness would result from the increase which it authorized.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, Art. 468.

enregistreur audionumérique ne conserve pas son identité de «support audio». Il n’était pas loisible à la Commission de fixer une redevance sur ces mémoires en vertu de la partie VIII. Il ressort du raisonnement de la Commission et du tarif qu’elle a homologué que c’est l’appareil et non la mémoire qui y est intégrée qui est l’élément qui doit servir à définir la redevance. La Commission ne peut établir une redevance et déterminer les taux applicables en fonction de l’appareil tout en affirmant que la redevance s’applique à autre chose (c.-à-d. la mémoire intégrée). La partie VIII de la Loi et la définition de l’expression «support audio» ne donnaient pas ce pouvoir à la Commission. Il ressort de l’historique législatif du projet de loi C-32, qui modifiait la Loi en y insérant la partie VIII, que la définition que le législateur donne du «support audio» a comme effet d’établir une distinction d’avec l’enregistreur et les autres appareils semblables qui existaient à l’époque et dont la fonction est d’enregistrer et de faire jouer des bandes audio vierges. Les enregistreurs à bande magnétique ne répondent pas à cette définition et un enregistreur audionumérique n’est pas un support. La Commission n’a pas examiné ce que les importateurs vendaient ou aliénaient et décidé si l’objet de la vente ou de l’aliénation en question répondait à la définition, comme elle devait le faire. Si elle s’était posé cette question, elle aurait conclu que l’objet de la vente ou de l’aliénation était un enregistreur audionumérique ou un appareil, mais pas un support au sens de la Loi, de sorte qu’il ne pouvait y avoir d’obligation de payer la redevance.

La Commission a homologué un tarif plus élevé que celui qui était demandé par la SCPCP pour les mémoires intégrées. Le principe interdisant de statuer *ultra petita* signifie en règle générale que le tribunal ne doit pas accorder plus qu’il n’a été demandé par les parties. Toutefois, le législateur est libre de soustraire les tribunaux administratifs aux contraintes du principe interdisant de statuer *ultra petita*, et c’est souvent le cas, étant donné que les tribunaux administratifs sont le plus souvent créés pour promouvoir des intérêts qui peuvent aller au-delà des intérêts immédiats des parties qui comparaissent devant eux. En l’espèce, les paragraphes 83(8) et (9) de la Loi montrent qu’une fois saisie du projet de tarif, la Commission conserve le pouvoir discrétionnaire de fixer un tarif «juste et équitable» et d’établir «à son appréciation, les modalités afférentes [aux redevances]». Le principe interdisant de statuer *ultra petita* n’empêchait pas la Commission de s’écarter comme elle l’a fait du projet de tarif. La Commission n’a pas commis d’erreur lorsqu’elle a déclaré que l’augmentation qu’elle accordait ne causerait aucune injustice.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 468.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 53, 54, 91(23), 125.

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 79 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 50; 2001, c. 27, s. 240), 80 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 50), 81 (as enacted *idem*), 82 (as enacted *idem*), 83 (as enacted *idem*), 84 (as enacted *idem*), 85 (as enacted *idem*; 2001, c. 27, s. 240), 86 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 50), 87 (as enacted *idem*), 88 (as enacted *idem*).

National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 301), 61.

(mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 53, 54, 91(23), 125.

Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 301), 61.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 79 (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 50; 2001, ch. 27, art. 240), 80 (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 50), 81 (édicte, *idem*), 82 (édicte, *idem*), 83 (édicte, *idem*), 84 (édicte, *idem*), 85 (édicte, *idem*; 2001, ch. 27, art. 240), 86 (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 50), 87 (édicte, *idem*), 88 (édicte, *idem*).

Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-32.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission), [2000] 1 S.C.R. 494; (2000), 185 D.L.R. (4th) 439; [2000] 5 W.W.R. 1; 74 B.C.L.R. (3d) 1; 134 B.C.A.C. 207; 252 N.R. 290; 2000 SCC 21; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; (1999), 176 D.L.R. (4th) 276; [1999] 9 W.W.R. 517; 67 B.C.L.R. (3d) 1; 129 B.C.A.C. 1; [1999] 4 C.N.L.R. 277; 246 N.R. 201; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; [1931] 2 D.L.R. 193; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565; (1998), 40 O.R. (3d) 160; 165 D.L.R. (4th) 1; [2000] 1 C.T.C. 284; 23 E.T.R. (2d) 1; 231 N.R. 55; 114 O.A.C. 55; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; (1990), 72 D.L.R. (4th) 97; 31 C.P.R. (3d) 394; 111 N.R. 376; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2002] 4 F.C. 3; (2002), 215 D.L.R. (4th) 118; 19 C.P.R. (4th) 289; 290 N.R. 131; 2002 FCA 166.

CONSIDERED:

Private Copying 1999-2000, [1999] C.B.D. No. 8 (QL); *Private Copying 2001-2002*, [2000] C.B.D. No. 16 (QL); *Australian Tape Manufacturers Association Ltd. and Others v. Commonwealth of Australia* (1993), 176 C.L.R. 480 (H.C.A.); *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336; (2002), 210 D.L.R. (4th) 385; 23 D.L.R. (3d) 1; 17 C.P.R. (4th) 161; 285 N.R. 267; 2002 SCC 34; *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; 149 N.R. 363

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission), [2000] 1 R.C.S. 494; (2000), 185 D.L.R. (4th) 439; [2000] 5 W.W.R. 1; 74 B.C.L.R. (3d) 1; 134 B.C.A.C. 207; 252 N.R. 290; 2000 CSC 21, *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; (1999), 176 D.L.R. (4th) 276; [1999] 9 W.W.R. 517; 67 B.C.L.R. (3d) 1; 129 B.C.A.C. 1; [1999] 4 C.N.L.R. 277; 246 N.R. 201; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; [1931] 2 D.L.R. 193; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; (1998), 40 O.R. (3d) 160; 165 D.L.R. (4th) 1; [2000] 1 C.T.C. 284; 23 E.T.R. (2d) 1; 231 N.R. 55; 114 O.A.C. 55; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; (1990), 72 D.L.R. (4th) 97; 31 C.P.R. (3d) 394; 111 N.R. 376; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2002] 4 C.F. 3; (2002), 215 D.L.R. (4th) 118; 19 C.P.R. (4th) 289; 290 N.R. 131; 2002 CAF 166.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Copie privée 1999-2000, [1999] D.C.D.A. n° 8 (QL); *Copie pour usage privé 2001-2002*, [2000] D.C.D.A. n° 16 (QL); *Australian Tape Manufacturers Association Ltd. and Others v. Commonwealth of Australia* (1993), 176 C.L.R. 480 (H.C.A.); *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336; (2002), 210 D.L.R. (4th) 385; 23 D.L.R. (3d) 1; 17 C.P.R. (4th) 161; 285 N.R. 267; 2002 CSC 34; *Réseau de télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115; (1993), 99 D.L.R. (4th) 216; 46 C.P.R. (3d)

(C.A.); *Trans Mountain Pipe Line Co. Ltd. v. National Energy Board*, [1979] 2 F.C. 118; (1979), 22 N.R. 44 (C.A.); *Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*, [1980] 2 F.C. 259; (1979), 46 C.P.R. (2d) 63; 36 N.R. 572 (C.A.); *FWS Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board)*, [1992] 1 F.C. 487; (1991), 81 D.L.R. (4th) 412; 36 C.P.R. (3d) 483; 129 N.R. 289; 4 T.C.T. 6192 (C.A.).

REFERRED TO:

General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing, [1989] 1 S.C.R. 641; (1989), 58 D.L.R. (4th) 255; 24 C.P.R. (3d) 417; 93 N.R. 326; 32 O.A.C. 332; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.P.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 287 N.R. 248; 2002 SCC 42, *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; (1997), 193 A.R. 321; 143 D.L.R. (4th) 385; [1997] 2 W.W.R. 457; 46 Alta. L.R. (3d) 87; 44 C.B.R. (3d) 1; 8 C.P.C. (4th) 5089; 97 DTC 5089; 12 P.P.S.A.C. (2d) 68; 208 N.R. 161; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; (1997), 151 D.L.R. (4th) 32; 118 C.C.C. (3d) 97; 24 C.E.L.R. (N.S.) 167; 9 C.R. (5th) 157; 217 N.R. 241; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 17 C.R. (6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; *Johnston v. Buckland*, [1937] S.C.R. 86; [1937] 2 D.L.R. 433; *Corporation Agencies Ltd. v. Home Bank of Canada*, [1925] S.C.R. 706; [1925] 4 D.L.R. 585; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; (1995), 124 D.L.R. (4th) 449; 29 C.R.R. (2d) 1; [1995] 1 C.T.C. 382; 95 DTC 5273; 182 N.R. 1; 12 R.F.L. (4th) 1.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Canadian Heritage. *Minutes of Proceedings*. Meeting No. 24, October 9, 1996.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on

343; 149 N.R. 363 (C.A.); *Trans Mountain Pipe Line Co. Ltd. c. Office nationale de l'Énergie*, [1979] 2 C.F. 118; (1979), 22 N.R. 44 (C.A.); *Posen c. Le ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*, [1980] 2 C.F. 259; (1979), 46 C.P.R. (2d) 63; 36 N.R. 572 (C.A.); *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1992] 1 C.F. 487; (1991), 81 D.L.R. (4th) 412; 36 C.P.R. (3d) 483; 129 N.R. 289; 4 T.C.T. 6192 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641; (1989), 58 D.L.R. (4th) 255; 24 C.P.R. (3d) 417; 93 N.R. 326; 32 O.A.C. 332; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.P.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 287 N.R. 248; 2002 CSC 42; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; (1997), 193 A.R. 321; 143 D.L.R. (4th) 385; [1997] 2 W.W.R. 457; 46 Alta. L.R. (3d) 87; 44 C.B.R. (3d) 1; 8 C.P.C. (4th) 5089; 97 DTC 5089; 12 P.P.S.A.C. (2d) 68; 208 N.R. 161; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; (1997), 151 D.L.R. (4th) 32; 118 C.C.C. (3d) 97; 24 C.E.L.R. (N.S.) 167; 9 C.R. (5th) 157; 217 N.R. 241; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 17 C.R. (6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; *Johnston v. Buckland*, [1937] R.C.S. 86; [1937] 2 D.L.R. 433; *Corporation Agencies Ltd. v. Home Bank of Canada*, [1925] R.C.S. 706; [1925] 4 D.L.R. 585; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; (1995), 124 D.L.R. (4th) 449; 29 C.R.R. (2d) 1; [1995] 1 C.T.C. 382; 95 DTC 5273; 182 N.R. 1; 12 R.F.L. (4th) 1.

DOCTRINE CITÉE

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent du patrimoine canadien. *Procès-verbaux*. Rencontre n° 24, 9 octobre 1996.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent du

Canadian Heritage. *Minutes of Proceedings*. Meeting No. 27, October 22, 1996.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Canadian Heritage. *Minutes of Proceedings*. Meeting No. 36, November 6, 1996.

Canada. House of Commons. *Second Report of the Standing Committee on Canadian Heritage*, December 1996.

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

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

patrimoine canadien. *Procès-verbaux*. Rencontre n° 27, 22 octobre 1996.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent du patrimoine canadien. *Procès-verbaux*. Rencontre n° 36, 6 novembre 1996.

Canada. Chambre des communes. *Deuxième rapport du Comité permanent du patrimoine canadien*, décembre 1996.

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

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPLICATIONS for judicial review of a decision of the Copyright Board of Canada (*Copying for Private Use (Re)*, [2003] C.B.D. No. 7 (QL)) establishing the private copying levies to be collected by the Canadian Private Copying Collective for 2003 and 2004, and in doing so, finding that Part VIII of the *Copyright Act* was in pith and substance copyright law, that it was a regulatory scheme and not a tax (A-11-04); that the zero-rating program was not authorized by the Act and that its impact ought not be recognized in setting the levy (A-9-04); that permanently embedded or non-removable memory, incorporated into a digital audio recorder, retained its identity as an “audio recording medium” and could be levied as such under Part VIII, and finally, setting a levy on this embedded memory beyond that sought by the CPCC (A-10-04). Application (Docket A-11-04) dismissed; Application (Docket A-9-04) dismissed; Application (Docket A-10-04) allowed in part.

DEMANDES de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Commission du droit d’auteur du Canada (*Copie pour usage privé (Re)*, [2003] D.C.D.A. n° 7 (QL)) a établi les redevances sur la copie pour usage privé à percevoir par la Société canadienne de perception de la copie privée pour 2003 et 2004 et, ce faisant, a conclu que la partie VIII de la *Loi sur le droit d’auteur* constitue, de par son caractère véritable, un texte législatif portant sur le droit d’auteur, qu’il s’agit d’un régime réglementaire et non d’une taxe (A-11-04); que le programme d’exonération de la taxe n’est pas autorisé par la Loi et qu’il ne faut pas en tenir compte pour fixer la redevance (A-9-04); que la mémoire non amovible ou intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique conserve son identité de «support audio» et qu’elle est passible de la redevance prévue à la partie VIII à ce titre et, finalement, a assujéti cette mémoire intégrée à une redevance supérieure à celle que réclamait la SCPCP (A-10-04). Demande (A-11-04) rejetée; Demande (A-9-04) rejetée; Demande (A-10-04) accueillie en partie.

APPEARANCES:

David R. Collier for the Canadian Private Copying Collective.

J. Aidan O’Neill for the Canadian Broadcasting Corporation.

Howard P. Knopf and *John S. Macera* for the Retail Council of Canada.

Randall J. Hofley and *Nicholas McHaffie* for the Canadian Storage Media Alliance.

Mario Bouchard for the Copyright Board of Canada.

ONT COMPARU:

David R. Collier pour la Société canadienne de perception de la copie privée.

J. Aidan O’Neill pour la Société Radio-Canada.

Howard P. Knopf et *John S. Macera* pour le Conseil canadien du commerce de détail.

Randall J. Hofley et *Nicholas McHaffie* pour la Canadian Storage Media Alliance.

Mario Bouchard pour la Commission du droit d’auteur du Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

Ogilvy Renault, Montréal, for the Canadian Private Copying Collective.

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, for the Canadian Broadcasting Corporation.

Macera & Jarzyna, Ottawa, for the Retail Council of Canada.

Stikeman Elliott LLP, Ottawa, for the Canadian Storage Media Alliance.

Copyright Board of Canada for the Copyright Board of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL J.A.: These are three applications for judicial review of a decision of the Copyright Board of Canada [*Copying for Private Use (Re)*, [2003] C.B.D. No. 7 (QL), hereinafter referred to as *Private Copying III*] (Board) which established the private copying levies to be collected by the Canadian Private Copying Collective (CPCC) for the years 2003 and 2004. The applications were joined and heard together by order of the Court.

Background

[2] The Board is an administrative tribunal created by the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act). Among other things, the Board is responsible for the adoption of levies and their related terms and conditions in respect of the private copying of recorded musical works, performances and sound recordings (recorded music) on blank audio recording media (blank media or medium) that are sold or otherwise disposed of in Canada.

[3] Part VIII [sections 79-88 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 50; 2001, c. 27, s. 240)] of the Act legalizes copying recorded music for private use and thus provides a statutory exception to the exclusive reproduction rights of eligible authors, performers and makers of recorded music (rightsholders). At the same time, it entitles rightsholders to compensation for their loss of exclusivity by imposing a levy on media used to record music. For ease of reference, Part VIII is reproduced in

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ogilvy Renault, Montréal, pour la Société canadienne de perception de la copie privée.

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, pour la Société Radio-Canada.

Macera & Jarzyna, Ottawa, pour le Conseil canadien du commerce de détail.

Stikeman Elliott, s.r.l., Ottawa, pour la Canadian Storage Media Alliance.

Commission du droit d'auteur du Canada pour la Commission du droit d'auteur du Canada.

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

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A.: La Cour est saisie de trois demandes de contrôle judiciaire d'une décision [*Copie pour usage privé (Re)*, [2003] D.C.D.A. n° 7 (QL), ci-après appelé *Copie privée III*], par laquelle la Commission du droit d'auteur du Canada (la Commission) a établi les redevances sur la copie pour usage privé à percevoir par la Société canadienne de perception de la copie privée (la SCPCP) pour les années 2003 et 2004. Les demandes ont été réunies et instruites conjointement sur ordonnance de la Cour.

Contexte

[2] La Commission est un tribunal administratif constitué sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi). Elle est notamment chargée de fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la copie pour usage privé d'œuvres musicales, de prestations d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores (musique enregistrée) sur supports audio vierges vendus ou autrement aliénés au Canada.

[3] La partie VIII [articles 79 à 88 (édictees par L.C. 1997, ch. 24, art. 50; 2001, ch. 27, art. 240)] de la Loi a pour effet de légaliser la copie pour usage privé d'enregistrements sonores d'œuvres musicales sur des supports vierges, prévoyant ainsi une exception au droit de reproduction exclusif des auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles (les titulaires de droits). Elle indemnise par ailleurs les titulaires de droits de la perte d'exclusivité qu'ils subissent ainsi en imposant une

full as Appendix 1 to these reasons.

[4] Since the coming into force of Part VIII in March of 1998, the Board has certified three private copying tariffs, and one interim tariff. In 1999, the Board issued its first decision regarding the tariff for private copying levies [*Private Copying 1999-2000*, [1999] C.B.D. No. 8 (QL)] (*Private Copying I*) and, in 2001, issued its second decision [*Private Copying 2001-2002*, [2000] C.B.D. No. 16 (QL)] (*Private Copying II*). In 2002, the Board, on application, reconsidered its second decision on the ground that a material change had occurred in the rapidly evolving market for blank media, and amended the tariff accordingly. The present applications are directed against the latest decision dealing with private copying which was rendered on December 12, 2003 (*Private Copying III*).

[5] CPCC is the “collecting body” designated by the Board under the Act to collect and distribute the levies to rightsholders. Manufacturers and importers of blank media sold in Canada must pay the levy to the CPCC. The collecting body must distribute the levy to the collective societies that represent the above-mentioned categories of rightsholders in the proportion determined by the Board.

[6] Although manufacturers and importers are charged with the payment of the levy under the Act, they do not necessarily assume its cost. In the normal course, manufacturers and importers will include the amount of the levy in their sale price to purchasers, with the result that consumers usually bear the cost of the levy.

[7] The Act authorizes the CPCC to file a proposed tariff with the Board for the benefit of rightsholders. After considering the proposed tariff and any objection to it, the Board must certify a tariff it determines to be fair and equitable.

redevance sur les supports utilisés pour enregistrer de la musique. Pour faciliter la consultation, le texte intégral de la partie VIII est reproduit à l’annexe 1 des présents motifs.

[4] Depuis l’entrée en vigueur de la partie VIII en mars 1998, la Commission a homologué trois tarifs de redevances pour la copie privée, ainsi qu’un tarif provisoire. En 1999, la Commission a publié sa première décision sur le tarif des redevances pour la copie privée [*Copie privée 1999-2000*, [1999] D.C.D.A. n° 8 (QL)] (*Copie privée I*) et sa deuxième, en 2001 [*Copie privée 2001-2002*, [2000] D.C.D.A. n° 16 (QL)] (*Copie privée II*). En 2002, la Commission a, sur demande, reconsidéré sa deuxième décision au motif que le marché des supports audio vierges connaissait une évolution rapide et elle a modifié le tarif en conséquence. Les présentes demandes visent la plus récente décision sur la copie privée, qui a été rendue le 12 décembre 2003 (*Copie privée III*).

[5] La SCPCP est l’«organisme de perception» désigné par la Commission en vertu de la Loi pour percevoir les redevances et pour les répartir entre les titulaires de droits. Les fabricants et les importateurs de supports vierges vendus au Canada doivent payer des redevances à la SCPCP. L’organisme de perception est chargé de répartir les redevances entre les sociétés de gestion qui représentent les catégories susmentionnées de titulaires de droits dans les proportions établies par la Commission.

[6] Bien que les fabricants et les importateurs soient tenus de payer la redevance prévue par la Loi, ils n’en assument pas nécessairement le coût. Normalement, les fabricants et les importateurs incluent le montant de la redevance dans le prix de vente exigé de l’acheteur, de sorte que c’est habituellement le consommateur qui assume le coût de la redevance.

[7] La Loi autorise la SCPCP à déposer auprès de la Commission un projet de tarif des redevances à percevoir au profit des titulaires de droits. Après examen du projet de tarif et, le cas échéant, des oppositions, la Commission certifie le tarif qu’elle estime juste et équitable.

[8] In its proposed tariff for 2003-2004, the CPCC asked that levies be imposed for the first time on several new types of recording media used to copy music such as recordable or rewritable “digital versatile disks” (DVDs), removable electronic memory cards, and non-removable memory permanently embedded in “digital audio recorders”, a term used by the Board to identify MP3 players and similar devices.

[9] In the decision under review, the Board maintained the status quo for the levy rates applicable to audiocassettes, MiniDiscs, recordable compact discs (CD-Rs), rewritable compact discs (CD-RWs), recordable audio compact discs (Audio CD-Rs) and rewritable audio compact discs (Audio CD-RWs). The Board held that recordable or rewritable DVDs and removable electronic memory cards were not to be subject to private copying levies. However, it held that the memories embedded in digital audio recorders were.

[10] The levy rates certified by the Board were lower than those requested by the CPCC, except with respect to the \$2 levy set by the Board on digital audio recorders. The CPCC had asked for a levy of 2.1 cents per megabyte for MP3 players with a storage capacity of less than 1 GB, which would have translated into levies of 67 cents and \$1.34 respectively.

[11] In addition to establishing the private copying levies for 2003-2004, the Board also held that the so-called “zero-rating program” operated by the CPCC had no legal basis. The zero-rating program consists of a scheme operated by the CPCC since 1999, pursuant to which certain groups of purchasers are not required to pay the levy authorized by the Board.

[12] The Board also upheld the constitutional validity of Part VIII as a federal copyright law that imposes a

[8] Dans son projet de tarif pour 2003-2004, la SCPCP a demandé que des redevances soient désormais exigées pour divers types de nouveaux supports audio servant à copier de la musique tels que les «disques numériques polyvalents» enregistrables ou réinscriptibles (DVD), les cartes de mémoire électronique amovibles et les mémoires non amovibles intégrées en permanence à un «enregistreur audionumérique», expression que la Commission a employée pour désigner les lecteurs MP3 et autres appareils analogues.

[9] Dans la décision à l’examen, la Commission a maintenu le statu quo sur les taux de redevances applicables aux cassettes audio, aux MiniDiscs, aux disques compacts enregistrables (CD-R), aux disques compacts réinscriptibles (CD-RW), aux disques compacts audio enregistrables (CD-R audio) et aux disques compacts audio réinscriptibles (CD-RW audio). Elle a jugé que les DVD enregistrables ou réinscriptibles et les cartes de mémoire électronique amovibles ne devaient pas être assujettis à la redevance sur la copie privée. Elle a toutefois estimé que la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique était assujettie à la redevance.

[10] Les taux de redevances homologués par la Commission étaient inférieurs à ceux que réclamait la SCPCP, sauf dans le cas de la redevance de 2 \$ fixée par la Commission pour les enregistreurs audionumériques. La SCPCP souhaitait une redevance de 2,1 cents par mégaoctet pour les lecteurs MP3 ayant une capacité de stockage inférieure à un gigaoctet (1 Go), ce qui se serait traduit par des redevances de 67 ¢ et de 1,34 \$ respectivement.

[11] En plus de fixer les redevances sur la copie privée pour 2003 et 2004, la Commission a déclaré que ce qu’il était convenu d’appeler le «programme d’exonération de la redevance» administré par la SCPCP était sans fondement juridique. Le programme d’exonération de la redevance est un régime administré par la SCPCP depuis 1999 qui a pour effet de dispenser certains groupes d’acheteurs du paiement des redevances autorisées par la Commission.

[12] La Commission a également confirmé la constitutionnalité de la partie VIII de la Loi en déclarant

regulatory charge and therefore does not constitute a tax.

The Litigants

[13] The CPCC is a non-share, non-profit corporation established under Part II of the *Canada Corporations Act* [R.S.C. 1970, c. C-32]. Its members are collective societies that hold private copying remuneration rights on behalf of rightsholders. As noted, it is the collecting body designated by the Board under the Act.

[14] The CPCC challenges the decision of the Board in so far as it held that the zero-rating program is illegal. The Canadian Broadcasting Corporation, as intervener, agrees with the position of the CPCC in this respect and submits that it should be entitled to continue to purchase blank media levy free under the program. The CPCC supports the decision of the Board in the other two applications.

[15] The “retailers”, as they are referred to in the Board’s decision, consist of a coalition of retailers of blank media represented by the “Retailers Coalition” who claim to sell about 75% of the blank media in Canada. The retailers challenge the decision of the Board in so far as it upheld the constitutional validity of Part VIII, but support the Board’s ruling that the zero-rating program is illegal. Unlike to the other main participants, they did not participate in *Private Copying I* or *Private Copying II*.

[16] The Canadian Storage Media Alliance (CSMA) represents the major manufacturers and importers of blank media. The CSMA supports the decision of the Board as to zero-rating. However, it challenges the Board’s ruling that the memory embedded in MP3 players is leviable under Part VIII and its imposition of

qu’il s’agissait de dispositions législatives fédérales sur le droit d’auteur qui imposent une redevance de nature réglementaire et non une taxe.

Les parties

[13] La SCPCP est une société sans capital-actions et sans but lucratif constituée sous le régime de la partie II de la *Loi sur les corporations canadiennes* [S.R.C. 1970, ch. C-32]. Ses membres sont les sociétés de gestion qui exercent le droit à rémunération en matière de copie privée pour le compte des titulaires de droits. Comme nous l’avons déjà signalé, la SCPCP est l’organisme de perception désigné par la Commission en vertu de la Loi.

[14] La SCPCP conteste la décision de la Commission dans la mesure où celle-ci a déclaré illégal le programme d’exonération de la redevance. La Société Radio-Canada, en qualité d’intervenante, se rallie à la thèse de la SCPCP à cet égard et ajoute qu’elle devrait avoir le droit, en vertu de ce programme, de continuer à acheter des supports vierges sans être tenue de verser des redevances. La SCPCP appuie la décision que la Commission a rendue en réponse aux deux autres demandes.

[15] Les «détaillants», pour reprendre l’expression employée par la Commission dans sa décision, sont composés d’une coalition de vendeurs au détail de supports vierges représentés par la «coalition des détaillants», qui affirment vendre environ 75 pour 100 des supports vierges au Canada. Les détaillants contestent la partie de sa décision dans laquelle la Commission a confirmé la constitutionnalité de la partie VIII, mais ils appuient sa conclusion que le programme d’exonération de la redevance est illégal. Contrairement aux deux autres principaux participants, les détaillants ne sont pas intervenus dans les instances ayant donné lieu aux décisions *Copie privée I* et *Copie privée II*.

[16] La Canadian Storage Media Alliance (la CSMA) représente les principaux fabricants et importateurs de supports vierges. La CSMA appuie la décision de la Commission en ce qui concerne le programme d’exonération de la redevance. Elle conteste toutefois la conclusion de la Commission suivant laquelle la

a levy thereon in an amount greater than that proposed by the CPCC. The Board was granted leave to intervene on this last point. The retailers' involvement in this application essentially amounts to an endorsement of CSMA's position.

Order of Disposition

[17] These reasons first address the more general issue raised by the retailers' constitutional attack on Part VIII (Docket A-11-04). CPCC's attempt to uphold the zero-rating program will then be addressed (Docket A-9-04), followed by the more specific questions raised by the CSMA in Docket A-10-04 as to whether Part VIII extends to the memory embedded in MP3 players and whether the rate set by the Board in this respect was in breach of the *ultra petita* principle or was otherwise unfair.

Application A-11-04—The Constitutional Issue

[18] The retailers argue that Part VIII of the Act is not, in pith and substance, copyright law. In the alternative, they assert that the levy scheme established by Part VIII gives rise to a tax and, as such, is unconstitutional by virtue of section 53 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.), [as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] (the *Constitution Act, 1867*).

[19] Section 53 of the *Constitution Act, 1867* provides that "Bills for appropriating any Part of the Public Revenue, or for imposing any Tax or Impost, shall originate in the House of Commons." Although Part VIII was introduced in the House of Commons, it is common ground that it was not treated as a tax and was not introduced by a ways and means motion (see section 54 of the *Constitution Act, 1867* which requires that so

mémoire intégrée à un lecteur MP3 est assujettie à la redevance en vertu de la partie VIII et elle s'oppose à l'imposition d'une redevance plus élevée que celle qui est proposée par la SCPCP. La Commission a été autorisée à intervenir sur ce dernier point. La participation des détaillants à la présente instance se résume essentiellement à une adhésion inconditionnelle à la thèse de la CSMA.

Ordre d'examen des questions en litige

[17] La Cour abordera d'abord la question plus générale que soulève la contestation par les détaillants de la constitutionnalité de la partie VIII (dossier A-11-04). Elle examinera ensuite les moyens invoqués par la SCPCP pour confirmer la validité du programme d'exonération de la redevance (dossier A-9-04), pour ensuite se pencher sur les questions plus précises soulevées par la CSMA dans le dossier A-10-04 quant à la question de savoir si la partie VIII s'applique à la mémoire intégrée à un lecteur MP3 et celle de savoir si le taux fixé par la Commission à cet égard porte atteinte au principe interdisant de statuer *ultra petita* ou s'il est par ailleurs injuste.

Dossier A-11-04—La question de la constitutionnalité

[18] Suivant les détaillants, la partie VIII de la Loi ne constitue pas, de par son caractère véritable, un texte législatif portant sur le droit d'auteur. À titre subsidiaire, les détaillants soutiennent que le régime de redevances établi par la partie VIII crée une taxe et qu'il est, de ce fait, inconstitutionnel par application de l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] (la *Loi constitutionnelle de 1867*).

[19] L'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dispose en effet que «[t]out bill ayant pour but l'appropriation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra originer dans la Chambre des communes». Or, il est acquis aux débats que, bien que la partie VIII ait été présentée à la Chambre des communes, elle n'était pas considérée comme une mesure introduisant une taxe ou

called “money bills” be preceded by a “Message of the Governor General” recommending their passage).

[20] Lastly, the retailers argue that if the levy scheme does not give rise to a tax, it is *ultra vires* the authority of Parliament because it is excessively broad and vague, and not sufficiently connected to copyright law or any other matter within federal jurisdiction.

The Decision of the Board

[21] The Board identified two questions that go to the constitutional validity of the levy: is Part VIII copyright law in pith and substance and, if so, is the private copying levy a tax in the constitutional sense?

[22] With respect to the latter, the Board referred to its reasons in *Private Copying I*, where it held (at page 17):

The private copying levy is not a tax, but a compulsory charge, imposed pursuant to a regulatory scheme related to copyright. It is meant to provide for a payment, in lieu of a royalty, as compensation for the copying of copyrighted works as a result of the legalization of private copying of recorded musical works.

[23] In reaching this conclusion, the Board adopted the approach set out by the Supreme Court of Canada in *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134. After applying the five indicia adopted by the Supreme Court in that case, the Board concluded that the levy was not a tax but a regulatory charge.

[24] In *Private Copying III*, the Board reiterated the reasoning advanced in *Private Copying I* in response to the constitutional attack made at that time. It did so on

un impôt et elle n’a pas été présentée par le biais d’une motion de voies et moyens (voir l’article 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui exige que ce qu’on est convenu d’appeler les «projets de loi de finances» soient précédés d’un «message du gouverneur général» recommandant leur adoption).

[20] Finalement, les détaillants font valoir que, si le régime de redevances ne crée pas de taxe, le législateur fédéral n’était pas compétent pour l’adopter parce qu’il est extrêmement vague et général et qu’il ne se rattache pas suffisamment au droit d’auteur ou à toute autre question ressortissant à la compétence fédérale.

Décision de la Commission

[21] La Commission a posé deux questions au sujet de la constitutionnalité des redevances: la partie VIII constitue-t-elle, de par sa nature véritable, un texte de loi sur le droit d’auteur et, dans l’affirmative, la redevance sur la copie privée constitue-t-elle une taxe au sens constitutionnel?

[22] En ce qui concerne cette dernière question, la Commission a cité ses propres motifs dans la décision *Copie privée I*, dans laquelle elle déclarait ce qui suit (à la page 17):

La redevance pour la copie privée n’est pas une taxe, mais une charge obligatoire imposée conformément à un régime de réglementation lié directement au droit d’auteur. Elle vise à assurer un paiement, sous forme de redevance, à titre de rémunération à l’égard de la reproduction d’œuvres protégées par le droit d’auteur par suite de la légalisation de la copie privée d’œuvres musicales enregistrées.

[23] Pour parvenir à cette conclusion, la Commission a retenu la démarche proposée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134. Après avoir appliqué les cinq indices formulés par la Cour suprême dans cet arrêt, la Commission a conclu que la redevance n’était pas une taxe mais bien un prélèvement de nature réglementaire.

[24] Dans *Copie privée III*, la Commission a repris le raisonnement qu’elle avait suivi dans *Copie privée I* en réponse à la contestation constitutionnelle qui avait été

the basis that nothing material had been brought forth by the retailers to warrant a change in the Board's earlier analysis of the issue.

[25] The Board further added that the question of nomenclature should be addressed. The Board rejected the retailers' argument that the overlap in the translation of "levy" and "redevance" involved the word "tax" because it would attach too much importance to mere labels. The Board preferred to ask whether the regime was, by design or in practice, a tax or a type of regulatory charge.

[26] The Board also stated that it remained of the view (expressed in *Private Copying I*) that the levies were not imposed by a public body, since the Board can neither set the tariff process in motion nor collect any amounts owing. Finally, the Board concluded that, although the Act was enacted at least in part to benefit the Canadian public, it was inaccurate to say the levies are for a public purpose.

[27] With respect to the first constitutional question (i.e., whether Part VIII is copyright law), the Board reiterated the view which it had expressed in *Private Copying I* that the pith and substance of Part VIII is copyright law.

[28] In order to determine the pith and substance of Part VIII, two aspects of the legislation must be examined: the purpose of the legislation and its legal effects. Part VIII was enacted to address the practical inability of rightsholders to enforce their reproduction rights in the context of mass infringement resulting from the accelerating access to blank media. This, according to the Board, goes to the "mischief" which Part VIII sought to address.

formulée dans cette première affaire. La Commission a expliqué que les détaillants n'avaient présenté depuis aucun argument de poids qui aurait été de nature à l'amener à changer de point de vue sur la question.

[25] La Commission a ajouté qu'il fallait aussi aborder la question de la terminologie. Elle a écarté l'argument des détaillants suivant lequel la seule acception commune au mot anglais «levy» et au terme français «redevance» était la notion de taxe. La Commission a expliqué que cet argument mettait trop l'accent sur de simples étiquettes. La Commission a estimé qu'il valait mieux se demander si le régime constituait, de par sa conception ou sur le plan pratique, une taxe ou une sorte de prélèvement de nature réglementaire.

[26] La Commission a par ailleurs précisé qu'elle continuait à croire (comme dans *Copie privée I*) que la redevance n'était pas imposée par une institution publique, puisque la Commission ne peut ni mettre en marche le processus d'établissement du tarif ni percevoir aucun montant dû. Finalement, la Commission a conclu que, bien que la Loi ait été édictée du moins en partie pour le bénéfice du public canadien, il était faux de prétendre pour autant que les redevances servaient une fin d'intérêt public.

[27] En ce qui concerne la première question constitutionnelle (c.-à-d. celle de savoir si la partie VIII constitue un texte de loi portant sur le droit d'auteur), la Commission a réitéré l'avis qu'elle avait formulé dans *Copie privée I* et suivant lequel la partie VIII est, de par sa nature véritable, un texte de loi portant sur le droit d'auteur.

[28] Pour déterminer la nature véritable de la partie VIII, il faut examiner deux aspects des dispositions législatives en cause: leur objet et leurs conséquences juridiques. La partie VIII a été édictée pour résoudre le problème de l'incapacité pratique des titulaires de droits de faire respecter leur droit de reproduction dans un contexte de violation généralisée de ce droit imputable à l'accès de plus en plus facile aux supports vierges. Voilà, selon la Commission, l'«injustice» que la partie VIII cherchait à corriger.

[29] The effects of the legislation address this mischief: consumers who indulge in private copying now do so legally and rightsholders are remunerated. The Board went on to conclude that Part VIII is a valid exercise of Parliament's jurisdiction over copyright law.

Analysis

[30] The issues to be decided are as follows:

1. Was the Board correct in ruling that the private copying levy is a validly enacted regulatory charge and not a tax in the constitutional sense?

2. Was the Board correct in ruling that Part VIII of the Act is constitutionally valid because, in pith and substance, it falls within Parliament's exclusive legislative authority over "copyrights"?

[31] Since these are questions of constitutional law, the Board's decision must be assessed against a standard of correctness.

The Pith and Substance Issue

[32] The argument that Part VIII of the Act is not in pith and substance copyright law can be disposed of fairly quickly. The essential element of the federal legislative competence over copyright, which is enumerated at class 23 of section 91 of the *Constitution Act, 1867*, involves the establishment of a legal framework allowing rightsholders to be rewarded for the reproduction of recorded music by third parties. That is precisely what Part VIII achieves. It legalizes private copying by a class of users while providing that rightsholders are compensated for the expropriation of their exclusive rights.

[33] In order for federal legislation to be constitutionally valid, the essential character or dominant

[29] Les effets du régime législatif se rattachent à l'injustice en question. Les consommateurs qui s'adonnent à la copie privée le font désormais en toute légalité et les titulaires de droits touchent une rémunération. La Commission a poursuivi en concluant que la partie VIII constitue un exercice légitime par le législateur fédéral de sa compétence en matière de droit d'auteur.

Analyse

[30] Les questions à trancher sont les suivantes:

1. La Commission a-t-elle eu raison de juger que la redevance sur la copie privée constitue un prélèvement de nature réglementaire régulièrement adopté et non une taxe au sens constitutionnel?

2. La Commission a-t-elle eu raison de déclarer constitutionnelle la partie VIII de la Loi au motif que, de par son caractère véritable, elle relève du pouvoir législatif exclusif du législateur fédéral sur «les droits d'auteur»?

[31] Comme il s'agit de questions de droit constitutionnel, c'est la norme du bien-fondé (ou norme de la décision correcte) qui s'applique pour évaluer la décision de la Commission.

La question du caractère véritable

[32] On peut régler assez rapidement l'argument que la partie VIII de la Loi ne constitue pas, de par son caractère véritable, un texte de loi sur le droit d'auteur. L'élément essentiel de la compétence sur le droit d'auteur que la catégorie 23 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère expressément au législateur fédéral consiste en la création d'un cadre juridique permettant aux titulaires de droits de toucher une rémunération pour la reproduction, par des tiers, d'enregistrements sonores d'œuvres musicales. C'est précisément l'objectif visé par la partie VIII. Elle légalise la copie pour usage privé faite par une catégorie déterminée de consommateurs en accordant une rémunération aux titulaires de droits pour l'expropriation de leurs droits exclusifs.

[33] Pour être constitutionnel, un texte législatif fédéral doit, de par sa nature même ou de par son objet

purpose of the legislation—its pith and substance—must concern a matter that falls within the exclusive constitutional power of Parliament. Federal legislation which meets this test will be upheld as constitutionally valid, even if it has incidental effects on matters falling outside Parliament’s constitutional competence (typically property and civil rights within the Province).

[34] The Supreme Court has refined the pith and substance doctrine for determining whether a particular provision in a federal statute is constitutionally valid (see *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641 as applied in *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494). The determination involves three basic questions:

1. Does the pith and substance of the provision concern a matter that falls within the competence of Parliament?
2. If the provision intrudes upon the powers of the provincial legislatures, is it part of a valid federal legislative scheme?
3. If it is part of a valid legislative scheme, is it sufficiently integrated into the legislative scheme and important to insure its efficacy?

[35] The retailers do not take issue with the legal approach used by the Board in reaching the conclusion that Part VIII is in pith and substance copyright law. Rather, they reiterate the argument that the levy scheme is not connected to “sound copyright law principles” and is thus not connected to copyright law.

[36] The argument essentially boils down to this. While Part VIII legalizes private copying and provides a practical means for rewarding rightsholders, the price of doing so is arguably borne, in part, by persons who do not private copy.

principal—ce qu’on appelle son caractère véritable—, porter sur une question qui relève, aux termes de la Constitution, de la compétence exclusive du législateur fédéral. La loi fédérale qui répond à ce critère sera jugée constitutionnelle, même si elle touche de façon accessoire des questions qui ne relèvent pas de la compétence constitutionnelle du législateur fédéral (le plus souvent sur la propriété et les droits civils dans la province).

[34] La Cour suprême a précisé le sens de la théorie du caractère véritable qui est utilisée pour déterminer si les dispositions d’une loi fédérale sont constitutionnelles (voir l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, appliqué dans l’arrêt *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494). L’analyse comporte trois questions essentielles:

1. De par leur caractère véritable, les dispositions législatives en cause visent-elles une question qui relève de la compétence du législateur fédéral?
2. Si les dispositions empiètent sur les pouvoirs des législatures provinciales, s’inscrivent-elle dans le cadre d’un régime législatif fédéral valide?
3. Si elles s’inscrivent dans le cadre d’un régime législatif fédéral valide, les dispositions sont-elle suffisamment intégrées à ce régime et à quel point sont-elles importantes pour en assurer l’efficacité?

[35] Les détaillants ne trouvent rien à redire à la démarche juridique retenue par la Commission pour en arriver à sa conclusion que la partie VIII est, de par son caractère véritable, un texte législatif sur le droit d’auteur. Ils reprennent plutôt leur argument que le régime de redevances ne repose pas sur «de solides principes en matière de droit d’auteur» et qu’il ne relève donc pas du droit d’auteur.

[36] Leur thèse est essentiellement la suivante. Bien que la partie VIII légalise la copie privée et prévoit un moyen pratique de verser une rémunération aux titulaires de droits, le prix à payer pour y parvenir est assumé en partie par des personnes qui ne s’adonnent pas à la copie privée.

[37] The Board acknowledges as much in its reasons. However, the pith and substance analysis requires that, viewed from its purpose and its legal effects, every aspect of the regime must be tightly linked to Parliament's goal to compensate rightsholders in respect of the reproduction of music for private use. In my view, all the provisions of Part VIII are so linked.

[38] The retailers have been unable to point to any provision in Part VIII that is extraneous to that goal. I can detect no error in the Board's conclusion that Part VIII is in pith and substance copyright law.

Tax v. Regulatory Levy

[39] The analysis must begin with the five criteria set out by the Supreme Court in *Westbank* which, if they are all found to exist, will generally indicate the presence of a tax. The first four criteria reflect the traditional hallmarks of a tax as these were identified by the Supreme Court some 70 years ago in *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357. It was there noted (pages 362-363), that a tax will usually be: (1) enforceable by law, (2) imposed pursuant to the authority of Parliament, (3) levied by a public body, and (4) imposed for a public purpose. Still today, it is difficult to conceive of a tax in the absence of these four basic elements.

[40] The fifth criterion originates from a series of cases leading to the decision of the Supreme Court in *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565. In that case, Major J., writing for the majority, noted (paragraph 21): "[a]nother factor that generally distinguishes a fee from a tax is that a nexus must exist between the quantum charged and the cost of the service provided." The Supreme Court in *Westbank* described this "nexus" as "another possible factor to consider" when attempting to distinguish a tax from a user fee (at paragraph 22). It

[37] La Commission a reconnu cet état de fait dans ses motifs. Mais la théorie du caractère véritable exige que, envisagé sous l'angle de son objet et de ses effets juridiques, chaque aspect du régime soit étroitement lié à l'objectif visé par le législateur fédéral, en l'occurrence indemniser les titulaires de droits pour la reproduction d'œuvres musicales pour usage privé. À mon avis, toutes les dispositions de la partie VIII se rattachent effectivement à cet objectif.

[38] Les détaillants ne sont pas en mesure de citer de dispositions de la partie VIII qui soient étrangères à cet objectif. Je ne décèle aucune erreur dans la conclusion de la Commission suivant laquelle la partie VIII constitue, de par son caractère véritable, un texte de loi portant sur le droit d'auteur.

Taxe ou prélèvement de nature réglementaire?

[39] Il faut entamer cette analyse par les cinq critères énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Westbank*. La présence de ces cinq éléments permet en règle générale de conclure à l'existence d'une taxe. Les quatre premiers critères correspondent aux caractéristiques habituelles d'une taxe qui ont été précisées par la Cour suprême il y a plus de 70 ans dans l'arrêt *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357. La Cour signalait dans cet arrêt (aux pages 362 et 363), qu'un prélèvement est habituellement considéré comme une taxe s'il est: 1) exigible en vertu de la loi; 2) imposé sous l'autorité du Parlement; 3) perçu par un organisme public; (4) destiné à une fin d'intérêt public. Encore de nos jours, il est difficile de conclure à l'existence d'une taxe si ces quatre indices essentiels ne sont pas réunis.

[40] Le cinquième critère est le fruit d'une série de décisions qui ont conduit à l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565. Dans cet arrêt, le juge Major, qui écrivait au nom des juges majoritaires, fait remarquer ce qui suit (au paragraphe 21): «[i]l est un autre facteur qui permet généralement de distinguer des frais d'une taxe: il doit y avoir un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni». Dans l'arrêt *Westbank*, la Cour suprême a précisé que ce «rapport» constituait «un autre élément

held that user fees were “a subset of ‘regulatory charges’” (*idem*).

[41] This last criterion is conceptually distinct from the other four since it is derived from Canada’s particular constitutional make-up. Speaking for a unanimous Court in *Westbank*, Gonthier J. said with respect to this *indicium* (paragraph 2):

The proper approach to characterizing a governmental levy has been considered on numerous occasions by this Court in various contexts. The characterization is relevant when determining the constitutionality of a provincial levy that has indirect tendencies, for if it is a regulatory charge, or otherwise is a component of a regulatory scheme, then the provinces are constitutionally competent to impose such a charge. It is equally relevant when considering s. 53 of the *Constitution Act, 1867*, because if the levy is a tax, then it must be imposed by the legislature. And, as I discuss below, if the levy is characterized as a tax, then it is constitutionally inapplicable to the other level of government.

[42] After setting out the constitutional principle which underlies section 125 of the *Constitution Act, 1867* (the effect of which is to prohibit inter-governmental taxation as between the Provinces and Canada) he stated at the beginning of his analysis (paragraph 15):

It is these constitutional values [underlying section 125] that inform the constitutional distinction between “taxes” and “regulatory charges”, and which explain why s. 125 applies to the former but not the latter.

[43] He went on to explain these values and the guiding structure [at paragraphs 17 and 19]:

The section [section 125] is one of the tools found in the Constitution that ensures the proper functioning of Canada’s federal system. It grants to each level of government sufficient operational space to govern without interference. It is founded

possible» pouvant aider à faire la distinction entre les taxes et les frais d’utilisation (au paragraphe 22). La Cour a expliqué que les frais d’utilisation sont «un sous-ensemble des “redevances de nature réglementaire”» (*idem*).

[41] Ce dernier critère est différent des quatre premiers sur le plan conceptuel, car il s’explique par le régime constitutionnel propre au Canada. Voici ce que dit le juge Gonthier, au nom d’une Cour suprême unanime, dans l’arrêt *Westbank*, au sujet de cet indice (paragraphe 2):

Notre Cour a examiné à de nombreuses reprises et dans plusieurs contextes la façon de qualifier un prélèvement gouvernemental. Cette qualification est pertinente dans l’examen de la constitutionnalité d’un prélèvement provincial qui présente des aspects de taxation indirecte puisque, s’il s’agit d’une redevance de nature réglementaire ou d’une composante d’un régime de réglementation, les provinces ont compétence en vertu de la Constitution pour l’imposer. Elle est également pertinente pour l’examen de l’art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce que, si le prélèvement est une taxe, il doit alors être imposé par le législateur. Et, comme je le mentionne plus loin, si le prélèvement est qualifié de taxe, il est inapplicable en vertu de la Constitution à l’autre palier de gouvernement.

[42] Après avoir posé le principe constitutionnel à la base de l’article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (qui a pour effet d’interdire la taxation inter-gouvernementale entre les provinces et le Canada), le juge précise ce qui suit, au début de son analyse (paragraphe 15):

Ce sont des valeurs constitutionnelles [à la base de l’article 125] qui fondent la distinction constitutionnelle entre les «taxes» et les «redevances de nature réglementaire», et qui expliquent pourquoi l’art. 125 s’applique aux premières mais pas aux secondes.

[43] Il a poursuivi en expliquant ces valeurs ainsi que le cadre directeur dans lequel elles s’inscrivaient [aux paragraphes 17 et 19]:

Cet article [l’article 125] est un des moyens prévus par la Constitution pour assurer le bon fonctionnement du système fédéral canadien. Il donne à chaque palier de gouvernement suffisamment d’espace opérationnel pour gouverner sans

upon the concept that imposing a tax on a level of government may significantly harm the ability of that government to exercise its constitutionally mandated governmental functions. In *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), at p. 431, Marshall C.J. explained this concept as follows:

That the power to tax involves the power to destroy; that the power to destroy may defeat and render useless the power to create; that there is plain repugnance, in conferring on one government a power to control the constitutional measures of another, which other, with respect to those very measures, is declared to be supreme over that which exerts the control, are propositions not to be denied.

In *Re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, the majority of this Court referred to these statements at p. 1056, explaining at p. 1065 that “s. 125 is plainly intended to prevent inroads, by way of taxation, upon the property of one level of government, by another level of government”.

...

While the primary constitutional value served by s. 125 is federalism, it also secondarily advances the constitutional value of democracy. As this Court recently explained in *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, at para. 30, the Canadian Constitution (through the operation of s. 53 of the *Constitution Act, 1867*) demands that there should be no taxation without representation. In other words, individuals being taxed in a democracy have the right to have their elected representatives debate whether their money should be appropriated, and determine how it should be spent. Intergovernmental taxation is prohibited, in part, because one group of elected representatives should not be allowed to decide how taxes levied under and within the authority of another group of elected representatives should be spent. At the same time, governments are not immune from paying user fees, such as water rates, in part because the government can choose whether to use the service, and the money charged is spent solely on providing that service: *Attorney General of Canada v. City of Toronto* (1892), 23 S.C.R. 514; *Attorney-General of Canada v. Registrar of Titles*, [1934] 4 D.L.R. 764 (B.C.C.A.), at pp. 771-72. In this way, imposing a user fee is more like charging a fee for a merchantable commodity than imposing any form of taxation.

intervention externe. Il est fondé sur l'idée que l'imposition d'une taxe à un palier de gouvernement peut nuire considérablement à la capacité de ce gouvernement d'exercer les fonctions que la Constitution lui confère. Dans *M'Culloch c. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), à la p. 431, le juge en chef Marshall a expliqué ainsi cette notion:

[TRADUCTION] Que le pouvoir de taxer comporte le pouvoir de détruire; que le pouvoir de détruire peut enrayer et annihiler le pouvoir de créer; qu'il y a une répugnance manifeste à conférer à un gouvernement un pouvoir de contrôle sur les mesures constitutionnelles d'un autre, cet autre qui, relativement à ces mesures mêmes, est déclaré suprême par rapport à celui qui exerce le contrôle; il s'agit de propositions qu'on ne peut écarter.

Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, à la p. 1056, notre Cour, à la majorité, fait allusion à cet énoncé, et explique, à la p. 1065, que «l'art. 125 a manifestement pour objet d'empêcher un palier de gouvernement d'empiéter, par voie de taxation, sur les biens d'un autre palier de gouvernement».

[. . .]

Bien que la première valeur constitutionnelle soutenue par l'art. 125 soit le fédéralisme, cet article favorise aussi, de façon secondaire, la valeur constitutionnelle que constitue la démocratie. Notre Cour a expliqué récemment dans l'arrêt *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, au par. 30, que la Constitution canadienne (par l'application de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) exige qu'il n'y ait aucune taxation sans représentation. En d'autres termes, les personnes assujetties à la taxation dans une démocratie ont droit à ce que leurs représentants élus débattent des questions de savoir si cet argent devrait être prélevé et comment il devrait être dépensé. La taxation entre gouvernements est interdite en partie parce qu'il ne devrait pas être permis à un groupe de représentants élus de décider comment devraient être dépensées des taxes qu'un autre groupe de représentants élus a prélevées dans le cadre de son autorité. Par ailleurs, les gouvernements ne sont pas exonérés du paiement de frais d'utilisation, comme la taxe d'eau, en partie parce que le gouvernement peut choisir d'utiliser le service ou non, et parce que le montant prélevé est dépensé uniquement pour fournir ce service: *Attorney General of Canada c. City of Toronto* (1892), 23 R.C.S. 514; *Attorney-General of Canada c. Registrar of Titles*, [1934] 4 D.L.R. 764 (C.A.C.-B.), aux pp. 771 et 772. En ce sens, les frais d'utilisation ressemblent plutôt à un prix exigé pour des produits commercialisables qu'à une forme de taxation.

[44] The Court then addressed the constitutional distinction between “regulatory charges” and “taxes”. After referring to the four traditional indicia, Gonthier J. said [at paragraphs 22-23]:

These indicia of “taxation” were recently adopted by this Court in *Eurig Estate, supra*, at para. 15. Major J., writing for the majority of this Court, added another possible factor to consider when characterizing a governmental levy, stating at para. 21 that “[a]nother factor that generally distinguishes a fee from a tax is that a nexus must exist between the quantum charged and the cost of the service provided”. This was a useful development, as it helps to distinguish between taxes and user fees, a subset of “regulatory charges”.

A distinction is made between simple “taxation” and “regulation”, or what has elsewhere been described as “regulatory charges”: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 30-28; J. E. Magnet, *Constitutional Law of Canada* (7th ed. 1998), vol. 1, at p. 481; G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981). The distinction between taxes, on the one hand, and regulatory charges, on the other, was highlighted by the majority of this Court in *Re Exported Natural Gas Tax, supra*, at pp. 1055, 1070, 1072 and 1075. In that case, the majority explained at p. 1070 that a tax is to be distinguished from a “levy [imposed] primarily for regulatory purposes, or as necessarily incidental to a broader regulatory scheme”.

[45] After stating that user fees cannot be considered to be “taxation” within the “constitutional meaning of the word”, Gonthier J. went on to explain why the same is true with respect to regulatory charges [at paragraphs 32-33]:

Nor does s. 125 apply to other types of regulatory charges, as I have described them above. Where a charge itself is the mechanism for advancing a regulatory purpose, such as a charge that encourages or discourages certain types of behaviour, or where a charge is “ancillary or adhesive to a regulatory scheme” which may be used to defray the costs of that scheme, then they will usually be applicable to the other order of government. As the majority of the Court explained in *Re Exported Natural Gas Tax, supra*, at p. 1070:

[44] La Cour a ensuite examiné la question de la distinction constitutionnelle entre les «taxes» et les «redevances de nature réglementaire». Après avoir cité les quatre indices habituels, le juge Gonthier déclare ce qui suit [aux paragraphes 22 et 23]:

Ces indicateurs d’une «taxation» ont récemment été adoptés par notre Cour dans *Succession Eurig*, précité, au par. 15. Le juge Major, pour la majorité de la Cour, a ajouté un autre élément possible pour qualifier un prélèvement gouvernemental, disant au par. 21 qu’«[i]l est un autre facteur qui permet généralement de distinguer des frais d’une taxe: il doit y avoir un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni». Il s’agit d’une précision utile, car elle aide à faire la distinction entre les taxes et les frais d’utilisation qui sont un sous-ensemble des «redevances de nature réglementaire».

On fait une distinction entre la simple «taxation» et la «réglementation», ou ce qui a été décrit comme des «redevances de nature réglementaire»: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, à la p. 30-28; J. E. Magnet, *Constitutional Law of Canada* (7^e éd. 1998), vol. 1, à la p. 481; G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2^e éd. 1981). La distinction entre, d’une part, les taxes et, d’autre part, les redevances de nature réglementaire, a été mise en évidence par une majorité de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précité, aux pp. 1055, 1070, 1072 et 1075. Dans cette affaire, les juges majoritaires ont expliqué, à la p. 1070, qu’il fallait faire une distinction entre une taxe et une «taxe [imposée] essentiellement à des fins de réglementation ou [...] indissociable d’une réglementation plus générale».

[45] Après avoir affirmé que les frais d’utilisation ne peuvent être considérés comme une «taxation» au sens où l’entend la Constitution, le juge Gonthier poursuit en expliquant les raisons pour lesquelles il en va de même pour les redevances de nature réglementaire [aux paragraphes 32 et 33]:

L’article 125 ne s’applique pas non plus à d’autres types de redevances de nature réglementaire décrites précédemment. Lorsque le prélèvement lui-même est le mécanisme qui favorise l’objet de la réglementation, telle une redevance qui encourage ou décourage certains types de comportement, ou lorsque le prélèvement «accessoire ou rattaché à un régime de réglementation» peut être utilisé pour couvrir les coûts de ce régime, il sera alors généralement applicable à l’autre palier de gouvernement. Les juges majoritaires de notre Cour s’en

If the primary purpose is the raising of revenue for general federal purposes then the legislation falls under s. 91(3) and the limitation in s. 125 is engaged. If, on the other hand, the federal government imposes a levy primarily for regulatory purposes, or as necessarily incidental to a broader regulatory scheme, such as the "adjustment levies" considered in Reference respecting the *Agricultural Products Marketing Act, R.S.C. 1970, s. A-7 et al.*, [1978] 2 S.C.R. 1198 or the unemployment insurance premiums in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355, then the levy is not in pith and substance "taxation" and s. 125 does not apply.

By protecting each level of government from taxation, but not from other types of regulatory charges, the Constitution accords a degree of operational space to the governments in a manner which best advances the goals of Canada's flexible federalism. It is with these concepts in mind that I now turn to the governmental levy at issue in this case.

[46] This fifth *indicium* thus brings into the analysis a refinement of a different nature from the other four. In Canada, a levy which bears the features of a tax may nevertheless not be a tax, if it can be shown that the levy is so connected to a regulatory scheme that treating it as a tax would frustrate federalism, the primary constitutional value served by section 125 of the *Constitution Act, 1867*.

[47] Against this background, the decision of the High Court of Australia in *Australian Tape Manufacturers Association Ltd. and Others v. Commonwealth of Australia* (1993), 176 C.L.R. 480, on which the retailers place great reliance, is of little assistance on the question whether the levy is a tax or a regulatory charge.

[48] In that case, the High Court of Australia held, with respect to structurally similar legislation, that the

expliquent dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précité, à la p. 1070:

Si elle a comme objet principal de produire des revenus à des fins fédérales générales, alors elle relève du par. 91(3) et la restriction de l'art. 125 s'applique. Si, par contre, le gouvernement fédéral établit une taxe essentiellement à des fins de réglementation ou si cette taxe est indissociable d'une réglementation plus générale, comme c'est le cas des «contributions d'ajustement» dont il est question dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles, S.R.C. 1970, chap. A-7 et autres*, [1978] 2 R.C.S. 1198, ou des primes d'assurance-chômage dans l'affaire *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355, il ne s'agit pas véritablement de «taxation» et l'art. 125 ne s'applique pas.

En protégeant chaque palier de gouvernement contre la taxation, mais pas contre les autres types de redevances de nature réglementaire, la Constitution leur confère un certain espace opérationnel d'une manière qui favorise le mieux les objectifs du fédéralisme souple au Canada. C'est en fonction de ces notions que j'examine maintenant le prélèvement gouvernemental en cause.

[46] Ce cinquième indice a donc pour effet d'apporter à l'analyse une nuance qui est d'une nature différente de celles qui s'appliquent aux quatre autres indices. Au Canada, une redevance qui présente les caractéristiques d'une taxe peut néanmoins s'avérer être autre chose qu'une taxe, si l'on peut démontrer qu'elle se rattache à ce point à un régime réglementaire que le fait de la considérer comme une taxe priverait de son efficacité le fédéralisme, lequel constitue la principale valeur constitutionnelle à la base de l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[47] Dans ce contexte, la décision rendue par la Haute Cour de l'Australie dans l'affaire *Australian Tape Manufacturers Association Ltd. and Others v. Commonwealth of Australia* (1993), 176 C.L.R. 480, sur laquelle les détaillants tablent si fortement, est de peu d'utilité pour répondre à la question de savoir si la redevance constitue une taxe ou un prélèvement de nature réglementaire.

[48] Dans cette décision, la Haute Cour de l'Australie, qui était appelée à se prononcer sur un texte législatif

levy was a tax. It did so after determining that the four traditional indicia to which I have referred were present. The fifth criterion was not addressed as Australia's Constitution does not call for the distinction which must be made in Canada between a tax and a regulatory charge.

[49] The retailers rely on the reasoning of the High Court of Australia to argue that the Board erred in holding that two of the four traditional indicia of a tax were not present. Specifically, the retailers take issue with the Board's finding that the levy was not intended for a public purpose or levied by a public body.

[50] In reaching this last conclusion, the Board reasoned that the levies were not imposed by it since it cannot set the tariff process in motion nor collect the amounts owing. Rather, the levies were imposed by the CPCC, an organization devoted to the protection of the private interests of the rightsholders, which by definition is not a public body. It also held that, although the Act was enacted for the benefit of the Canadian public, it is inaccurate to say that the levies were for a public purpose. In so holding, the Board was focussing on the immediate purpose of the levy which is to compensate the rightsholders for lost revenues resulting from private copying.

[51] It is difficult to support the conclusion reached by the Board with respect to either of these indicia. It seems clear that the levy was created for the purpose of supporting the creators and the cultural industries by striking a balance between the rights of creators and those of users. As Binnie J. states in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, at paragraph 30:

The *Copyright Act* is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator (or, more accurately, to

structuré de façon semblable à celui qui nous intéresse en l'espèce, a jugé que la redevance était une taxe. Elle a tiré cette conclusion après avoir estimé que les quatre indices classiques que j'ai évoqués étaient présents. Elle n'a pas abordé le cinquième critère, car la Constitution de l'Australie n'exige pas de faire la distinction qu'il faut établir au Canada entre une taxe et un prélèvement de nature réglementaire.

[49] Les détaillants se fondent sur le raisonnement de la Haute Cour de l'Australie pour soutenir que la Commission a commis une erreur en déclarant que deux des quatre indices habituels d'une taxe n'étaient pas présents. Plus précisément, les détaillants s'inscrivent en faux contre la conclusion de la Commission suivant laquelle la redevance ne vise pas une fin d'intérêt public et n'est pas prélevée par un organisme public.

[50] Pour en arriver à cette dernière conclusion, la Commission a expliqué que ce n'est pas elle qui impose la redevance, étant donné qu'elle ne peut ni mettre en branle le processus d'établissement du tarif ni percevoir les montants dus. La redevance est plutôt imposée par la SCPCP, un organisme qui est voué à la protection des intérêts privés des titulaires de droits et qui, par définition, ne constitue pas une institution publique. La Commission a également déclaré que, bien que la Loi ait été édictée pour le bénéfice du public canadien, il était faux de prétendre que les redevances servent une fin d'intérêt public. En tirant ces conclusions, la Commission se concentrait sur l'objet immédiat des redevances, en l'occurrence indemniser les titulaires de droits des pertes de revenus imputables à la copie privée.

[51] La conclusion tirée par la Commission sur l'un ou l'autre de ces indices se justifie difficilement. Il semble acquis que la redevance a été créée dans le but de venir en aide aux créateurs et à l'industrie de la musique en créant un équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs. Ainsi que le juge Binnie l'a déclaré dans l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, au paragraphe 30:

La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste

prevent someone other than the creator from appropriating whatever benefits may be generated).

Part VIII of the Act fits within this balance. As such, the levy is collected for a public purpose. That the levy is paid directly to the rightsholders through the CPCC is not inconsistent with this purpose and does not transform the Act into a statute whose prime purpose is to advance private interests.

[52] The conclusion that the levy is not levied by a public body is equally problematic. Pursuant to section 83 of the Act, the Board is the entity that sets the levy, decides on the media to which it will be applied, and determines its quantum. Under paragraph 83(8)(c), the Board is vested with the authority to determine the levies and the terms and conditions relating to the levies. While the CPCC initiates the process and collects the levies, the Board sets the levy. As such the levy is levied by a public body.

[53] I am therefore of the view that the four traditional indicia of a tax are present which leaves the question whether the last criterion identified by the Supreme Court in *Westbank* is present, i.e., whether the levy can properly be labelled as a tax, or whether it is better described as a regulatory charge.

[54] According to *Westbank*, this requires an assessment of whether the levy is connected to a regulatory scheme. To the extent that it is, a further question arises about the extent of that connection or “nexus”, since only a close and necessary connection can save what would be a tax, in the traditional sense, from being treated as such in the constitutional sense (*Westbank*, paragraph 24):

It goes without saying that in order for charges to be imposed for regulatory purposes, or to otherwise be “necessarily incidental to a broader regulatory scheme”, one must first identify a “regulatory scheme”. Certain indicia have

récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l’assurance que personne d’autre que le créateur ne pourra s’approprier les bénéfices qui pourraient être générés).

La partie VIII de la Loi répond à ces critères. La redevance est perçue pour une fin publique. Le fait que la redevance soit versée directement aux titulaires de droits par l’entremise de la SCPCP n’est pas incompatible avec cette fin et ne transforme pas la Loi en un texte législatif dont l’objectif premier serait la défense d’intérêts privés.

[52] La conclusion que la redevance n’est pas perçue par un organisme public pose aussi problème. Aux termes de l’article 83 de la Loi, la Commission est l’organisme chargé de déterminer les redevances, de décider des supports auxquels elles seront appliquées et de fixer le montant de ces redevances. En vertu de l’alinéa 83(8)c), la Commission se voit conférer le pouvoir d’établir les redevances ainsi que les modalités y afférentes. C’est la SCPCP qui met en branle le processus et qui perçoit les redevances, mais c’est la Commission qui établit les redevances. Les redevances sont donc imposées par un organisme public.

[53] Je suis par conséquent d’avis que les quatre indices habituels permettant de conclure à l’existence d’une taxe sont présents en l’espèce. Il nous reste donc à nous demander si le dernier critère posé par la Cour suprême dans l’arrêt *Westbank* est rempli, c’est-à-dire à nous demander si la redevance peut à juste titre être considérée comme une taxe ou s’il convient mieux de la qualifier de prélèvement de nature réglementaire.

[54] Suivant l’arrêt *Westbank*, pour répondre à cette question, il faut d’abord déterminer s’il existe un lien entre la redevance et le régime réglementaire. Dans l’affirmative, on doit ensuite s’interroger sur l’importance de ce «rapport» ou de ce lien, puisque seul un rapport étroit et nécessaire peut empêcher ce qui serait une taxe, au sens habituel, d’être considérée comme telle au sens constitutionnel (arrêt *Westbank*, paragraphe 24):

Il va sans dire que, pour que des redevances soient imposées à des fins de réglementation ou qu’elles soient «indissociable[s] d’une réglementation plus générale», il faut d’abord identifier un «régime de réglementation». Lorsque

been present when this Court has found a “regulatory scheme”. The factors to consider when identifying a regulatory scheme include the presence of: (1) a complete and detailed code of regulation; (2) a specific regulatory purpose which seeks to affect the behaviour of individuals; (3) actual or properly estimated costs of the regulation; and (4) a relationship between the regulation and the person being regulated, where the person being regulated either causes the need for the regulation, or benefits from it. This is only a list of factors to consider; not all of these factors must be present to find a regulatory scheme. Nor is this list of factors exhaustive.

[55] Applying these factors, the Board held that Part VIII was a “regulatory scheme” and that the necessary connection between the levy and this scheme had been established.

[56] The retailers argue that the Board erred in so concluding as none of the factors identified by the Supreme Court in *Westbank* are present. In particular, the retailers argue that Part VIII does not provide for a complete and detailed code; that there are no actual or properly estimated costs relating to Part VIII, and that there is no direct relationship between persons being regulated and Part VIII, in that the persons charged with the payment of the levy have not benefited from nor caused the need for Part VIII.

[57] The retailers further argue that Part VIII is too vague to give any guidance and direction. This is amply demonstrated by the zero-rating program which, in the eyes of the retailers, highlights the uncertainty surrounding the fundamental question of the amount and manner of calculation of the levies.

[58] I note in this connection that any uncertainty which might have been created by the zero-rating program in the past has been eliminated by the Board’s concurrent finding in *Private Copying III* that this program has no statutory legitimacy (see paragraphs 75-127 of these reasons).

notre Cour a conclu à l’existence d’un «régime de réglementation», certains indices étaient présents. Les facteurs à examiner pour identifier un régime de réglementation comportent: (1) l’existence d’un code de réglementation complet et détaillé; (2) un objectif spécifique destiné à influencer certains comportements individuels; (3) des coûts réels ou dûment estimés de la réglementation; (4) un lien entre la réglementation et la personne qui fait l’objet de la réglementation, cette personne bénéficiant de la réglementation ou en ayant créé le besoin. Il ne s’agit que d’une liste de facteurs à examiner; il n’est pas nécessaire qu’ils soient tous présents pour conclure à l’existence d’un régime de réglementation. La liste n’est pas exhaustive non plus.

[55] Appliquant ces facteurs, la Commission a estimé que la partie VIII constituait un «régime réglementaire» et que le lien nécessaire entre la redevance et ce régime avait été établi.

[56] Les détaillants soutiennent que la Commission a commis une erreur en tirant cette conclusion étant donné qu’aucun des facteurs énumérés par la Cour suprême dans l’arrêt *Westbank* n’est présent. Les détaillants affirment plus particulièrement que la partie VIII ne constitue pas un code de réglementation complet et détaillé, qu’il n’y a pas de coûts réels ou dûment estimés en ce qui concerne l’application de la partie VIII et qu’il n’existe pas de lien direct entre les personnes qui font l’objet de la réglementation et la partie VIII, étant donné que les personnes chargées de payer les redevances n’ont pas bénéficié de la réglementation et n’ont pas créé le besoin d’édicter la partie VIII.

[57] Les détaillants affirment en outre que la partie VIII est trop vague pour fournir quelque balise ou indice que ce soit, comme le démontre amplement le programme d’exonération de la redevance qui, aux yeux des détaillants, témoigne de l’incertitude qui entoure la question fondamentale du montant et du mode de calcul des redevances.

[58] Je signale, à cet égard, que toute incertitude qui a pu être créée dans le passé par le programme d’exonération de la redevance a depuis été éliminée par la conclusion concordante de la Commission, dans *Copie privée III*, que ce programme n’a aucune légitimité législative (voir les paragraphes 75 à 127 des présents motifs).

[59] In my view, the retailers have been unable to demonstrate that the levy is not intimately connected to the scheme which Part VIII of the Act implements, or that it is not necessarily incidental to that scheme. All the factors identified by the Supreme Court in *Westbank* point in that direction.

[60] Dealing with the first factor (the existence of a complete and detailed code of regulation), although the provisions in Part VIII are simply expressed and organized, the scheme which they implement is both complex and detailed.

[61] Section 79 provides definitions that determine who benefits from the levy. Section 80 legalizes copying recorded music onto blank media for private use; section 81 entitles rightsholders to be remunerated for such use; for that purpose, section 82 imposes a private copying levy on blank media sold by manufacturers and importers; section 83 prescribes how the levy is to be set; and subsection 83(9) requires that the levies which the Board sets be fair and equitable.

[62] Consistent with the objective of establishing a fair and equitable levy, the Board has adopted the valuation model developed by Messrs. Stone and Audley (the Stone and Audley model) in setting levy rates. This model has three basic elements: (a) the value of each private copy of a sound recording; (b) the estimated average number of private copies made onto each blank medium; and (c) the remuneration of rightsholders calculated as a fixed rate per unit.

[63] The formula involves identifying, first, the entitlement of the rightsholders by reference to the amount they are paid on a per unit retail sale of a pre-recorded CD, and then adjusting that amount according to the total number of blank CDs sold in Canada less those sold to persons other than individuals. Further deductions are made to account for individuals who do not copy and to account for the fact that a second copy has a lower value than the first (secondary value

[59] À mon avis, les détaillants n'ont pas réussi à démontrer que la redevance n'est pas intimement liée au régime que la partie VIII de la Loi met en œuvre ou qu'elle n'est pas indissociable de ce régime. Tous les facteurs énumérés par la Cour suprême dans l'arrêt *Westbank* vont dans le sens de cette conclusion.

[60] En ce qui concerne le premier facteur (existence d'un code de réglementation complet et détaillé), bien que les dispositions de la partie VIII soient libellées et structurées simplement, le régime qu'elles mettent en œuvre est à la fois complexe et détaillé.

[61] L'article 79 renferme des définitions qui permettent de déterminer qui profite des redevances. L'article 80 légalise la reproduction pour usage privé d'enregistrements sonores d'œuvres musicales sur des supports vierges. L'article 81 reconnaît le droit des titulaires de droits d'être rémunérés pour la copie à usage privé. À cette fin, l'article 82 impose une redevance sur la copie privée sur les supports vierges vendus par des fabricants et des importateurs. L'article 83 précise le mode de détermination des redevances et le paragraphe 83(9) oblige la Commission à établir des redevances justes et équitables.

[62] Conformément à l'objectif d'établir des redevances justes et équitables, la Commission a adopté le modèle d'évaluation mis au point par MM. Stone et Audley (le modèle Stone et Audley) pour établir les taux de redevances. Ce modèle comporte trois éléments essentiels: a) détermination de la valeur de chaque copie privée d'enregistrement sonore; b) évaluation du nombre moyen de copies faites sur chaque support audio vierge; c) calcul de la rémunération des titulaires de droits selon un taux fixe à l'unité.

[63] Suivant cette formule, il faut tout d'abord déterminer la rémunération estimative que tirent les titulaires de droits de la vente de CD préenregistrés. On rajuste ensuite ce montant en fonction du nombre total de CD vierges vendus au Canada diminué du nombre de CD vendus à d'autres personnes que de simples particuliers. On diminue encore ce montant pour tenir compte des particuliers qui ne font pas de copie et pour tenir compte du fait que la seconde copie a une valeur moindre que la

discount), and for waste and spoilage.

[64] It is not necessary to go into the details of this formula, which are set out in full in the Board's earlier decisions. Suffice it to say that the Board chose the Stone and Audley model because it fairly and equitably links the levy rate to the revenue shortfall for rightsholders resulting from copying by consumers through the use of the blank media with respect to which a tariff is certified (*Private Copying III*, at paragraphs 166-170).

[65] In my view, the scheme implemented by Part VIII is a complete and detailed code of regulation which comes within the description set out by the Supreme Court in *Westbank*.

[66] In establishing the third factor (actual or properly estimated cost of the regulation), the Supreme Court in *Westbank* first focussed on the correlation which usually exists between a service and a user fee. The Court noted that a feature distinguishing a "user fee" from a "tax" is that, in the case of the former, "a nexus must exist between the quantum charged and the cost the service provided." Drawing an analogy, the Court said that, like a user fee (paragraph 29), "[a] regulatory charge may exist to defray the expenses of the regulatory scheme, . . . or the regulatory charges themselves may be the means of advancing a regulatory purpose."

[67] In this case, the levy is clearly computed in order to advance the statutory scheme. In setting the levy, the Board must ensure that there is a correlation between the extent of the private copying that occurs by the use of the blank media and the levies that are certified with respect to such media.

[68] With regard to the fourth factor (whether the person being regulated caused the need for the regulation

première (réduction en fonction de la valeur secondaire), ainsi que des copies abîmées ou gaspillées.

[64] Il n'est pas nécessaire d'expliquer cette formule en détail. La Commission l'expose en long et en large dans ses décisions. Qu'il suffise de dire que la Commission a retenu le modèle de Stone et Audley parce qu'il établit, de façon juste et équitable, un lien entre les taux de redevances et le manque à gagner que les consommateurs font subir aux titulaires de droits en copiant de la musique sur des supports vierges à l'égard desquels un tarif a été homologué (*Copie privée III*, aux paragraphes 166 à 170).

[65] Le régime mis en œuvre par la partie VIII constitue à mon avis un code de réglementation complet et détaillé qui répond à la définition proposée par la Cour suprême dans l'arrêt *Westbank*.

[66] Pour établir le troisième facteur (coûts réels ou dûment estimés de la réglementation), la Cour suprême s'est, dans l'arrêt *Westbank*, tout d'abord concentrée sur la corrélation qui existe habituellement entre un service déterminé et les frais réclamés pour son utilisation. La Cour a signalé qu'un des facteurs qui permettait généralement de distinguer des «frais d'utilisation» d'une «taxe» est le fait qu'il doit y avoir un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni». Faisant une analogie, la Cour a expliqué que, tout comme les frais d'utilisation, (paragraphe 29) «[u]ne redevance de nature réglementaire peut servir à couvrir les dépenses du régime de réglementation [. . .] ou les redevances de nature réglementaire elles-mêmes peuvent favoriser l'atteinte de l'objet de la réglementation».

[67] Dans le cas qui nous occupe, la redevance est manifestement calculée de manière à favoriser l'atteinte de l'objectif visé par le régime législatif. Lorsqu'elle fixe des redevances, la Commission doit s'assurer qu'il existe une corrélation entre, d'une part, l'ampleur de la copie privée qui découle de l'utilisation de supports vierges et, d'autre part, les redevances qui sont homologuées relativement à ces supports.

[68] En ce qui concerne le quatrième facteur (la personne qui fait l'objet de la réglementation a-t-elle

or benefited from it), it seems clear that, by making blank media available to consumers, the manufacturers and importers of blank media allowed for the proliferation of consumer copying and thereby caused the need which led Parliament to implement Part VIII. Nevertheless, the retailers argue that the manufacturers and importers are not responsible for the illegal acts of consumers.

[69] I accept that this may be so. However, to have “caused the need” for a regulation, it is not necessary for the manufacturers and importers to have been responsible for private copying in the legal sense. It is enough that they have provided consumers with the means by which private copying takes place, thereby giving rise to the need for Parliament’s intervention.

[70] The remaining factor (that the levy has a regulatory purpose which seeks to affect the behaviour of individuals) is also present. The CPCC argues that, by legalizing the copying of recorded music, Part VIII enables and may encourage individuals to copy recorded music on blank media. This in turn may encourage the wider dissemination of recorded music and increase creative efforts by rightsholders through increased sales of blank media.

[71] The retailers submit that all this is within the realm of speculation. While there is a degree of speculation in what the CPCC asserts, I have no doubt that Part VIII encourages creation by ensuring that rightsholders obtain some financial reward for their creation in circumstances where they previously did not. As such, the levy affects the behaviour of individuals.

[72] In the end, it is apparent that the levy possesses all the characteristics of a regulatory charge as these were identified by the Supreme Court in *Westbank*. It is necessarily incidental to a detailed regulatory scheme

bénéficié de la réglementation ou en a-t-elle créé le besoin), il semble évident qu’en mettant des supports vierges à la disposition des consommateurs, les fabricants et les importateurs de supports vierges ont favorisé la prolifération de copies par les consommateurs, créant ainsi le besoin qui a incité le législateur fédéral à adopter la partie VIII. Les détaillants font toutefois valoir que les fabricants et les importateurs ne sont pas responsables des actes illégaux commis par les consommateurs.

[69] J’en conviens. Mais pour avoir «créé le besoin» à l’origine d’un règlement, il n’est pas nécessaire que les fabricants et les importateurs soient responsables de la copie pour usage privé au sens juridique du terme. Il suffit qu’ils aient procuré aux consommateurs le moyen de faire de la copie pour usage privé, créant ainsi une situation nécessitant l’intervention du législateur.

[70] Le dernier facteur (la redevance vise un objectif spécifique destiné à influencer certains comportements individuels) est également présent. La SCPCP soutient qu’en légalisant la reproduction d’œuvres musicales enregistrées, la partie VIII permet à de simples particuliers de copier de la musique enregistrée sur des supports vierges et les incite peut-être même à le faire. Cette situation risque à son tour d’encourager une plus grande diffusion d’œuvres musicales enregistrées et d’inciter les titulaires de droits à faire preuve de plus d’inventivité par suite de l’augmentation des ventes de supports vierges.

[71] Les détaillants affirment que toutes ces considérations relèvent du domaine de la spéculation. Bien que les affirmations de la SCPCP comportent une part de spéculation, je ne doute pas que la partie VIII encourage la création en faisant en sorte que les titulaires de droits obtiennent une certaine rémunération financière pour leur création dans des circonstances où ils ne recevaient aucune rétribution auparavant. La redevance influence donc des comportements individuels.

[72] En définitive, il appert donc que la redevance possède toutes les caractéristiques d’un prélèvement de nature réglementaire qui ont été énumérées par la Cour suprême dans l’arrêt *Westbank*. Elle est indissociable

which falls squarely within a federal head of jurisdiction. It follows that the Board correctly held that the levy was not a tax in the constitutional sense.

[73] The foregoing reasons also dispose of the retailers' alternative argument that Part VIII is unconstitutional by reason of being overly vague and insufficiently connected to copyright law.

[74] I would therefore dismiss the retailers' judicial review application, with costs.

Application A-9-04—The Legality of the Zero-Rating Program

[75] The zero-rating program was initiated by the CPCC on a voluntary basis. It allows certain users who do not private copy to purchase blank media levy-free from authorized manufacturers, importers and distributors. The program initially applied to four media formats: audiocassettes, MiniDiscs, Audio CD-Rs and Audio CD-RWs. It was subsequently expanded by the CPCC to include CD-Rs and CD-RWs. This occurred in September 2003, several months after the Board's hearing in *Private Copying III*, but before the decision was rendered.

[76] Under the CPCC's zero-rating program, users wishing to buy blank media levy-free must first register with the CPCC and obtain a certificate number allowing them to purchase media from authorized manufacturers, importers and distributors. In their agreements with the CPCC, users undertake not to sell or dispose of the blank media they acquire levy-free to any other person, and not to use the media for personal use or to copy music without authorization.

[77] Manufacturers, importers and distributors who wish to sell levy-free are also required to register with the CPCC and sign agreements. They may only sell levy-free to users holding a certificate from the CPCC.

d'un régime réglementaire détaillé qui relève nettement d'un chef de compétence fédérale. Il s'ensuit que c'est à bon droit que la Commission a estimé que la redevance n'était pas une taxe au sens constitutionnel.

[73] Les motifs qui précèdent règlent également le sort du moyen subsidiaire des détaillants suivant lequel la partie VIII est inconstitutionnelle parce qu'elle est trop vague et qu'elle ne se rattache pas suffisamment au droit d'auteur.

[74] Je rejetterais donc la demande de contrôle judiciaire des détaillants avec dépens.

Dossier A-9-04—Légalité du programme d'exonération

[75] Le programme d'exonération de la redevance est un régime volontaire d'exonération mis sur pied par la SCPCP. Il permet à certains utilisateurs qui ne font pas de copie pour usage privé d'acheter en franchise des supports vierges à des fabricants, importateurs et distributeurs autorisés. Au départ, le programme s'appliquait à quatre types de supports: les cassettes audio, les MiniDiscs, les CD-R audio et les CD-RW audio. La SCPCP l'a par la suite étendu aux CD-R et aux CD-RW. Cette mesure a été prise en septembre 2003, quelques mois après l'audience de la Commission dans le dossier *Copie privée III*, mais avant le prononcé de la décision.

[76] Aux termes du programme d'exonération de la SCPCP, les utilisateurs qui désirent acheter des supports vierges en franchise de redevance doivent d'abord s'inscrire auprès de la SCPCP et obtenir un numéro de certificat qui leur permet d'acheter des supports à des fabricants, importateurs et distributeurs autorisés. Aux termes de l'entente qu'ils concluent avec la SCPCP, les utilisateurs s'engagent à ne pas vendre ou aliéner à qui que ce soit les supports vierges qu'ils acquièrent en franchise et à ne pas utiliser les supports à des fins personnelles ou à copier de la musique sans autorisation.

[77] Les fabricants, importateurs et distributeurs qui désirent vendre en franchise sont également tenus de s'inscrire auprès de la SCPCP et de signer une entente. Ils ne peuvent vendre des supports sans exiger de

Authorized manufacturers, importers, and distributors must report their levy-free sales to the CPCC and are subject to audit. Retailers are not allowed to participate in the program.

[78] The record before the Board indicates that, as of December 2002, approximately 50 manufacturers, importers, and distributors had signed zero-rating agreements with the CPCC authorizing them to sell blank media at a zero-rate to buyers certified by the CPCC.

[79] The certified buyers who can purchase blank media levy-free from authorized participants are institutions and entities who duplicate audio and data for business rather than personal use. Included within this class of users are educational institutions, broadcasters, law enforcement agencies, advertising agencies, the music, film and video industries, courts, tribunals and court reporters, religious organizations, telemarketing firms, software companies, duplication facilities, medical institutions, technology companies, conference and training companies, and government.

[80] Commencing in September 2003, the CPCC required contracting parties to pay an annual fee to offset the CPCC's costs of administering the zero-rating program.

The Decision of the Board

[81] As the CPCC highlights in its submissions, the zero-rating program has been the subject of inconsistent rulings by the Board. However, the Board has throughout taken the position that the exemption extended by the CPCC under the program to persons who do not private copy is not authorized under the Act.

[82] In *Private Copying I*, the Board, without objecting to the zero-rating program, indicated that it

redevance qu'aux utilisateurs qui ont obtenu un certificat de la SCPCP. Les fabricants, importateurs et distributeurs autorisés doivent rendre compte de leurs ventes de supports exonérés à la SCPCP et ils peuvent faire l'objet d'une vérification. Les détaillants ne sont pas autorisés à participer au programme.

[78] Il ressort du dossier de la Commission qu'en décembre 2002, une cinquantaine de fabricants, d'importateurs et de distributeurs avaient signé avec la SCPCP des ententes d'exonération qui les autorisaient à vendre sans contrepartie des supports vierges à des acheteurs certifiés par la SCPCP.

[79] Les acheteurs certifiés qui sont autorisés à acheter des supports vierges sans avoir à payer de redevance sont des institutions et des entités qui font de la copie de données ou de sons à des fins commerciales et non à des fins personnelles. Font partie de cette catégorie les établissements d'enseignement, les radiodiffuseurs, les forces policières, les agences de publicité, les industries de la musique, du cinéma et de la vidéo, les tribunaux judiciaires et administratifs, les sténographes judiciaires, les organismes religieux, les firmes de télémarcheting, les fabricants de logiciels, les services de duplication, les établissements de santé, les sociétés de technologie, les sociétés de conférence et de formation et l'État.

[80] Depuis septembre 2003, la SCPCP oblige les contractants à payer des frais annuels pour compenser ses frais d'administration du programme d'exonération de la redevance.

Décision de la Commission

[81] Ainsi que la SCPCP le souligne dans ses observations, le programme d'exonération de la redevance a donné lieu à des décisions contradictoires de la part de la Commission. La Commission a cependant toujours maintenu que la Loi n'autorisait pas l'exonération que la SCPCP accorde, en vertu du programme, aux personnes qui ne font pas de copie privée.

[82] Dans *Copie privée I*, sans s'opposer au programme d'exonération de la redevance, la

could not take this program into account in setting the levy under the Act. It said (at page 57):

The Board cannot shelter from the levy users who do not make private copies. The only exception can be found in section 86 of the Act, which provides that no levy is payable on sales to associations representing persons with perceptual disabilities. Principles of statutory interpretation require the Board to conclude that it cannot create further exceptions.

Furthermore, it cannot be seriously argued that institutional or corporate buyers are exempt from the levy. The levy targets media, not persons. It is paid by manufacturers and importers, who are then free to integrate it to their pricing decisions in any manner they wish.

To help alleviate the effect of the levy on certain groups, CPCC has proposed to enter into agreements according to which manufacturers and importers would be allowed to sell recording media to certain categories of users without having to pay the levy. Much time was spent discussing CPCC's proposal. As the Board cannot create exemptions, the tariff is not the place to deal with such a scheme. Again, no account was taken of that proposal in setting the levy.

[83] Two years later, in *Private Copying II*, the Board held that, although it could not create exemptions, it could take the zero-rating program into account in setting the levy for audiocassettes (at page 16):

The Board continues to believe that it cannot itself create exemptions but concludes for legal, practical and public policy reasons that it is permissible to take the zero-rating scheme into account by excluding audio cassettes that are sold levy-free from the calculation of the levy.

First, this does not involve creating exceptions for anyone's benefit or including the scheme in the tariff. All that is done is to take into account, in setting the amount of the levy, a mechanism that is now a market reality, like any other.

Second, a tariff that did not take the zero-rating scheme into account would not be a fair tariff. In practice, the private copying regime's continued existence depends on the availability of some exemption scheme. Including zero-rating media in the calculation of the levy imposes on authors the

Commission a expliqué qu'elle ne pouvait tenir compte de ce programme pour établir les redevances prévues par la Loi. Voici ce qu'elle déclare (à la page 57):

La Commission ne peut protéger des conséquences de la redevance ceux qui ne font pas de copie privée. La seule exception est énoncée à l'article 86 de la Loi, lequel prévoit qu'aucune redevance n'est payable dans le cas des ventes aux associations représentant des personnes ayant une déficience perceptuelle. Compte tenu des principes d'interprétation législative, la Commission doit en arriver à la conclusion qu'elle ne peut créer d'autres exceptions.

De plus, on ne saurait sérieusement prétendre que les institutions ou les entreprises sont exonérées de la redevance. La redevance vise les supports et non les personnes. Elle est payée par les fabricants et les importateurs, qui peuvent ensuite l'intégrer dans leurs prix comme bon leur semble.

Afin d'atténuer les effets de la redevance pour certains groupes, la SCPCP a proposé de conclure des accords autorisant la vente en franchise de la redevance à certaines catégories d'utilisateurs. La proposition de la SCPCP a été longuement débattue. Étant donné que la Commission ne peut créer d'exemptions, il ne convient pas d'utiliser le tarif pour instaurer pareil système. Encore une fois, il n'a pas été tenu compte de cette proposition pour l'établissement de la redevance.

[83] Deux ans plus tard, dans *Copie privée II*, la Commission a signalé que, même si elle ne pouvait créer d'exemptions, il lui était loisible de tenir compte du programme d'exonération de la redevance pour fixer les redevances applicables aux cassettes audio (à la page 16):

La Commission continue de croire qu'elle ne peut établir d'exemptions, mais conclut, pour des motifs juridiques, pratiques et de politique publique, qu'elle est en mesure de tenir compte des cassettes audio vendues en franchise en les excluant du calcul de la redevance.

Premièrement, il ne s'agit pas d'établir des exceptions en faveur de quiconque ou d'incorporer la mesure dans le tarif, mais de tenir compte, dans l'établissement du prix, d'un mécanisme qui est désormais une réalité du marché comme une autre.

Deuxièmement, un tarif qui ne tiendrait pas compte du mécanisme serait inéquitable. Sur le plan pratique, le régime de copie privée ne peut survivre sans mécanisme d'exonération. En n'excluant pas du calcul les supports vendus en franchise, on ferait supporter aux auteurs le coût de la renonciation à la

cost of not collecting the levy as well as the cost of maintaining the administrative structure required to operate what is now an essential element of the system.

Third, excluding zero-rated media from the calculation of the levy ensures that a more targeted group, more likely to engage in private copying, bears the cost of the regime. This meets and promotes the regime's objectives. Far from weakening the nexus between the activity and the medium on which the levy is paid, it strengthens it.

[84] In *Private Copying III*, the Board reversed its position. It held both that it could not take the program into account in setting the levy and that the program had no legal basis and was therefore illegal (at paragraphs 82-83):

The Board believes that if Parliament intended to insulate non copiers from the effects of the regime, it could have and would have established mechanisms within the Act. Yet Part VIII includes only one exception, to accommodate perceptually disabled persons. The Governor in Council has the power to exclude from the regime media that would otherwise be subject to a levy. That power has not been exercised. Alternatively, Parliament might have provided the Board with the tools to accommodate those who do not use blank media to copy music. But the Act delegates no such authority to the Board.

All of these considerations suggest strongly that, under the existing legal framework, only those mentioned expressly were intended to be exempt from payment of the levies. It is not for the Board, nor CPCC, to assume the role of the legislator by implying additional exemptions, reasoning that they should be implied from the wording of the Act.

[85] The Board went on to conclude (at paragraphs 96, 98, 99 and 101):

As structured, the zero-rating program creates exemptions. For all these reasons, the Board considers that the program has no legal basis and is therefore illegal.

...

Aside from the lack of legal support for zero-rating, the Board has some serious reservations about the fairness of the proposed implementation of CPCC's extended program. The program has been tested on the audiocassette market, to the extent that end users complain much less about the levy on that

rémunération, en plus des frais d'administration d'un accessoire désormais nécessaire au régime.

Troisièmement, en excluant les supports vendus en franchise du calcul de la redevance, on fait porter les coûts du régime à un groupe plus ciblé, davantage susceptible de se livrer à la copie privée. Une telle mesure respecte les objectifs du régime et en fait la promotion. Loin d'affaiblir le lien entre l'activité et le support assujéti à la redevance, elle le renforce.

[84] Dans *Copie privée III*, la Commission est revenue sur sa position. Elle a déclaré à la fois qu'elle ne pouvait tenir compte du programme pour établir la redevance et que le programme n'avait aucun fondement juridique et qu'il était par conséquent illégal (aux paragraphes 82 et 83):

De l'avis de la Commission, si le législateur avait eu l'intention de soustraire aux effets du régime ceux qui ne copient pas de musique, il aurait tout simplement prévu dans la Loi les mécanismes qui s'imposent. Or, la partie VIII ne prévoit qu'une seule exception, visant les personnes ayant une déficience perceptuelle. Le gouverneur en conseil a aussi le pouvoir d'exclure du régime des supports qui seraient autrement assujettis à une redevance; il ne l'a pas fait. De manière alternative, le législateur aurait pu mettre à la disposition de la Commission des mesures lui permettant de régir les personnes qui n'utilisent pas des supports vierges pour copier de la musique, mais la Loi ne lui confère pas un tel pouvoir.

Toutes ces considérations donnent fortement à penser que, dans le cadre législatif actuel, seules les parties expressément désignées bénéficient d'une exemption. Il ne revient pas à la Commission ou à la SCPCP de se substituer au législateur en sous-entendant d'autres exemptions sous prétexte qu'elles sont implicites de par l'économie de la Loi.

[85] La Commission a poursuivi en concluant ce qui suit (aux paragraphes 96, 98, 99 et 101):

Sous sa forme actuelle, le programme d'exonération crée des exemptions. Pour toutes ces raisons, la Commission considère que le programme est sans fondement juridique, et donc illégal.

[. . .]

Hormis le fait que le programme d'exonération est sans fondement sur le plan juridique, la Commission a de sérieuses réserves sur l'équité du projet des mises en œuvre du programme élargi de la SCPCP. Ce programme a été mis à l'essai sur le marché des cassettes audio, et les utilisateurs se

medium. However, its possible effects on other markets, especially blank CD's, cause grave concerns.

First, the stakes are much higher in the context of blank CD's because of the number of units that might be zero-rated. . . . By even the most conservative estimates, one would not be surprised if tens of millions of units were diverted from existing channels of distribution. Second, objectors expressed reluctance to pay any registration fees. Some objectors also expressed concerns about the potential for arbitrary application of the program.

. . .

The potentially serious effects of zero-rating on the CD market are themselves sufficient to explain the change in the Board's views. Yet, to be blunt, the reason that the Board has reconsidered its response to zero-rating is that it could not foresee the effects of the program. . . . This decision is based upon a more complete record. [Emphasis added.]

[86] Consistent with this reasoning, the Board in *Private Copying III* did not take into account the zero-rating program in determining the amount of the levy which it certified except with respect to audiocassettes. In this respect, the Board noted that the levy rate should logically be adjusted. However, it did not do so because (*Private Copying III*, at paragraph 181):

. . . the audiocassette market has reached its maturity. Consumers have apparently accepted the levy on these media as an intrinsic component of the price. Thus, the rate should stay the same.

[87] Invoking a lack of clarity in the Board's decision, the CPCC chose to maintain the program in place for all blank media previously covered.

Objections Against the Decision of the Board

[88] The CPCC submits that the Board exceeded its jurisdiction in declaring to be illegal the zero-rating program and, by extension, the CPCC's zero-rating

plaignent beaucoup moins de la redevance sur ce type de supports. Toutefois, ses effets potentiels sur d'autres marchés, notamment celui des CD vierges, suscitent d'importantes préoccupations.

Premièrement, les enjeux sont beaucoup plus élevés dans le cas des CD vierges en raison du nombre d'unités pouvant être exonérées [. . .] Même si l'on s'en tient aux évaluations les plus conservatrices, il ne serait pas surprenant que des dizaines de millions d'unités soient détournées des circuits de distribution existants. Deuxièmement, les opposants se sont dits réticents à payer des frais d'inscription, et certains opposants, inquiets des possibilités d'arbitraire dans l'application du programme.

[. . .]

Les effets potentiellement graves de l'exonération sur le marché des CD expliquent à eux seuls le changement d'opinion de la Commission. Mais, pour tout dire, si la Commission a reconsidéré sa position sur l'exonération de la redevance, c'est parce qu'elle ne pouvait prévoir l'impact du programme. [. . .] La présente décision se fonde sur un dossier plus complet. [Non souligné dans l'original.]

[86] S'inscrivant dans le droit fil de ce raisonnement, la Commission n'a pas tenu compte, dans *Copie privée III*, du programme d'exonération de la redevance pour déterminer le montant de la redevance qu'elle a homologuée, sauf dans le cas des cassettes audio. À cet égard, la Commission a signalé que le taux de la redevance devait logiquement être rajusté, mais elle a refusé de le faire en expliquant que: (*Copie privée III*, au paragraphe 181):

[. . .] le marché de la cassette audio a atteint sa pleine maturité. Les consommateurs semblent avoir accepté que la redevance sur ce type de support constitue une composante intrinsèque de son prix. Le taux devrait donc rester le même.

[87] Invoquant le manque de clarté de la décision de la Commission, la SCPCP a choisi de maintenir le programme en place pour tous les supports vierges déjà visés.

Objections formulées à l'encontre de la décision de la Commission

[88] La SCPCP affirme que la Commission a outrepassé sa compétence en déclarant illégal le programme d'exonération de la redevance et, par le fait

agreements with program participants.

[89] The CPCC submits that, although the Board has a broad statutory power to set levies and determine their terms and conditions, the Act does not grant the Board the power to rule upon the legality of private agreements between a collective society and third parties. In this respect, the CPCC relies on the decision of this Court in *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115, in which it was held that the Board's incidental powers are limited to what is necessarily linked to the Board's rate-setting function.

[90] The CPCC argues that the Board does not have jurisdiction to rule upon the legality of the zero-rating program in order to fix the amount of the private copying levies or their terms and conditions. Instead, it should have limited its inquiry to whether the Board had the power under the Act to take the program into account in setting the levies. By going beyond this and declaring the program to be illegal, the Board ignored CPCC's right to waive the collection of statutory debts owing to it.

[91] If the Board does have jurisdiction to declare the zero-rating program illegal, the CPCC argues that the Board's decision is both incorrect in law, and unreasonable in that it cannot withstand "a somewhat probing examination."

[92] The CPCC submits that the reasonableness of the Board's decision is doubtful because it contradicts the Board's previous pronouncements on the same question which rest on more compelling reasoning. According to the CPCC, the Board got it right in the first place.

[93] Both the retailers and the CSMA oppose the position advocated by the CPCC and support the decision reached by the Board. They add that, in maintaining the zero-rating program in place, the CPCC is flouting the decision of the Board.

même, les ententes d'exonération conclues entre la SCPCP et les participants au programme.

[89] La SCPCP explique que, bien qu'elle confère à la Commission de vastes pouvoirs en matière d'établissement des redevances et de détermination de leurs modalités, la Loi ne donne pas à la Commission le pouvoir de se prononcer sur la légalité d'ententes de gré à gré conclues entre une société de gestion et des tiers. À cet égard, la SCPCP cite l'arrêt *Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115, dans lequel notre Cour a statué que les pouvoirs accessoires de la Commission se limitent à ce qui se rapporte nécessairement à la fonction d'établissement des taux de la Commission.

[90] La SCPCP soutient que la Commission n'a pas compétence pour statuer sur la légalité du programme d'exonération de la redevance afin de fixer le montant des redevances sur la copie privée ou d'en préciser les modalités. La Commission aurait plutôt dû se contenter selon elle de se demander si elle avait le pouvoir en vertu de la Loi de tenir compte du programme pour établir la redevance. En allant plus loin et en déclarant le programme illégal, la Commission a fait fi du droit de la SCPCP de renoncer à la perception des sommes qui lui sont dues en vertu de la Loi.

[91] La SCPCP soutient que, si la Commission a effectivement compétence pour déclarer illégal le programme d'exonération de la redevance, la décision de la Commission est à la fois mal fondée en droit et déraisonnable, étant donné qu'elle ne peut résister à un «examen assez poussé».

[92] La SCPCP estime qu'on peut douter du caractère raisonnable de la décision de la Commission parce qu'elle contredit ses décisions antérieures sur la même question qui reposaient sur un raisonnement plus convaincant. Suivant la SCPCP, ce sont ces premières décisions qui sont bien fondées.

[93] Les détaillants et la CSMA s'opposent à la thèse préconisée par la SCPCP et ils appuient la décision de la Commission. Ils ajoutent qu'en continuant à appliquer le programme d'exonération de la redevance, la SCPCP a fait fi de la décision de la Commission.

Analysis

[94] The principal issue to be decided is whether the Board erred in law when it held that, in setting a levy that is fair and equitable, it should disregard the CPCC's zero-rating program. First, though, it is important to deal with an issue on which the parties agreed: the inability of the CPCC or the Board to create exemptions from the levy. An analysis of this issue provides valuable context to the question of whether the Board may take the zero-rating program into account when setting the levy. It is also helpful in the resolution of the principal issue.

Exemptions from the Statutory Scheme

[95] The gist of the reasoning advanced by the Board for holding that the zero-rating program is not authorized by the Act is reflected in the following passage (*Private Copying III*, at paragraph 82):

The Board believes that if Parliament intended to insulate non copiers from the effects of the regime, it could have and would have established mechanisms within the Act. Yet Part VIII includes only one exception, to accommodate perceptually disabled persons. The Governor in Council has the power to exclude from the regime media that would otherwise be subject to a levy. That power has not been exercised. Alternatively, Parliament might have provided the Board with the tools to accommodate those who do not use blank media to copy music. But the Act delegates no such authority to the Board.

[96] As noted, the Board's conclusion that it does not have the power to create exemptions is not contested, and is consistent with a well-recognized rule of statutory interpretation. The rule is that the expression of one thing in a statute usually suggests the exclusion of another (*expressio unius est exclusio alterius*). Pursuant to this maxim, if a statute specifies one exception (or more) to a general rule, other exceptions are not to be read in. The rationale is that the legislator has turned its mind to the issue and provided for the exemptions which were intended.

Analyse

[94] La principale question à résoudre est celle de savoir si la Commission a commis une erreur de droit en décidant que, pour établir une redevance juste et équitable, elle ne devait pas tenir compte du programme d'exonération de la redevance de la SCPCP. Il importe toutefois en premier lieu d'aborder une question sur laquelle les parties s'entendent: l'incapacité de la SCPCP et de la Commission de créer des exemptions de la redevance. L'analyse de cette question permettra de bien situer la question de savoir si la Commission peut ou non tenir compte du programme d'exonération de la redevance pour établir la redevance. Elle est également utile pour résoudre la principale question en litige.

Dispense d'application du régime législatif

[95] On trouve dans le passage suivant l'essentiel du raisonnement qu'a suivi la Commission pour déclarer que le programme d'exonération de la redevance n'est pas autorisé par la Loi (*Copie privée III*, au paragraphe 82):

De l'avis de la Commission, si le législateur avait eu l'intention de soustraire aux effets du régime ceux qui ne copient pas de musique, il aurait tout simplement prévu dans la Loi les mécanismes qui s'imposent. Or, la partie VIII ne prévoit qu'une seule exception, visant les personnes ayant une déficience perceptuelle. Le gouverneur en conseil a aussi le pouvoir d'exclure du régime des supports qui seraient autrement assujettis à une redevance; il ne l'a pas fait. De manière alternative, le législateur aurait pu mettre à la disposition de la Commission des mesures lui permettant de régir les personnes qui n'utilisent pas des supports vierges pour copier de la musique, mais la Loi ne lui confère pas un tel pouvoir.

[96] Ainsi qu'il a déjà été signalé, la conclusion de la Commission suivant laquelle elle n'a pas le pouvoir de créer des exemptions n'est pas contestée. Cette conclusion s'accorde d'ailleurs avec un principe d'interprétation des lois bien connu. Suivant ce principe, la mention d'une chose dans une loi implique l'exclusion de l'autre (*expressio unius est exclusio alterius*). Selon cette maxime, si la loi assortit une règle générale d'une (ou de plusieurs) exceptions, on ne peut inclure dans cette loi des exceptions qui ne s'y trouvent pas. La raison d'être de ce principe est que le législateur a pris la peine

[97] This principle was applied by the Supreme Court in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at pages 480 and 481, where at issue was whether the right to make ephemeral recordings is implicitly included in the Act as part of the right to broadcast a performance:

Furthermore, an implied exemption to the literal meaning of s. 3(1)(d) is all the more unlikely, in my opinion, in light of the detailed and explicit exemptions in s. 17(2) (now s. 27(2)) of the Act, providing for matters as diverse as private study, research or critical review, educational use, disclosure of information pursuant to various federal Acts, and performance of a musical work without motive of gain at an agricultural fair. [See also *Black's Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, at page 192 and R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002, at page 241.]

[98] Applying this rule to Part VIII, the first exemption to the levy is found in subsection 82(2), which provides that “no levy is payable” by manufacturers or importers where the blank medium is exported from Canada. Subsection 86(1) contains the other exemption, providing that “[n]o levy is payable” where a manufacturer or importer sells or disposes of a blank medium to a “society, association or corporation that represents persons with a perceptual disability.” Parliament also expressly empowered the Cabinet to exclude from liability certain media by virtue of section 79 and paragraph 87(b) of the Act.

[99] It is also worth noting that paragraph 87(a) of the Act provides that Cabinet, and not the Board or collecting bodies, may make regulations respecting procedures for the operation of the section 86 exemption. Given that Parliament has reserved to Cabinet the task of creating the procedures for administering a legislated exemption, it cannot credibly be suggested that Parliament envisaged that the CPCC could create and administer exemptions in the form of the zero-rating program that are not explicitly created by the statute.

de se pencher sur la question et qu’il a précisé les exceptions qu’il souhaitait apporter au principe général.

[97] La Cour suprême a appliqué ce principe dans l’arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, aux pages 480 et 481, où le débat tournait autour de la question de savoir si le droit prévu par la Loi de diffuser l’exécution d’une œuvre comportait implicitement le droit d’en effectuer des enregistrements éphémères:

De plus, une exception implicite au sens littéral de l’al. 3(1)d) est, à mon avis, d’autant moins plausible que le par. 17(2) (maintenant par. 27(2)) de la Loi prévoit des exceptions expresses et détaillées dans des cas aussi divers que l’étude privée, la recherche, l’étude critique, l’utilisation à des fins d’éducation, la communication de documents en application de diverses lois fédérales et l’exécution, sans but lucratif, d’une œuvre musicale à une foire agricole. [Voir aussi *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., à la page 192 et R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. (Toronto, Butterworths, 2002), à la page 241.]

[98] Si l’on applique ce principe à la partie VIII, on constate que la première exemption se trouve au paragraphe 82(2), qui prévoit qu’«[a]ucune redevance n’est [. . .] payable» par le fabricant ou l’importateur lorsque le support audio vierge est exporté du Canada. Le paragraphe 86(1) renferme l’autre exemption: il prévoit que la vente ou toute autre forme d’aliénation d’un support audio vierge par un fabricant ou un importateur au profit «d’une société, association ou personne morale qui représente les personnes ayant une déficience perceptuelle ne donne pas lieu à redevance». Le législateur fédéral a par ailleurs expressément habilité le Cabinet à exonérer certains supports en vertu de l’article 79 et de l’alinéa 87b) de la Loi.

[99] Il vaut également la peine de signaler que l’alinéa 87a) de la Loi prévoit que c’est le Cabinet, et non la Commission ou les organismes de perception, qui est habilité à prendre des règlements au sujet du mode de fonctionnement de l’exemption prévue à l’article 86. Compte tenu du fait que le législateur fédéral a confié au Cabinet le soin de définir la procédure à suivre pour appliquer une exemption législative, on ne saurait logiquement prétendre que le législateur envisageait que la SCPCP puisse créer et appliquer, par le biais de son programme d’exonération de la redevance, des

[100] There is no doubt that the Board's conclusion is supported by the rule of construction which it invoked. However, the analysis must go beyond this. As the Supreme Court has repeated on numerous occasions and in various contexts (see for instance *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103) (E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983, at page 87):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[101] The strongest argument for reading into the Act the implicit authority for the grant of the exemptions which underlie the zero-rating program is the suggestion by the Board that this program goes some way to achieving statutory objectives. The Board said at paragraphs 94-95 of its reasons (*Private Copying III*):

There are valid arguments in favour of zero-rating. By definition, a business or other organization cannot engage in private copying. Thus, from a policy standpoint, they may not be the purpose for, nor the beneficiaries of the private copying regime. A mechanism that removes such stakeholders from the ambit of the levies might further strengthen the nexus between the regime and its goal, and might also reduce the incentive to turn to foreign suppliers for blank media purchases.

There are less compelling reasons for an exemption for individual consumers who do not private copy. The evidence suggests, for example, that 80-90 per cent of consumers use some blank CDs to copy music, and 40 per cent use blank CDs for no other purpose. Although not all individuals use all media for that purpose, we must bear in mind that the rate is discounted to reflect this fact. Also, the Act legalizes private copying in Canada; there is value in the option to private copy, even for those who choose not to exercise that option.

exemptions qui ne sont pas explicitement prévues par la loi.

[100] Il n'y a aucun doute que la conclusion de la Commission s'appuie sur le principe d'interprétation qu'elle a invoqué. Il faut toutefois pousser l'analyse plus loin. Ainsi que la Cour suprême l'a répété à de nombreuses reprises et dans divers contextes (voir, par exemple, les arrêts *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103) (E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto: Butterworths, 1982, à la page 87):

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[101] L'argument le plus solide que la Commission a avancé pour justifier l'interpolation dans la Loi d'un pouvoir implicite d'accorder les exemptions qui sont à la base du programme d'exonération de la redevance est sa proposition que ce programme permet dans une certaine mesure d'atteindre les objectifs visés par la Loi. Voici ce que la Commission déclare aux paragraphes 94 et 95 de ses motifs (*Copie privée III*):

Des arguments valables militent en faveur de l'exonération. Par définition, une entreprise ou autre institution ne peut faire de la copie privée. De point de vue politique, elles ne font pas l'objet du régime, pas plus qu'elles en tirent un bénéfice. Un mécanisme qui les soustrait à l'application de la redevance renforcera peut-être le lien entre le régime et les objectifs s'y rattachant, et dissuadera peut-être aussi les achats de supports vierges auprès de fournisseurs étrangers.

Les raisons d'accorder une exemption aux consommateurs qui ne font pas de copie privée sont moins convaincantes. Selon la preuve, par exemple, 80 à 90 pour cent des consommateurs se servent de CD vierges pour copier de la musique, et 40 pour cent n'en utilisent qu'à cette seule fin. Tous les supports achetés par des particuliers ne servent pas à copier de la musique; cela dit, il faut se rappeler que le taux est ajusté pour en tenir compte. Enfin, la Loi légalise la copie privée au Canada; l'option de faire de la copie privée a une valeur, même pour ceux qui choisissent de ne pas l'exercer.

[102] An implicit power which can be shown to advance the object of the legislation within which it is said to exist is easier to read in. However, it must still be shown that Parliament intended such a grant.

[103] The Board confronted this question (*Private Copying III*, at paragraph 96):

. . . the question is not whether or not zero-rating is desirable, but whether or not the Board, or CPCC, is legally authorized to initiate such a program. Because there is no legislative guidance to the contrary, the Board believes it does not have the legal authority delegated from Parliament to exempt those who are, under the Act, liable for the payment of levies.

[104] In coming to this conclusion, the Board noted the total absence of legislative control over the power being claimed by the CPCC and the importance of the consequences flowing from the zero-rating program, particularly with respect to blank CDs (the Board noted that, by even the most conservative estimates, tens of millions of blank CDs could be diverted from existing channels of distribution (*Private Copying III*, at paragraph 99)).

[105] The Board saw that the CPCC would effectively regulate the market for blank CDs and was concerned by the serious distribution problems which the program could engender by forcing sales outside the normal supply chain (*Private Copying III, ibid*). The Board also expressed reservations about the fairness of CPCC's program and its potential for arbitrariness (*Private Copying III, ibid*). According to the Board (*Private Copying III*, at paragraph 97):

As the Act now stands, the most untenable response is to delegate ultimate control [of the program] to the beneficiaries of the regime.

[106] It seems clear that, given its past experience with the program, the Board became struck by the extent of the discretionary power which the CPCC would yield in the marketplace if the program was extended as proposed. Realizing the impact of the program, the

[102] Il est plus facile d'interpoler dans la loi un pouvoir implicite dont on peut démontrer qu'il favorise l'atteinte des objectifs visés par cette même loi. Il faut cependant quand même démontrer que le législateur avait l'intention de conférer ce pouvoir.

[103] La Commission s'est attaquée à cette question (*Copie privée III*, au paragraphe 96):

[...] la question n'est pas de savoir s'il est désirable d'instituer un programme d'exonération, mais plutôt de déterminer si soit la Commission, soit la SCPCP, sont légalement habilitées à mettre en place un tel programme. En raison de l'absence d'indications législatives contraires, la Commission croit que le législateur ne lui a pas attribué la compétence d'exempter ceux qui, aux termes de la Loi, sont tenus de payer une redevance.

[104] Pour en arriver à cette conclusion, la Commission a signalé l'absence totale de contrôle législatif sur le pouvoir revendiqué par la SCPCP, de même que l'ampleur des conséquences découlant du programme d'exonération de la redevance, surtout dans le cas des CD vierges (la Commission a fait remarquer que, même en s'en tenant aux évaluations les plus conservatrices, des dizaines de millions de CD vierges risquaient d'être détournés des circuits de distribution existants (*Copie privée III*, au paragraphe 99)).

[105] La Commission a estimé que la SCPCP pouvait de fait réglementer le marché des CD vierges et elle s'est dite préoccupée par les graves problèmes de distribution que le programme risquait d'occasionner en faisant sortir les ventes de la chaîne d'approvisionnement habituelle (*Copie privée III, ibid*). La Commission a aussi exprimé des réserves au sujet de l'équité du programme de la SCPCP et elle a signalé les risques d'arbitraire qu'il comportait (*Copie privée III, ibid*). Suivant la Commission (*Copie privée III*, au paragraphe 97):

En vertu de la Loi telle que libellée en ce moment, l'approche la moins défendable consiste à déléguer le pouvoir ultime aux bénéficiaires du régime.

[106] Il semble clair que, vu son expérience passée avec le programme, la Commission a été frappée par l'ampleur du pouvoir discrétionnaire que la SCPCP pourrait exercer sur les forces du marché si le programme était élargi comme il était proposé. Se

Board did not accept that Parliament could have intended such an extensive grant without providing for a framework for its exercise.

Is the Zero-Rating Program Relevant to Setting the Levy?

[107] The question to be answered is whether Parliament intended the cost of the levy set by the Board to be passed on to all end users, or only to those who actually copy music. In the words of the Board (*Private Copying III*, at paragraph 93):

If Parliament intended the burden of the levy to be borne by all end users, except those specifically exempted by legislation, then zero-rating goes against that purpose. If instead Parliament intended the costs of the levy to be borne ultimately only by those end users who engage in private copying, then zero-rating works toward that end.

[108] In order to address this question, it is first necessary to determine the applicable standard of review on the basis of a pragmatic and functional analysis. Whether the Board may, must or must not take account of a factor in the exercise of its discretion in setting a “fair and equitable” levy is a question of statutory interpretation. Determining an appropriate levy is a discretionary decision that lies at the heart of the Board’s mandate and expertise.

[109] Deciding what factors are relevant to fixing the levy is so intimately connected with determining what is “fair and equitable” as to fall within the Board’s regulatory expertise. Thus, in *Trans Mountain Pipe Line Co. Ltd. v. National Energy Board*, [1979] 2 F.C. 118 (C.A.), at page 121, Pratte J.A. said, writing for the Court:

Whether or not tolls are just and reasonable is clearly a question of opinion which, under the Act, must be answered by the Board and not by the Court. The meaning of the words “just and reasonable” in section 52 is obviously a question of

rendant compte des répercussions du programme, la Commission n’a pas accepté l’idée que le législateur fédéral ait pu vouloir accorder des pouvoirs aussi vastes sans en encadrer l’exercice.

Le programme d’exonération de la redevance est-il utile pour établir la redevance?

[107] La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si le législateur voulait que le coût de la redevance établie par la Commission soit supporté par tous les utilisateurs ou seulement par ceux qui copient effectivement de la musique. Pour reprendre les mots employés par la Commission (*Copie privée III*, au paragraphe 93):

Si le législateur entendait que le fardeau de la redevance soit réparti entre tous les utilisateurs, sauf ceux expressément exemptés aux termes de la Loi, l’exonération est incompatible avec l’économie du régime. Si le législateur voulait plutôt que ce coût ne soit assumé en bout de piste que par ceux et celles s’adonnant à la copie privée, l’exonération de la redevance devient une mesure utile; [. . .]

[108] Pour résoudre cette question, il faut d’abord déterminer la norme de contrôle applicable en fonction de l’analyse pragmatique et fonctionnelle. La question de savoir si la Commission peut, doit ou ne doit pas tenir compte d’un facteur déterminé pour exercer son pouvoir discrétionnaire en vue d’établir une redevance «juste et équitable» est une question d’interprétation législative. La détermination de la redevance appropriée est une décision discrétionnaire qui se situe au cœur même du mandat et des compétences spécialisées de la Commission.

[109] La détermination des facteurs qui sont utiles pour établir la redevance est à ce point étroitement liée à la caractérisation de ce qui est «juste et équitable» pour relever ainsi de la compétence de la Commission en matière de réglementation. Voici, à ce propos, ce que la Cour dit, sous la plume du juge Pratte, dans l’arrêt *Trans Mountain Pipe Line Co. Ltd. c. L’Office national de l’énergie*, [1979] 2 C.F. 118 (C.A.), à la page 121:

De toute évidence, c’est à l’Office et non à la Cour de décider, en vertu de la Loi, si ces droits sont justes et raisonnables. La signification des mots «justes et raisonnables» contenus à l’article 52 est évidemment une question de droit,

law, but that question is very easily resolved since those words are not used in any special technical sense and cannot be said to be obscure and need interpretation. What makes difficulty is the method to be used by the Board and the factors to be considered by it in assessing the justness and reasonableness of tolls. The statute is silent on these questions. In my view, they must be left to the discretion of the Board which possesses in that field an expertise that judges do not normally have. If, as it has clearly done in this case, the Board addresses its mind to the right question, namely, the justness and reasonableness of the tolls, and does not base its decision on clearly irrelevant considerations, it does not commit an error of law merely because it assesses the justness and reasonableness of the tolls in a manner different from that which the Court would have adopted. [Emphasis added.]

[110] Consequently, while the relevance of the zero-rating program to the setting of the levy raises an issue of statutory construction which may seem to point towards correctness as the appropriate standard of review, the Board resorted to its considerable rate-setting expertise in assessing the impact of the zero-rating program, and in concluding therefrom that the implementation of the program could not have been intended by Parliament. In my view, a degree of deference is owed to the Board on that aspect of the decision: see *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2002] 4 F.C. 3 (C.A.), at paragraph 51.

[111] Accordingly, the Court should not interfere unless it can be shown that the conclusion reached by the Board does not conform to reason. Absent a privative clause, and because the issue in dispute involves the interpretation of the *Copyright Act*, unreasonableness *simpliciter* would seem to be the appropriate standard of review.

[112] For the reasons that follow, it is my view that the Board's reasons easily withstand the "somewhat probing examination" to which decisions reviewable for unreasonableness are subject: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1

qu'on peut néanmoins très facilement résoudre, étant donné que ces mots ne sont pas utilisés dans un sens technique particulier: on ne peut donc dire qu'ils sont obscurs et qu'ils nécessitent une interprétation. La difficulté vient de la méthode que l'Office doit utiliser et des facteurs dont il doit tenir compte pour évaluer le caractère juste et raisonnable des droits. La loi n'aborde pas ces questions. À mon avis, elles doivent être laissées à la discrétion de l'Office qui possède, dans ce domaine, des compétences que n'ont habituellement pas les juges. Si l'Office porte son attention sur la bonne question, comme il l'a manifestement fait dans la présente affaire, c'est-à-dire sur le caractère juste et raisonnable des droits, et s'il ne fonde pas sa décision sur des considérations manifestement non pertinentes, il ne commet pas d'erreur de droit simplement parce qu'il évalue le caractère juste et raisonnable de ces droits selon une méthode différente de celle qu'aurait adoptée la Cour. [Non souligné dans l'original.]

[110] En conséquence, bien que l'utilité du programme d'exonération de la redevance pour la détermination de la redevance soulève une question d'interprétation des lois, ce qui donnerait à penser que la norme de contrôle appropriée est celle du bien-fondé (ou norme de la décision correcte), la Commission a fait appel à ses connaissances fouillées en matière d'établissement de tarifs pour évaluer les répercussions du programme d'exonération de la redevance et pour en conclure que le législateur fédéral ne pouvait avoir voulu qu'un tel programme soit mis en œuvre. À mon avis, il y a lieu de faire preuve d'une certaine retenue en ce qui concerne cet aspect de la décision de la Commission (voir l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2002] 4 C.F. 3 (C.A.), au paragraphe 51).

[111] La Cour ne devrait donc pas intervenir à moins qu'on puisse démontrer que la conclusion tirée par la Commission n'est pas conforme à la raison. À défaut de clause privative et comme la question en litige implique l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*, la norme de la décision raisonnable *simpliciter* semblerait être la norme de contrôle appropriée.

[112] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les motifs de la Commission résistent aisément à l'«examen assez poussé» auquel sont assujetties les décisions susceptibles de faire l'objet d'un contrôle judiciaire en fonction de la norme de la décision raisonnable (*Canada*

S.C.R. 748, at paragraph 56. Indeed, given my conclusion on the exemption issue, it would have been unreasonable for the Board to have concluded that it should take the zero-rating program into account.

[113] In *Private Copying III*, the Board explained that the levy was intended to apply to all blank media regardless of their use and that the zero-rating program created an exemption contrary to that intent in excluding from the levy persons who do not private copy (at paragraphs 80, 83 and 96):

... the private copying regime, in particular section 82, is universal. By this is meant that a levy is payable on every blank audio recording medium manufactured or imported in Canada for the purpose of trade. One limited exemption aside [section 86], the law states that every manufacturer or importer acting for the purpose of trade is liable to pay the levy on every audio recording medium, regardless of the ultimate purchaser's identity or the medium's ultimate use.

...

All of these considerations suggest strongly that, under the existing legal framework, only those mentioned expressly were intended to be exempt from payment of the levies.

...

As structured, the zero-rating program creates exemptions. [Footnote omitted.]

[114] These exemptions have a direct impact on the levies set by the Board. If the exemptions are not authorized, the levy must be calculated on the basis that all purchasers of blank media will pay it. If the exemptions are authorized, the levy must be adjusted upwards to account for the levy-free purchases of blank media under the program.

[115] The treatment of audiocassettes in *Private Copying II* illustrates this. Upon deciding, on that one occasion, that the impact of the program could be taken into account in setting the levy, the Board had to increase the levy by some 20 per cent in order to account for the

(*Directeur des enquêtes et recherches*) c. *Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 56). D'ailleurs, compte tenu de ma conclusion sur la question de l'exemption, il aurait été déraisonnable de la part de la Commission de conclure qu'elle devait tenir compte du programme d'exonération de la redevance.

[113] Dans *Copie privée III*, la Commission a expliqué que la redevance devait s'appliquer à tous les supports vierges indépendamment de leur utilisation et que le programme d'exonération de la redevance créait une exemption, contrairement à cette intention, en exonérant du paiement de la redevance les personnes qui ne s'adonnent pas à la copie privée (aux paragraphes 80, 83 et 96):

[...] le régime de copie privée, l'article 82 en particulier, est universel. La Commission entendait par cela qu'une redevance est exigible sur tout support audio vierge fabriqué ou importé au Canada à des fins commerciales. Exception faite d'une exemption limitée, la Loi prévoit que tout fabricant ou importateur agissant à des fins commerciales est tenu de payer la redevance sur chaque support audio, peu importe l'identité du dernier acheteur ou l'utilisation finale qui en sera faite.

[...]

Toutes ces considérations donnent fortement à penser que, dans le cadre législatif actuel, seules les parties expressément désignées bénéficient d'une exemption.

[...]

Sous sa forme actuelle, le programme d'exonération crée des exemptions. [Note omise.]

[114] Ces exemptions ont des incidences directes sur les redevances fixées par la Commission. Si les exemptions ne sont pas autorisées, la redevance doit être calculée à partir du principe que tous les acheteurs de supports vierges la paieront. Si les exemptions sont autorisées, la redevance devra être rajustée à la hausse pour tenir compte des ventes en franchise de supports vierges que le programme autorise.

[115] Le traitement que la Commission a réservé aux cassettes audio dans la décision *Copie privée II* illustre bien cette façon de voir. Après avoir décidé, à cette seule occasion, que l'on pouvait tenir compte des incidences du programme d'exonération pour établir la redevance,

sales on which the levy was no longer being collected by reason of the program (*Private Copying II*, at page 18). The question is thus inexorably linked to the exercise of the Board's rate-setting function.

[116] In my view, the holding by the Board that the zero-rating program is "illegal" simply means that the Board will disregard it when setting the levy. Nevertheless, the CPCC argues that the Board exceeded its jurisdiction by ruling on the legality of private agreements with the program participants. It quotes in this regard a passage of the decision of this Court in *Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*, [1980] 2 F.C. 259 (C.A.), at page 262:

In my view, it is clear that Parliament never intended, in setting up the Copyright Appeal Board as a regulatory agency for rate-fixing that the Board also would have the power to adjudicate upon contractual rights between parties claiming an interest in performing rights. The Board sets the rates. The societies must still establish their legal right to collect the tariff and if a user contests that right, then the Courts are the proper forum for a determination of the rights of the respective parties, not the Board.

With respect, I do not think the Board had any jurisdiction to inquire into the matters raised before it by the applicants since the applicants did not contest the quantum of the tariffs either before the Board or at the hearing before us. In my view, that should have been an end of the matter since the quantum of the rates is the only matter entrusted to the Board by the statute.

[117] However, the rule set out in *Posen* is not absolute. As was held by this Court in *FWS Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board)*, [1992] 1 F.C. 487 (C.A.), the Board may indeed make pronouncements which impact on contractual rights if its rate-setting function so requires (at page 494).

As for the matter of the Board deciding questions of contractual rights, it is clear that the Board must do so, at least in a preliminary way, as a necessary incident to the exercise of

la Commission s'est vue forcer d'augmenter la redevance d'environ 20 pour 100 pour tenir compte des ventes sur lesquelles la redevance n'était plus perçue en raison du programme (*Copie privée II*, à la page 18). La réponse à cette question dépend donc nécessairement de la façon dont la Commission a exercé sa fonction d'établissement du tarif des redevances.

[116] À mon avis, en déclarant «illégal» le programme d'exonération de la redevance, la Commission signifiait seulement son intention de ne pas en tenir compte pour établir la redevance. La SCPCP soutient néanmoins que la Commission a excédé sa compétence en se prononçant sur la légalité d'ententes de gré à gré conclues avec les participants du programme. Elle cite à cet égard un passage tiré de l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Posen c. Le ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*, [1980] 2 C.F. 259 (C.A.), à la page 262:

À mon avis, il est clair que le Parlement n'a jamais voulu, en créant la Commission d'appel du droit d'auteur pour en faire un organisme de réglementation des tarifs, doter cette dernière du pouvoir de trancher les litiges de nature contractuelle qui pourraient survenir relativement à la propriété des droits d'exécution. La Commission fixe les tarifs et c'est aux sociétés qu'il incombe d'établir qu'elles ont le droit de percevoir les sommes y prévues. En cas de contestation de ce droit, les tribunaux et non la Commission sont l'instance indiquée pour la détermination des droits des parties respectives.

En toute déférence, je suis d'avis que la Commission n'avait pas compétence pour examiner les questions soulevées par les requérants, puisque celles-ci ne portaient pas sur le quantum des tarifs. Cela met donc un terme à la présente affaire puisqu'en vertu de la Loi, la Commission n'a compétence que pour fixer le quantum des tarifs.

[117] La règle posée dans l'arrêt *Posen* n'est toutefois pas absolue. Ainsi que notre Cour l'a jugé dans l'arrêt *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1992] 1 C.F. 487 (C.A.), la Commission peut rendre des décisions qui ont des incidences sur des droits contractuels si sa fonction d'établissement des tarifs l'exige (à la page 494).

Quant à savoir si la Commission peut trancher des questions portant sur des droits contractuels, il est évident que la Commission doit forcément le faire, du moins au préalable,

its jurisdiction. It cannot value a right unless it exists. The Board's conclusion as to legal rights may not bind everyone for all time, but it cannot perform its mandate without making a legal determination about these rights. It may be different, however, where all that the Board is asked to do is to determine the rights of the parties (see *Posen . . .*)

[118] In this instance, the Board decided that it had to resolve the ambiguity arising from its prior decisions by making it clear that the zero-rating program had no statutory underpinning and that the exemption from liability to pay the levy extended to program participants by the CPCC was therefore illegal. In my view, the Board said no more than this when it held (*Private Copying III*, at paragraph 96) that the program "has no legal basis and is therefore illegal."

[119] The CPCC suggests that the effect of the Board's decision is to take away the common law right of rightsholders to waive the payment of levies. According to the CPCC, the waiver by rightsholders of their right to collect levies is the sole legal basis for the program. Hence, the legality of the program does not rest on the Act, and the Board exceeded its jurisdiction in holding that the program and the underlying third party agreements are illegal.

[120] I agree that the Board had no statutory authority to pronounce on the legality of the program so described. However, I do not read the Board's decision as holding that the program, to the extent that it is based on the waiver by rightsholders of their rightful entitlement, is illegal.

[121] Indeed, the Board made it clear in the course of its reasons that the CPCC can forego the collection of levies legally owing to it, if it so wishes (*Private Copying III*, at paragraph 100). However, the CPCC can no longer expect that the Board will compensate it for the negative impact of the program on its revenues

dans l'exercice de sa compétence. On ne peut évaluer un droit à moins qu'il n'existe. Il se peut que la conclusion de la Commission relativement aux garanties juridiques ne lie pas tout le monde pour toujours, mais elle ne peut remplir sa mission sans rendre une décision juridique au sujet de ces droits. Ce peut être différent, toutefois, lorsque tout ce qu'on demande à la Commission est de déterminer les droits des parties (voir *Posen* [. . .]).

[118] Dans le cas qui nous occupe, la Commission a estimé qu'elle devait lever l'ambiguïté suscitée par ses décisions antérieures en précisant bien que le programme d'exonération de la redevance n'avait aucun fondement juridique et que la dispense de l'obligation d'acquitter la redevance que la SCPCP avait accordée aux participants au programme était par conséquent illégale. À mon avis, la Commission ne dit rien de plus lorsqu'elle déclare (*Copie privée III*, au paragraphe 96) que le programme est «sans fondement juridique et donc, illégal».

[119] Suivant la SCPCP, la décision de la Commission a pour effet de retirer aux titulaires de droits la faculté que la common law leur reconnaît de renoncer au paiement des redevances. Selon la SCPCP, la renonciation, par les titulaires de droits, à leur droit de percevoir des redevances est le seul et unique fondement juridique du programme. La légalité du programme ne dépend donc pas de la Loi et la Commission a donc outrepassé sa compétence en déclarant illégaux le programme et les ententes conclues sous son empire avec des tiers.

[120] Je suis d'accord pour dire que la Commission n'avait pas le pouvoir légal de se prononcer sur la légalité du programme. Cependant, selon moi, la Commission n'a pas déclaré, par sa décision, le programme illégal, dans la mesure où celui-ci repose sur la renonciation, par les titulaires de droits, à ce à quoi ils ont légitimement droit.

[121] D'ailleurs, la Commission précise bien dans ses motifs que la SCPCP peut choisir de ne pas percevoir les redevances qui lui sont légalement dues, si tel est son désir (*Copie privée III*, au paragraphe 100). La Commission ajoute toutefois que la SCPCP ne peut plus s'attendre à ce que la Commission l'indemnise des effets

(*Private Copying III*, at paragraph 180).

[122] The CPCC argues that the Board has no choice but to take the impact of the program into account, once it is implemented, just as it must take into account any other market reality. This is how the Board summarized the argument (*Private Copying III*, at paragraph 91):

In the present proceedings, rights-holders [through the CPCC] argue that the Board has no control over, or power to stop them from, zero-rating. Once zero-rating has occurred, they say it is fair and equitable that they not suffer as a result. In short, rights-holders say zero-rating is only relevant to the Board as a market reality that should be accounted for after it has occurred.

[123] The Board rejected this proposition outright. It came to realize that the CPCC was attempting to introduce through the back door the very exemption which it had twice refused to recognize. Blank media sales to purchasers who do not private copy were being excluded from the levy base by the CPCC, and the Board was being told that it had no choice but to take account of the reduced number of units on which the levy was being collected.

[124] This is what led the Board in *Private Copying III* to hold, consistently with its prior rulings that the exemptions underlying the program were contrary to Part VIII, that it would no longer compensate rightsholders for the effect of the program on CPCC's revenues.

[125] In my view, the Board did not commit any reviewable error when it held that the zero-rating program is not authorized under the Act and "illegal" in that limited sense, and that it would no longer compensate the CPCC for the impact of the program on its revenues because that would, in effect, provide for an exemption from the scheme, contrary to Parliament's intention. The Board's decision is thus inexorably linked to its rate-setting function, and any impact which it might have on contractual rights is a necessary incident of the

négatifs du programme sur ses revenus (*Copie privée III*, au paragraphe 180).

[122] La SCPCP soutient que la Commission n'a d'autre choix que de tenir compte des incidences du programme une fois que celui-ci a été mis en œuvre, au même titre qu'elle doit tenir compte de toute autre réalité du marché. Voici comment la Commission a résumé cet argument (*Copie privée III*, au paragraphe 91):

En l'espèce, les titulaires de droits [par l'entremise de la SCPCP] soutiennent que la Commission n'a aucun emprise sur le programme et qu'elle ne peut les empêcher d'accorder des exonérations. Dès l'entrée en vigueur du programme, ajoutent-ils, il n'est que juste qu'ils ne soient pas lésés par sa mise en œuvre. Bref, ils estiment que l'exonération n'est significative pour la Commission qu'en tant que réalité propre au marché devant être prise en considération après sa mise en place.

[123] La Commission a rejeté d'emblée cette proposition. Elle s'est rendu compte que la SCPCP cherchait à introduire de façon détournée l'exemption même qu'elle avait refusé à deux reprises de reconnaître. La SCPCP excluait de l'assiette de la redevance les supports vierges achetés par des personnes ne faisant pas de copie privée et elle disait à la Commission qu'elle n'avait d'autre choix que de tenir compte du nombre réduit d'unités sur lesquelles la redevance était perçue.

[124] C'est ce qui a amené la Commission à déclarer, dans *Copie privée III*, conformément à ses décisions précédentes suivant lesquelles les exemptions à la base du programme allaient à l'encontre de la partie VIII, qu'elle n'indemniserait plus les titulaires de droits pour remédier aux conséquences du programme sur les revenus de la SCPCP.

[125] À mon avis, la Commission n'a commis aucune erreur justifiant notre intervention en jugeant que le programme d'exonération de la redevance n'est pas autorisé par la Loi et en le déclarant «illégal» dans ce sens limité, et en déclarant qu'elle n'indemniserait plus la SCPCP pour pallier les conséquences du programme sur ses revenus parce qu'autrement, la SCPCP serait soustraite à ce régime, ce qui serait contraire à la volonté du législateur. La décision de la Commission est donc intimement liée à sa fonction d'établissement du tarif, et

exercise of its jurisdiction (see *FWS Joint Sports Claimants*, at page 494).

[126] I therefore conclude that the Board properly held that the zero-rating program has no statutory underpinning and that, accordingly, its impact ought not to be recognized in setting the levy.

[127] The application for judicial review brought by the CPCC should accordingly be dismissed, with costs.

Interim Relief

[128] At the close of the hearing, the CPCC requested that, if the ruling of the Board as to zero-rating is upheld, the decision of the Court be stayed, pending an eventual leave application to the Supreme Court.

[129] The CPCC argued that participants have left the program as a result of the Board's decision and that it will suffer irreparable harm unless a stay is granted. According to the CPCC, the balance of convenience favours the issuance of a stay as nothing will be lost to anyone if a stay is granted.

[130] I do not believe that irreparable harm has been established, nor do I believe that the balance of convenience favours the issuance of a stay. I accept that signatories to the program may leave it as a result of the Board's decision, as confirmed by this Court. But this will not prevent the CPCC from recouping all participants in the event that the statutory legitimacy of the program is re-established on appeal. Furthermore, there is a public interest in ensuring that meanwhile, the program is understood for what it is, i.e., a voluntary waiver of levies and no more.

l'impact que cette décision est susceptible d'avoir sur des droits contractuels constitue un aspect indissociable de l'exercice de sa compétence (voir l'arrêt *FWS Joint Sports Claimants*, à la page 494).

[126] Je conclus donc que c'est à bon droit que la Commission a jugé que le programme d'exonération de la redevance n'avait aucun fondement légal et qu'il n'y avait donc pas lieu de tenir compte de ses incidences pour établir la redevance.

[127] La demande de contrôle judiciaire introduite par la SCPCP devrait par conséquent être rejetée avec dépens.

Mesure provisoire

[128] À la clôture de l'audience, la SCPCP a demandé qu'advenant le cas où la décision de la Commission sur l'exonération de la redevance serait confirmée, l'exécution de la décision de la Cour soit suspendue en attendant la présentation d'une éventuelle demande d'autorisation à la Cour suprême.

[129] La SCPCP signale que des participants se sont désistés du programme par suite de la décision de la Commission et elle affirme que, si la Cour ne sursoit pas à l'exécution du jugement, elle subira un préjudice irréparable. Suivant la SCPCP, la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi d'un sursis car personne ne perdra rien si le sursis est accordé.

[130] Je ne crois pas que l'existence d'un préjudice irréparable ait été démontrée ou que la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi d'un sursis. J'admets qu'il est possible que des signataires du programme aient cessé d'y participer par suite de la décision de la Commission, comme notre Cour l'a d'ailleurs confirmé. Mais cet état de fait n'empêchera pas la SCPCP de récupérer tous les participants si la légalité du programme est rétablie en appel. Qui plus est, il est dans l'intérêt du public de s'assurer que, dans l'intervalle, l'objet du programme soit bien compris, c'est-à-dire qu'il soit perçu comme une renonciation volontaire à des redevances et rien d'autre.

[131] The retailers have also asked for interim relief in the event that the Board's decision is confirmed. They ask for an order compelling the CPCC to comply with the Board's decision.

[132] There is no need for such an order. The decision of the Court is binding on the CPCC notwithstanding appeal. It follows that the CPCC can no longer promote the program on the basis that it has statutory legitimacy or justify its existence to rightsholders on the basis that they will be compensated for its negative impact on CPCC's revenues. I do not believe that an interim order is required to ensure this result.

Application A-10-04—Digital Audio Recorder (MP3 Player) Levy and Rate Setting

[133] The third judicial review application raises two issues. The first is whether a permanently embedded or non-removable memory, incorporated into a digital audio recorder (MP3 player), retains its identity as an "audio recording medium" and can be levied as such under Part VIII.

[134] The second is whether the Board could set a levy on this embedded memory beyond that sought by the CPCC and, if so, whether the levy in question was set within the bounds of fairness.

First Issue

[135] The term "audio recording medium" (medium) is defined in section 79:

79. . . .

"audio recording medium" means a recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced and that is of a kind ordinarily used by individual consumers for that purpose, excluding any prescribed kind of recording medium.

[136] The levy is imposed on a "blank audio recording medium" (previously identified as "blank media" or

[131] Les détaillants réclament eux aussi une mesure provisoire pour le cas où la décision de la Commission serait confirmée. Ils sollicitent une ordonnance forçant la SCPCP à se conformer à la décision de la Commission.

[132] Il n'est pas nécessaire de prononcer une telle ordonnance. La décision de la Cour lie la SCPCP indépendamment de tout appel. Il s'ensuit que la SCPCP ne peut plus faire la promotion du programme en faisant valoir sa légitimité ou en justifier l'existence auprès des titulaires de droits en leur laissant croire qu'ils seront indemnisés des incidences négatives du programme sur les revenus de la SCPCP. Je ne crois pas qu'une mesure provisoire soit nécessaire pour obtenir ce résultat.

Dossier A-10-04—Détermination de la redevance et du tarif sur les enregistreurs audionumériques (lecteurs MP3)

[133] La troisième demande de contrôle judiciaire soulève deux questions. La première question est celle de savoir si une mémoire intégrée en permanence ou une mémoire inamovible, incorporée dans un enregistreur audionumérique (lecteur MP3), conserve son identité de «support audio» et est assujettie à la redevance prévue à la partie VIII.

[134] La seconde question est celle de savoir si la Commission pouvait fixer une redevance sur les mémoires intégrées qui était supérieure à celle réclamée par la SCPCP et, dans l'affirmative, si la redevance en question était équitable.

Première question

[135] L'article 79 définit comme suit l'expression «support audio» (support):

79. [. . .]

«support audio» Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l'exception toutefois de ceux exclus par règlement.

[136] La redevance est imposée sur tout «support audio vierge» (auparavant désigné sous le nom de

“blank medium”) which is defined, in its relevant part, as (section 79):

79.

(a) an audio recording medium onto which no sounds have ever been fixed, and

(b) any other prescribed audio recording medium;

The Decision of the Board

[137] The Board denied CPCC’s request to establish a levy on recordable or rewritable DVDs, removable memory cards and removable micro hard drives. It found that these were not ordinarily used by individuals for the purpose of copying music (*Private Copying III*, at paragraphs 146-151).

[138] However, it held that digital audio recorders (MP3 players) were so used and that the memory embedded therein qualified as a medium within the meaning of the definition. The fact that this memory was incorporated into a device did not cause it to lose its identity so as to take it outside the statutory definition.

[139] The Board’s exact reasoning for holding that memory permanently embedded in a digital audio recorder was leviable rests on the above quoted definition of an “audio recording medium”. The Board said (*Private Copying III*, at paragraph 117):

There are two aspects of [the definition] that are relevant to the Board in these proceedings. The first relates to the proper interpretation of the phrase “ordinarily used by individual consumers for that purpose”. The second relates to the relevance of a medium’s physical attributes (“a recording medium, regardless of its material form”), particularly the significance of its incorporation into a device.

[140] Addressing the first aspect, the Board held that the intrinsic physical attributes of a digital audio recorder, including its size, convenience and compatibility, supported the conclusion that it was “ordinarily used by individual consumers” for copying

«support vierge») que la Loi définit comme suit (article 79):

79. [. . .]

[. . .] Tout support audio sur lequel aucun son n’a encore été fixé et tout autre support audio précisé par règlement.

La décision de la Commission

[137] La Commission a rejeté la demande de la SCPCP visant à assujettir à une redevance les DVD enregistrables ou réinscriptibles, les cartes mémoire et les microdisques durs amovibles. Elle a conclu que ces dispositifs n’étaient pas habituellement utilisés par les consommateurs pour copier de la musique (*Copie privée III*, aux paragraphes 146 à 151).

[138] Elle a toutefois estimé que les enregistreurs audionumériques (lecteur MP3) étaient utilisés à cette fin et que la mémoire intégrée à ces enregistreurs audionumériques répondait à la définition de support audio. Le fait que cette mémoire soit intégrée à un appareil ne lui fait pas perdre son identité, de sorte qu’elle répond toujours à la définition prévue par la Loi.

[139] Le raisonnement exact qu’a suivi la Commission pour juger qu’une mémoire intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique est passible de la redevance repose sur la définition précitée de l’expression «support audio». Voici ce que dit la Commission (*Copie privée III*, au paragraphe 117):

En l’espèce, deux éléments de [la définition] intéressent la Commission. Le premier se rapporte à l’interprétation de l’expression «habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores». Le deuxième concerne la pertinence des attributs physiques du support («Tout support audio»), en particulier l’effet éventuel de son intégration à un appareil. Enfin, un aspect connexe concerne la notion de support «vierge».

[140] Sur le premier aspect, la Commission a estimé que les propriétés physiques intrinsèques de l’enregistreur audionumérique, notamment sa taille, son côté pratique et sa compatibilité, permettaient de conclure qu’il était «habituellement utilisé par les

music (*Private Copying III*, at paragraph 155). It follows that the memory embedded therein was also so used. This conclusion so far as it goes is not contested.

[141] The reasoning with respect to the second aspect of the definition is a function of substance over form (*Private Copying III*, at paragraphs 126, 130 and 131):

A second aspect of the definition of an “audio recording medium” relates to the form of the medium. This issue is important because the Board was asked to establish a levy on memory in devices, although not on devices themselves. Hence, the question at this stage is whether or not the incorporation of a product into a device can affect its status as an audio recording medium.

...

As regards the physical characteristics of the product itself, the definition of an “audio recording medium” could hardly have been drafted more broadly. Specifically, the English version of the text contains the clause, “regardless of its material form”. To the Board, the plain and ordinary meaning of this phrase rules out the possibility that the levy was intended to apply only to “removable” media, let alone only to audiocassettes.

This language also demonstrates that it is not determinative whether the medium is affixed, incorporated or otherwise integrated in a device. Its breadth supports the conclusion that liability to pay a levy cannot be dependant [*sic*] upon physical characteristics alone. A medium that is incorporated into a device remains a medium.

Alleged Errors in Decision under Review

[142] The four members of the CSMA who appear as applicants in this judicial review application argue that the Board erred in law in holding that a permanently embedded memory in a digital audio recorder (MP3 player) is a medium and, as such, leviable under Part VIII.

[143] The applicants argue that, when incorporated into a digital audio recorder, the embedded memory becomes integrated in, and inseparable from, this device,

consommateurs» pour copier de la musique (*Copie privée III*, au paragraphe 155). Il s'ensuit que la mémoire intégrée à cet appareil était également utilisée à cette fin. Cette conclusion n'est pas contestée en soi.

[141] Le raisonnement que la Commission a suivi en ce qui concerne le second aspect de la définition écarte la forme au profit du fond (*Copie privée III*, aux paragraphes 126, 130 et 131):

Un deuxième élément de la définition de «support audio» se rapporte à la forme du support. Cette question est importante parce que la Commission a été invitée à établir une redevance sur la mémoire intégrée à certains appareils mais non sur les appareils eux-mêmes. À ce stade, il convient donc de se demander si l'intégration d'un produit à un appareil peut avoir une incidence sur son statut de support audio.

[. . .]

En ce qui a trait aux caractéristiques physiques du produit lui-même, la définition de «support audio» aurait difficilement pu être formulée de façon plus large. Plus spécifiquement, la version anglaise fait référence à tout support audio «*regardless of its material form*». Pour la Commission, le sens ordinaire de ces mots exclut la possibilité que la redevance ne devrait s'appliquer qu'aux supports «amovibles», et encore moins qu'aux seules cassettes audio.

Cette formulation démontre également qu'il n'importe pas que le support soit fixé ou autrement intégré à un appareil. L'étendue de la définition appuie la conclusion voulant que l'obligation de payer une redevance n'est pas tributaire des seules caractéristiques physiques du support. Un support intégré à un appareil demeure un support.

Erreurs dont serait entachée la décision à l'examen

[142] Les quatre membres de la CSMA qui agissent à titre de demanderesse dans la présente instance en contrôle judiciaire soutiennent que la Commission a commis une erreur de droit en assimilant à un support la mémoire intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique (lecteur MP3) et la considérant par conséquent assujettie à la redevance prévue à la partie VIII.

[143] Les demanderesse expliquent que la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique en fait partie intégrante, ne peut plus en être dissociée et perd donc

and thus loses its separate identity. Hence, it cannot be said that a manufacturer or importer who sells a digital audio recorder also sells the embedded memory.

[144] In the alternative, the applicants submit that the Board has created an exemption from the scope of Part VIII of the Act, by only imposing a levy on memory when it is embedded in digital audio recorders, and not when the identical memory is embedded in other electronic devices (such as heart-rate monitors, digital cameras, personal digital assistants or telephones).

Analysis

[145] It is not necessary to undertake a lengthy analysis to ascertain the applicable standard of review as it turns on the definitions set out in section 79 and this Court has already held that the Board's interpretation of these definitions must be assessed against a standard of correctness.

[146] In *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, this Court said [at paragraphs 98, 104 and 105]:

The heart of the Board's expertise is in the administration of those provisions of the *Copyright Act* pertaining to the setting and allocation of royalties. While necessary for enabling the Board to perform that function, its decisions defining activities that infringe copyright have implications that "stray from the core expertise of the tribunal": *Pushpanathan, supra*, at paragraph 38.

...

In my opinion, the scale is tipped decisively in favour of correctness review by the fact that the Copyright Board's interpretation of provisions of the *Copyright Act* in dispute here is not within its exclusive domain, but may arise in court proceedings other than judicial review applications. This is both because the Board's expertise on these issues cannot be

son identité distincte. On ne saurait donc prétendre que le fabricant ou l'importateur qui vend un enregistreur audionumérique vend aussi la mémoire intégrée qu'il contient.

[144] À titre subsidiaire, les demanderesse soutiennent que la Commission a créé une exception à l'application de la partie VIII de la Loi, en frappant d'une redevance uniquement la mémoire qui est intégrée à un enregistreur audionumérique, et en exemptant la même mémoire lorsqu'elle est intégrée à d'autres appareils électroniques (tel que les moniteurs de fréquence cardiaque, les appareils photos numériques, les assistants numériques personnels et les téléphones).

Analyse

[145] Il n'est pas nécessaire de se lancer dans une longue analyse pour déterminer la norme de contrôle applicable, puisqu'elle dépend des définitions énoncées à l'article 79 et que la Cour a déjà déclaré que l'interprétation que la Commission a donnée de ces définitions doit être appréciée en fonction de la norme du bien-fondé de la décision (ou norme de la décision correcte).

[146] Dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, notre Cour a déclaré ce qui suit [aux paragraphes 98, 104 et 105]:

L'essence de la compétence spécialisée de la Commission se situe dans l'application des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui ont trait à l'établissement et au calcul des redevances. Bien qu'elles soient nécessaires pour lui permettre de remplir cette fonction, les décisions par lesquelles la Commission définit les activités qui constituent une violation du droit d'auteur ont des répercussions qui «s'écarteront du domaine d'expertise fondamental du tribunal» (*Pushpanathan, précité*, au paragraphe 38).

[...]

À mon avis, le fait que l'interprétation que la Commission du droit d'auteur a donnée des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* en litige ne relève pas de son domaine de compétence exclusif mais qu'elle puisse se faire dans une instance judiciaire autre qu'une instance en contrôle judiciaire fait décidément pencher la balance en faveur de la norme de

said to be greater than the Court's and because, in the context of the administration of this statute, judicial deference is unlikely to serve the interests of consistency, adjudicative efficiency and economy.

Accordingly, in my respectful opinion, the Court was wrong in *AVS, supra*, to prescribe patent unreasonableness as the standard of review applicable to the Board's interpretation of those provisions [specifically, section 79] of the *Copyright Act* that are not within the Board's exclusive domain. Taken as a whole the scheme of the *Copyright Act* indicates that, on an application for judicial review, the Court should apply a standard of correctness to the Board's interpretation of those provisions of the *Copyright Act* that could also be the subject of infringement proceedings in the courts. [Emphasis added.]

[147] Although the CPCC maintains that the meaning of "audio recording medium" as defined in section 79 has no infringement implications, this is not so. If, indeed, digital audio recorders (or the memories embedded therein) fall outside the scope of the definition, copyright infringement could result from the use of such devices to private copy. Consistent with the proposition set forth in the above passage, the decision of the Board must be tested against the standard of correctness.

[148] Applying this standard, I do not believe that it was open to the Board to establish a levy on memory embedded in digital audio recorders. In my respectful view, Part VIII of the Act and the definition of "audio recording medium" gave the Board no such authority.

[149] The Board established the levy on the basis that it could, in effect, look through the device being sold and reach the permanently embedded memory found therein. The Board twice noted that the levy sought by the CPCC, and approved by it was on "memory in devices" but not on "devices" (*Private Copying III*, at paragraphs 126 and 194).

contrôle judiciaire axée sur le bien-fondé de la décision (ou norme de la décision correcte) et ce, parce qu'on ne saurait prétendre que la compétence spécialisée de la Commission sur ces questions est plus grande que celle de la Cour et parce que, dans le contexte de l'application de la présente loi, il est peu probable que la réserve judiciaire favorise l'uniformité de même que l'efficacité et l'économie des ressources judiciaires.

En conséquence, à mon humble avis, la Cour a eu tort, dans l'arrêt *AVS*, précité, de prescrire la norme de la décision manifestement déraisonnable comme norme de contrôle à appliquer dans le cas de l'interprétation par la Commission des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui ne relèvent pas du domaine de compétence exclusif de la Commission. Dans l'ensemble, il ressort de l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur* que, saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour devrait appliquer la norme de la décision correcte à l'interprétation par la Commission des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui pourraient également donner ouverture à une action en violation du droit d'auteur devant les tribunaux judiciaires. [Non souligné dans l'original.]

[147] Même si la SCPCP maintient que le sens de l'expression «support audio» telle qu'elle est définie à l'article 79 n'a pas d'incidence sur la violation du droit d'auteur, il n'en est pas ainsi en réalité. Si les enregistreurs audionumériques (ou les mémoires qui y sont intégrées) ne répondent pas à la définition, l'utilisation de ces appareils pour faire de la copie privée risque de violer le droit d'auteur. Conformément à la proposition énoncée dans le passage précité, la décision de la Commission doit être examinée en fonction de la norme du bien-fondé (ou norme de la décision correcte).

[148] Appliquant cette norme, je ne crois pas qu'il était loisible à la Commission de fixer une redevance sur les mémoires intégrées à des enregistreurs audionumériques. À mon humble avis, la partie VIII de la Loi et la définition de l'expression «support audio» ne donnaient pas ce pouvoir à la Commission.

[149] La Commission a établi la redevance en partant du principe qu'elle pouvait effectivement regarder l'intérieur de l'appareil et aller jusqu'à la mémoire intégrée en permanence qui s'y trouve. La Commission a signalé à deux reprises que la redevance réclamée par la SCPCP et approuvée par elle visait «la mémoire intégrée à certains appareils» et non «des appareils» (*Copie privée III*, aux paragraphes 126 et 194).

[150] The conceptual difficulty inherent in the exercise on which the Board embarked in certifying a levy on the memory embedded in a device, but not on the device itself, is illustrated by the tariff which it certified (*Private Copying III*, at paragraph 225):

For non-removable memory permanently embedded in a digital audio recorder, the Board adopts rates of \$2 for each recorder that can record no more than 1 Gb of data, 15\$ for each recorder that can record more than 1 Gb and no more than 10 Gbs of data, and \$25 for each recorder that can record more than 10 Gbs of data. [Emphasis added.]

[151] Although the Board purported to establish a levy on the embedded memory, it acknowledged that this memory could not, looked at on its own, allow for the establishment of the levy; the device into which the memory was embedded had to be considered (*Private Copying III*, at paragraph 153):

Hard discs in personal computers are technically indistinguishable from those in some digital audio recorders. It appears therefore, inappropriate to generalize about the uses of all embedded memory. However, the distinction, in the Board's view, is that where a medium is permanently incorporated into a certain type of device, it becomes possible to categorize that medium and evaluate its use as a unique "kind" of "audio recording medium", based on the intrinsic characteristics of the device into which the medium has been incorporated. [Emphasis added.]

Hence according to the Board, permanent memory embedded in an MP3 player comes within the definition, whereas the identical memory embedded into other devices does not (*Private Copying III*, at paragraph 155).

[152] It can be seen from the Board's own reasoning and from the tariff which it certified that it is the device that is the defining element of the levy and not the memory incorporated therein. The Board cannot establish a levy and determine the applicable rates by reference to the device and yet assert that the levy is being applied on something else.

[150] Le tarif que la Commission a homologué illustre bien la difficulté conceptuelle inhérente que comporte l'exercice auquel la Commission s'est livrée en homologuant une redevance portant sur la mémoire intégrée à un appareil mais non une redevance sur l'appareil lui-même (*Copie privée III*, au paragraphe 225):

En ce qui a trait à la mémoire non amovible intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique, la Commission adopte des taux de 2 \$ par enregistreur pouvant enregistrer au plus 1 Go de données, 15 \$ par enregistreur pouvant enregistrer plus d'un Go et au plus 10 Go de données, et 25 \$ par enregistreur pouvant enregistrer plus de 10 Go de données. [Non souligné dans l'original.]

[151] Bien qu'elle ait prétendu établir une redevance sur la mémoire intégrée, la Commission a reconnu que, prise isolément, cette mémoire ne pouvait donner lieu à une redevance. Il lui fallait donc examiner l'appareil auquel la mémoire était intégrée (*Copie privée III*, au paragraphe 153):

Du point de vue technique, les disques durs d'ordinateurs personnels ressemblent en tous points à ceux dont sont munis certains enregistreurs audionumériques. On pourrait juger inapproprié de faire des généralisations au sujet des fins auxquelles sert la mémoire intégrée. Toutefois, selon la Commission, le trait distinctif des supports intégrés en permanence à un appareil est qu'il devient possible de les catégoriser et d'établir l'utilisation que l'on en fait en tant que «types» particuliers de «support audio», en fonction de caractères intrinsèques des appareils dans lesquels le support a été incorporé. [Non souligné dans l'original.]

Ainsi, selon la Commission, la mémoire intégrée en permanence à un lecteur MP3 répond à la définition de «support audio» alors que la même mémoire intégrée à d'autres appareils n'y répond pas (*Copie privée III*, au paragraphe 155).

[152] Il ressort du raisonnement de la Commission et du tarif qu'elle a homologué que c'est l'appareil et non la mémoire qui y est intégrée qui est l'élément qui doit servir à définir la redevance. La Commission ne peut établir une redevance et déterminer les taux applicables en fonction de l'appareil tout en affirmant que la redevance s'applique à autre chose.

[153] One can readily understand why the Board wanted to go as far as it could to bring MP3 players within the ambit of Part VIII. The evidence establishes that these recorders allow for extensive private copying by individuals. Their use can potentially inflict on rightsholders harm beyond any “blank audio recording medium” as this phrase has been understood to date. However, as desirable as bringing such devices within the ambit of Part VIII might seem, the authority for doing so still has to be found in the Act.

[154] The Board found this authority in the definition of “audio recording medium”. It focussed on the phrase “regardless of its material form” to hold that Parliament intended that a levy be established on a medium, regardless of its incorporation into a device. In the words of the Board, “A medium that is incorporated into a device remains a medium” (*Private Copying III*, at paragraph 131).

[155] There are a number of problems with the Board’s analysis. First, according to the Board’s own reasoning, a memory does not become an “audio recording medium” unless and until it is incorporated into the appropriate device (*Private Copying III*, at paragraphs 152 and 161). It is therefore difficult to see how such a memory can be said to remain a medium when embedded into a device.

[156] Second, upon being incorporated into a device, a memory undergoes no change in form. It is therefore difficult to see how the Board can rely on the phrase “regardless of its material form” to justify its conclusion. Furthermore, to rely on this phrase, the Board first had to identify an “audio recording medium”. According to its own reasons, a memory is not an “audio recording medium” unless and until embedded into a digital audio recorder.

[157] It is apparent that the phrase on which the Board relied to “see through” a digital audio recorder and reach

[153] On peut facilement comprendre pourquoi la Commission souhaitait aller aussi loin qu’il lui était possible de le faire pour faire tomber les lecteurs MP3 sous le coup de la partie VIII. Il ressort en effet de la preuve que ces enregistreurs permettent de faire de la copie privée à grande échelle. Leur utilisation risque de faire subir aux titulaires de droits un tort beaucoup plus grave que celui de n’importe quel «support audio vierge» au sens où cette expression était jusqu’ici entendue. Toutefois, aussi souhaitable qu’il puisse être de faire relever ces appareils de la partie VIII, la Loi ne confère pas ce pouvoir.

[154] La Commission a estimé que la définition de l’expression «support audio» lui conférait ce pouvoir. Elle s’est attardée à l’expression anglaise «*regardless of its material form*» pour déclarer que le législateur voulait que la redevance soit imposée sur le support et ce, peu importe que celui-ci soit intégré ou non à un appareil. Pour reprendre les mots de la Commission: «Un support intégré à un appareil demeure un support» (*Copie privée III*, au paragraphe 131).

[155] L’analyse de la Commission comporte plusieurs failles. En premier lieu, pour reprendre le raisonnement même de la Commission, une mémoire n’est pas un «support audio» tant et aussi longtemps qu’elle n’est pas intégrée à l’appareil approprié (*Copie privée III*, aux paragraphes 152 et 161). Il est donc difficile de comprendre comment on peut prétendre qu’une telle mémoire demeure un support une fois qu’elle est intégrée à un appareil.

[156] En second lieu, l’intégration de la mémoire à un appareil, n’affecte en rien la forme de la mémoire. Il est par conséquent difficile de comprendre comment la Commission peut se fonder sur l’expression anglaise «*regardless of its material form*» pour justifier sa conclusion. Qui plus est, pour se fonder sur cette expression, la Commission devait d’abord identifier un «support». Or, suivant ses propres motifs, une mémoire n’est pas un «support audio» tant qu’elle n’est pas intégrée à un enregistreur audionumérique.

[157] Force m’est de constater que l’expression sur laquelle la Commission s’est fondée pour «examiner

the memory embedded therein does not support its conclusion when regard is had to its own findings.

[158] The Board acknowledges that, when it enacted Part VIII, Parliament could not have envisioned recent technological developments (*Private Copying III*, at paragraph 133). Indeed, the legislative history of Bill C-32, which amended the Act to include Part VIII, shows that at the time, Parliament was looking at blank audio tapes as the cause of the harm to rightsholders and had been made aware of proposals in other countries (including the U.S.) to extend the levy to the hardware which recorded and played these blank audio tapes. Nevertheless, Parliament chose to limit the levy to blank medium (House of Commons, Standing Committee on Canadian Heritage, *Minutes of Proceedings*, Meeting No. 24, October 9, 1996, at 2150; Application Record, Vol. III, Tab 5-B-13, pages 651-662; House of Commons, Standing Committee on Canadian Heritage, *Minutes of Proceedings*, Meeting No. 36, November 6, 1996, at 2035, where the Société professionnelle des auteurs et des compositeurs du Québec submitted as a flaw that “Bill C-32 makes no provision for the payment of levies by manufacturers of recorders,” Application Record, Vol. III, Tab 5-B-15, at page 682; House of Commons, Standing Committee on Canadian Heritage, *Minutes of Proceedings*, Meeting No. 27, October 22, 1996, at 1925 (B. Andriessen); Application Record, Vol. III, Tab 5-B-14, at pages 663-674; House of Commons, *Second Report of the Standing Committee on Canadian Heritage*, December 1996; Application Record, Vol. III, Tab 5-B-16, at pages 698-717).

[159] This shows that Parliament’s definition of “audio recording medium” stands in contra-distinction with a recorder or similar devices as these were known to exist at the time and whose function it is to record and play blank audio tapes. No one has ever pretended that tape recorders came within the ambit of the definition.

l’intérieur» d’un enregistreur audionumérique pour atteindre la mémoire qui y était intégrée en permanence ne justifie pas sa conclusion eu égard à ses propres conclusions.

[158] La Commission reconnaît que, lorsqu’il a édicté la partie VIII, le législateur fédéral ne pouvait prévoir les progrès technologiques récents (*Copie privée III*, au paragraphe 133). L’historique législatif du projet de loi C-32, qui modifiait la Loi en y insérant la partie VIII, montre que le législateur était d’avis que les bandes sonores vierges étaient la cause du préjudice que subissaient les titulaires de droits et qu’il avait été mis au courant des propositions faites dans d’autres pays (dont les États-Unis) pour étendre la redevance au matériel utilisé pour impressionner et faire jouer les bandes audio vierges en question. Le législateur fédéral a toutefois choisi de limiter la redevance aux supports vierges (Chambre des communes, Comité permanent du patrimoine canadien, *Procès-verbaux*, Rencontre n° 24, 9 octobre 1996, à 2150; dossier de la demande, vol. III, onglet 5-B-13, aux pages 651 à 662; Chambre des communes, Comité permanent du patrimoine canadien, *Procès-verbaux*, Rencontre n° 36, 6 novembre 1996, à 2035, où la Société professionnelle des auteurs et des compositeurs du Québec a relevé la lacune suivante en faisant remarquer que «le projet de loi C-32 ne prévoit pas le versement de redevances par les fabricants d’enregistreurs», dossier de la demande, vol. III, onglet 5-B-15, à la page 682; Chambre des Communes, Comité permanent du patrimoine canadien, *Procès-verbaux*, Rencontre n° 27, 22 octobre 1996, à 1925 (B. Andriessen); dossier de la demande, vol. III, onglet 5-B-14, aux pages 663 à 674; Chambre de communes, *Deuxième rapport du Comité permanent du patrimoine canadien*, décembre 1996; dossier de la demande, vol. III, onglet 5-B-16, aux pages 698 à 717).

[159] Il en ressort que la définition que le législateur donne du «support audio» a comme effet d’établir une distinction d’avec l’enregistreur et les autres appareils semblables qui existaient à l’époque et dont la fonction est d’enregistrer et de faire jouer des bandes audio vierges. Personne n’a jamais prétendu que les enregistreurs à bande magnétique répondent à cette définition.

[160] A digital audio recorder is not a medium; the CPCC recognized so much when it asked that the levy be applied on the memory found therein but not on the recorder itself. The Board erred when it held that it could certify a levy on the memory integrated into a digital audio recorder.

[161] Subsection 82(1) of the Act imposes a levy on manufacturers and importers of blank media. By the words of paragraph (a) thereof, the liability for the payment of the levy can only arise “on selling or otherwise disposing of those blank audio recording media”.

[162] The Board therefore had to look at what was being sold or disposed of by the importers (it is common ground that there are no manufacturers of digital audio recorders in Canada), and determine whether the subject-matter of the sale or disposition came within the ambit of the definition.

[163] The Board did not ask itself that question. However, it seems clear that if it had, the subject-matter of the sale or disposition was a digital audio recorder or a device as the Board called it, but not a medium as defined. In the absence of such a sale, no liability can arise for the levy.

[164] In my respectful view, it is for Parliament to decide whether digital audio recorders such as MP3 players are to be brought within the class of items that can be levied under Part VIII. As Part VIII now reads, there is no authority for certifying a levy on such devices or the memory embedded therein.

[165] I would therefore allow the judicial review application in so far as the first issue raised by the applicants is concerned.

[160] Un enregistreur audionumérique n'est pas un support. La SCPCP l'a bien reconnu lorsqu'elle a demandé que la redevance s'applique à la mémoire qu'on y trouve mais non à l'enregistreur lui-même. La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a déclaré qu'il lui était loisible d'homologuer une redevance sur la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique.

[161] Le paragraphe 82(1) de la Loi impose une redevance aux fabricants et aux importateurs de supports vierges. Aux termes de l'alinéa a) de ce paragraphe, l'obligation de payer la redevance naît uniquement en cas de «vente ou [de] toute autre forme d'aliénation [de supports audio vierge]».

[162] La Commission devait donc examiner ce que les importateurs vendaient ou aliénaient (il est acquis aux débats qu'il n'y a pas de fabricants d'enregistreurs audionumériques au Canada) et décider si l'objet de la vente ou de l'aliénation en question répondait à la définition.

[163] La Commission ne s'est pas posé cette question. On peut cependant affirmer sans craindre de se tromper que, si elle s'était posé cette question, elle aurait conclu que l'objet de la vente ou de l'aliénation était un enregistreur audionumérique ou un appareil, pour reprendre le terme employé par la Commission, mais pas un support au sens de la loi. À défaut de vente d'un support, il ne peut y avoir d'obligation de payer la redevance.

[164] À mon humble avis, c'est au législateur fédéral qu'il appartient de décider si les enregistreurs audionumériques comme les lecteurs MP3 doivent faire partie de la catégorie d'articles assujettis à une redevance en vertu de la partie VIII. Dans sa rédaction actuelle, la partie VIII n'accorde pas le pouvoir d'homologuer des redevances sur ce type d'appareil ou sur la mémoire qui y est intégrée.

[165] Je suis par conséquent d'avis d'accueillir la demande de contrôle judiciaire en ce qui concerne la première question litigieuse soulevée par les demanderesse.

Second Issue

[166] Given this conclusion, it is not necessary to dispose of the second issue. However, in the event that I am wrong on the first issue, it is useful to deal with the second. The question to be decided in this respect is whether the Board erred in setting the rate for permanently embedded memory in a digital audio recorder at an amount in excess of the amount proposed by the CPCC and published in advance of the hearing.

The Decision of the Board

[167] The Board held that it could not set the rate based on the model proposed by the CPCC because it was too complex. As a result, it set the levy at \$2 for each recorder with a memory capacity of up to 1 gigabyte. The CPCC had asked for a levy of 2.1¢ per megabyte for non-removable memory with a storage capacity of less than 1 gigabyte, which would have translated into levies of 67¢ and \$1.34 respectively.

[168] The Board explained why it decided to authorize a levy beyond that requested (*Private Copying III*, at paragraphs 201, 202 and 226):

... the Board cannot set the rate based on the model proposed by CPCC. Instead, it establishes the rate by combining some of the principles underlying CPCC's proposal with other observations from the record about this kind of media. The levy rate for non-removable memory permanently embedded in a digital audio recorder is set at \$2 for each recorder that can record no more than 1 Gb of data, \$15 for each recorder that can record more than 1 Gb and no more than 10 Gbs of data, and \$25 for each recorder than can record more than 10Gbs of data.

...

The Board is conscious that the rate certified for low-capacity recorders is higher than the rate proposed by CPCC. This decision is unavoidable considering the Board's wish to simplify the rate structure for those particular media as much as possible. Finally, given the small difference between the

Seconde question

[166] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la seconde question. Toutefois, pour le cas où j'aurais tort sur la première question, j'estime qu'il est utile de traiter de la seconde. La question à résoudre à cet égard est celle de savoir si la Commission a commis une erreur en fixant comme taux applicable aux mémoires intégrées en permanence dans des enregistreurs audionumériques un montant supérieur à celui qui a été proposé par la SCPCP et qui avait été publié avant l'ouverture de l'audience.

La décision de la Commission

[167] La Commission a expliqué qu'elle ne pouvait fixer le taux en s'appuyant sur le modèle proposé par la SCPCP en raison de sa complexité. Elle a donc établi la redevance à 2 \$ par enregistreur ayant une capacité de mémoire maximale d'un gigaoctet. La SCPCP avait demandé une redevance de 2,1 ¢ par mégaoctet pour les mémoires non amovibles ayant une capacité de stockage inférieure à 1 gigaoctet, ce qui aurait donné lieu à une redevance de 67 ¢ et de 1,34 \$ respectivement.

[168] La Commission a expliqué pourquoi elle avait décidé d'autoriser une redevance plus élevée que celle qui était demandée (*Copie privée III*, aux paragraphes 201, 202 et 226):

[...] La Commission n'est pas en mesure d'établir le taux en s'appuyant sur le modèle mis de l'avant par la SCPCP. Elle le fera plutôt en tenant compte à la fois de certains principes sous-jacents à ce modèle et d'autres observations tirées du dossier relatives à ce type de supports. Le taux de la redevance applicable à la mémoire non amovible intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique est établi à 2 \$ par enregistreur pouvant enregistrer au plus 1 Go de données, 15 \$ par enregistreur pouvant enregistrer plus d'un Go et au plus 10 Go de données, et 25 \$ par enregistreur pouvant enregistrer plus de 10 Go de données.

[...]

La Commission sait fort bien que le taux homologué pour les enregistreurs de faible capacité dépasse celui que la SCPCP avait proposé. La décision de la Commission est inévitable étant donné sa volonté de simplifier autant que possible la structure tarifaire visant ces supports. Enfin, compte tenu du

proposed and the certified rates (a matter of a few pennies or a dollar per recorder, at most) the Board is of the view that the unfairness created by overly complicating the rate structure would far outweigh any increased benefits that may result of capping the rate to the amounts proposed by CPCC.

Alleged Errors in Decision under Review

[169] The CSMA members submit that nothing in the Act empowers the Board to disregard the *ultra petita* principle. In accordance with subsection 83(6) of the Act, proposed tariffs are published in the *Canada Gazette* and stakeholders are given a 60-day period within which to file written objections to the tariff with the Board. According to the applicants, if the Board could unilaterally certify a tariff higher than that proposed, the purpose of the statutory notice period would, to a large extent, be undermined.

[170] Alternatively, the applicants argue that setting a levy beyond the tariff published is fundamentally unfair to those who might have intervened if the approved rate had been advertised.

Analysis

[171] The standard of review must be ascertained by reference to the question to be decided. There are two such questions: the first is whether the *ultra petita* principle applies to the decisions of the Board establishing tariffs pursuant to Part VIII. This raises a question of general law, with precedential effect on tariff setting decisions (compare *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77 on the application of abuse of process doctrine to arbitral proceedings). As such, correctness seems to be the appropriate standard.

[172] The second question is whether, assuming that the *ultra petita* principle does not apply, the levy set by

petit écart entre les taux proposé et homologué (tout au plus quelques sous ou un dollar par enregistreur), la Commission croit que les injustices entraînées par une structure tarifaire exagérément compliquée seraient bien plus grandes que l'accroissement des bénéfices pouvant découler de l'imposition d'un plafond correspondant aux redevances que la SCPCP avait demandées.

Erreurs dont serait entachée la décision à l'examen

[169] Les membres de la CSMA affirment que, rien dans la Loi n'habilite la Commission à faire fi du principe interdisant de statuer *ultra petita*. Aux termes du paragraphe 83(6) de la Loi, la Commission fait publier le projet de tarif dans la *Gazette du Canada* et donne un avis indiquant que quiconque peut y faire opposition en déposant auprès d'elle une déclaration en ce sens dans les 60 jours suivant la publication. Suivant les demanderessees, s'il était loisible à la Commission d'homologuer unilatéralement un tarif plus élevé que celui qui est proposé, l'objet visé par le délai de préavis prescrit par la loi serait en grande partie contrecarré.

[170] À titre subsidiaire, les demanderessees font valoir que le fait de fixer une redevance plus élevée que celle qui est prévue au tarif qui a été publié est fondamentalement injuste pour ceux qui auraient pu intervenir si le tarif approuvé avait été publié.

Analyse

[171] La norme de contrôle doit être déterminée en fonction de la question à trancher. Il y a deux questions à résoudre en l'espèce: la première est celle de savoir si le principe interdisant de statuer *ultra petita* s'applique aux décisions par lesquelles la Commission établit des tarifs en vertu de la partie VIII. Ce problème soulève une question de droit général qui aura valeur de précédent en ce qui concerne les décisions en matière d'établissement du tarif (comparer avec l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, sur l'application du principe de l'abus de procédure aux affaires d'arbitrage). Il semble donc que la norme du bien-fondé (ou norme de la décision correcte) soit la norme appropriée.

[172] La seconde question est celle de savoir si, en supposant que le principe interdisant de statuer *ultra*

the Board was unfair. The answer to this question requires an evaluation of the purpose of the public notice of proposed tariffs pursuant to the Act, and whether concerned persons were unfairly treated by virtue of the tariff being set at an amount greater than that announced. This last aspect raises an issue of procedural fairness, on which it is generally accepted that no judicial deference is owed.

[173] Turning to the first question, the *ultra petita* principle is generally understood to mean that a court will not make a ruling beyond what is requested by the parties. For instance, a judgment which grants a monetary award that goes beyond that sought by the claimant is said to be *ultra petita* or *extra petita*.

[174] At civil law, this principle is codified in Article 468 of the *Code of Civil Procedure* [R.S.Q., c. C-25]. At common law, it is recognized by the case law (see for instance, *Johnston v. Buckland*, [1937] S.C.R. 86; *Corporation Agencies Ltd. v. Home Bank of Canada*, [1925] S.C.R. 706; *Thibodeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, per McLachlin J. (as she then was) in dissent).

[175] The legislator is free to remove administrative tribunals from the constraints of *ultra petita*. This will often be the case, as administrative tribunals are generally created to advance interests that can go beyond the immediate interests of the parties who appear before them (see for example section 61 of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act*, R.S.C., 1985, c. N-20 s. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 301), as it read prior to its repeal in 1993, which conferred on the CRTC the right to grant relief “in addition to . . . that applied for”).

[176] In the present case, subsections 83(8) and (9) of the Act are particularly relevant:

petita ne s’applique pas, la redevance établie par la Commission était injuste. La réponse à cette question oblige à évaluer l’objet de l’avis public que la Loi requiert la Commission de publier au sujet du projet de tarif et à nous demander si les intéressés ont été traités injustement du fait que le tarif était supérieur à celui qui avait été annoncé. Ce dernier aspect soulève une question d’équité procédurale qui, selon ce qui est généralement admis, ne commande aucune retenue judiciaire.

[173] Pour ce qui est de la première question, le principe interdisant de statuer *ultra petita* signifie en règle générale que le tribunal ne doit pas accorder plus qu’il n’a été demandé par les parties. Par exemple, un jugement qui accorde une somme d’argent supérieure à celle que réclame le demandeur peut être qualifié de jugement *ultra petita* ou *extra petita*.

[174] En droit civil, ce principe est codifié à l’article 468 du *Code de procédure civile*. [L.R.Q., ch. C-25] En common law, il est reconnu par la jurisprudence (voir, par exemple, les arrêts *Johnston v. Buckland*, [1937] R.C.S. 86; *Corporation Agencies Ltd. v. Home Bank of Canada*, [1925] R.C.S. 706; et *Thibodeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, la juge McLachlin (tel était alors son titre), dissidente).

[175] Le législateur est libre de soustraire les tribunaux administratifs aux contraintes du principe interdisant de statuer *ultra petita*. C’est souvent le cas, étant donné que les tribunaux administratifs sont le plus souvent créés pour promouvoir des intérêts qui peuvent aller au-delà des intérêts immédiats des parties qui comparaissent devant eux (voir, par exemple, l’article 61 de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*, L.R.C. (1985), ch. N-20, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 301) dans sa rédaction en vigueur avant son abrogation en 1993, qui conférait au CRTC le droit d’accorder toute autre réparation «en sus [. . .] de cell[e] qui a été demandé[e]»).

[176] Dans le cas qui nous occupe, les paragraphes 83(8) et (9) de la Loi sont particulièrement pertinents:

83. . . .

(8) On the conclusion of its consideration of the proposed tariff, the Board shall

(a) establish, in accordance with subsection (9),

(i) the manner of determining the levies, and

(ii) such terms and conditions related to those levies as the Board considers appropriate, including, without limiting the generality of the foregoing, the form, content and frequency of the statements of account mentioned in subsection 82(1), measures for the protection of confidential information contained in those statements, and the times at which the levies are payable,

(b) vary the tariff accordingly,

(c) certify the tariff as the approved tariff, whereupon that tariff becomes for the purposes of this Part the approved tariff, and

(d) designate as the collecting body the collective society or other society, association or corporation that, in the Board's opinion, will best fulfil the objects of sections 82, 84 and 86,

but the Board is not obligated to exercise its power under paragraph (d) if it has previously done so, and a designation under that paragraph remains in effect until the Board makes another designation, which it may do at any time whatsoever, on application.

(9) In exercising its power under paragraph (8)(a), the Board shall satisfy itself that the levies are fair and equitable, having regard to any prescribed criteria.

[177] While this language is not as clear as that just cited, it can be seen that, upon being seized with a proposed tariff, the Board retains the discretion to establish a tariff that is "fair and equitable" (subsection 83(9)), and to set "such terms and conditions related to those levies as the Board considers appropriate" (subparagraph 83(8)(a)(ii)) (emphasis added).

[178] In this instance, the Board explained that it could not set the rate based on the model proposed by the CPCC because it was too complex (*Private Copying III*, at paragraph 201). Instead, the Board chose to set the rate based on its own model which resulted in a marginal increase (*Private Copying III*, at paragraph 224).

83. [. . .]

(8) Au terme de son examen, la Commission:

a) établit conformément au paragraphe (9):

(i) la formule tarifaire qui permet de déterminer les redevances,

(ii) à son appréciation, les modalités afférentes à celles-ci, notamment en ce qui concerne leurs dates de versement, la forme, la teneur et la fréquence des états de compte visés au paragraphe 82(1) et les mesures de protection des renseignements confidentiels qui y figurent;

b) modifie le projet de tarif en conséquence;

c) le certifie, celui-ci devenant dès lors le tarif homologué pour la société de gestion en cause;

d) désigne, à titre d'organisme de perception, la société de gestion ou autre société, association ou personne morale la mieux en mesure, à son avis, de s'acquitter des responsabilités ou fonctions découlant des articles 82, 84 et 86.

La Commission n'est pas tenue de faire une désignation en vertu de l'alinéa d) si une telle désignation a déjà été faite. Celle-ci demeure en vigueur jusqu'à ce que la Commission procède à une nouvelle désignation, ce qu'elle peut faire sur demande en tout temps.

(9) Pour l'exercice de l'attribution prévue à l'alinéa (8)a), la Commission doit s'assurer que les redevances sont justes et équitables compte tenu, le cas échéant, des critères réglementaires.

[177] Bien que ce passage ne soit pas aussi clair que celui que je viens de citer, on peut constater qu'une fois saisie du projet de tarif, la Commission conserve le pouvoir discrétionnaire de fixer un tarif «juste et équitable» (paragraphe 83(9)) et d'établir «à son appréciation, les modalités afférentes [aux redevances]» (sous-alinéa 83(8)a(ii)) (non souligné dans l'original).

[178] Dans le cas qui nous occupe, la Commission a expliqué qu'elle n'était pas en mesure d'établir le taux en s'appuyant sur le modèle mis de l'avant par la SCPCP, parce qu'il était trop complexe (*Copie privée III*, au paragraphe 201). La Commission a plutôt choisi d'établir le taux en se fondant sur son propre modèle, qui s'est

[179] In fixing royalties the Board must take account of numerous factors, including the competing interests of the parties and the requirement that the levy be fair and equitable. Given the Board's role, its broad discretion and the language of subsections 83(8) and (9), I am of the view that the *ultra petita* principle did not prevent the Board from deviating as it did from the proposed tariff.

[180] Turning to the issue of fairness, the applicants allege that certain importers who could have participated in the Board's hearing might not have done so on the belief that the tariff would not be higher than that published.

[181] In considering this argument, it is important to recall that the levy of \$2 only exceeds the amount requested by CPCC for two of the four typical formats of non-removable solid state or "flash" memory incorporated into digital audio recorders (32, 64, 128 and 256 megabytes). Conversely, the levy is less than the \$2.68 and \$5.37 which would have applied to recorders containing non-removable flash memory of 128 or 256 megabytes if CPCC's proposed rate of 2.1 cents per megabyte had been accepted by the Board. Furthermore, the levy of \$2 certified by the Board is far less than the \$21 per gigabyte levy sought by CPCC for non-removable hard disk with one gigabyte of memory.

[182] It is significant that the applicants have led no evidence remotely suggesting that concerned persons who did not participate in the Board's hearing would have done so if they had known that the resulting tariff would be marginally higher than that applied for. This shows in my view that the Board properly assessed the situation and arrived at the correct conclusion when it said (see paragraph 168 above), that no unfairness would result from the increase which it authorized.

traduit par une augmentation négligeable (*Copie privée III*, au paragraphe 224).

[179] Pour fixer des redevances, la Commission doit tenir compte de nombreux facteurs, notamment des intérêts opposés des parties et de l'obligation d'établir des redevances qui soient justes et équitables. Compte tenu du rôle de la Commission, de la grande marge d'appréciation qui lui est laissée et du libellé des paragraphes 83(8) et (9), je suis d'avis que le principe interdisant de statuer *ultra petita* n'empêchait pas la Commission de s'écarter comme elle l'a fait du projet de tarif.

[180] Sur la question de l'équité, les demandresses allèguent que certains importateurs qui auraient pu participer aux audiences de la Commission ne l'ont pas fait parce qu'ils croyaient que le tarif ne serait pas plus élevé que celui qui avait été publié.

[181] Pour examiner cet argument, il est important de se rappeler que la redevance de 2 \$ n'est supérieure au montant réclamé par la SCPCP que pour deux des quatre formats typiques de mémoires non amovibles à semiconducteurs ou mémoires «flash» intégrées à des enregistreurs audionumériques (32, 64, 128 et 256 mégaoctets). En revanche, la redevance est inférieure aux tarifs de 2,68 \$ et de 5,37 \$ qui auraient été appliqués aux enregistreurs renfermant des mémoires «flash» non amovibles de 128 ou de 256 mégaoctets si le tarif de 2,1 ¢ le mégaoctet proposé par la SCPCP avait été accepté par la Commission. De plus, la redevance de 2 \$ homologuée par la Commission est de beaucoup inférieure à la redevance de 21 \$ par gigaoctet réclamée par la SCPCP pour les disques durs non amovibles dotés d'une capacité d'un gigaoctet.

[182] Il est révélateur que les demandresses n'aient pas présenté le moindre élément de preuve pouvant laisser entendre que les intéressés qui n'avaient pas pris part aux audiences de la Commission l'auraient fait s'ils avaient su que le tarif finalement homologué serait à peine plus élevé que celui qui avait été demandé. Cet état de fait démontre à mon avis que la Commission a bien évalué la situation et qu'elle est arrivée à la bonne conclusion lorsqu'elle a déclaré (voir le paragraphe 168

qui précède), que l'augmentation qu'elle accordait ne causerait aucune injustice.

[183] For these reasons, I conclude that the Board committed no error in setting the levy at a rate higher than that applied for.

[183] Pour ces motifs, je conclus que la Commission n'a commis aucune erreur en fixant une redevance plus élevée que celle qui était demandée.

[184] I would nevertheless allow the application for judicial review on the first issue and grant the applicants their costs.

[184] Je ferais néanmoins droit à la demande de contrôle judiciaire sur la première question et adjudgerais aux demandereses leurs dépens.

LINDEN J.A.: I agree.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

EVANS J.A.: I agree.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

APPENDIX I

PART VIII

PRIVATE COPYING

Interpretation

79. In this Part,

“audio recording medium” means a recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced and that is of a kind ordinarily used by individual consumers for that purpose, excluding any prescribed kind of recording medium;

“blank audio recording medium” means

(a) an audio recording medium onto which no sounds have ever been fixed, and

(b) any other prescribed audio recording medium;

“collecting body” means the collective society, or other society, association or corporation, that is designated as the collecting body under subsection 83(8);

“eligible author” means an author of a musical work, whether created before or after the coming into force of this Part, that is embodied in a sound recording, whether made before or after the coming into force of this Part, if copyright subsists in Canada in that musical work;

“eligible maker” means a maker of a sound recording that embodies a musical work, whether the first fixation of the sound recording occurred before or after the coming into force of this Part, if

(a) both the following two conditions are met:

(i) the maker, at the date of that first fixation, if a corporation, had its headquarters in Canada or, if a natural person, was a Canadian citizen or permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the

ANNEXE I

PARTIE VIII

COPIE POUR USAGE PRIVÉ

Définitions

79. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

«artiste-interprète admissible» Artiste-interprète dont la prestation d'une œuvre musicale, qu'elle ait eu lieu avant ou après l'entrée en vigueur de la présente partie:

a) soit est protégée par le droit d'auteur au Canada et a été fixée pour la première fois au moyen d'un enregistrement sonore alors que l'artiste-interprète était un citoyen canadien ou un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*;

b) soit a été fixée pour la première fois au moyen d'un enregistrement sonore alors que l'artiste-interprète était sujet, citoyen ou résident permanent d'un pays visé par la déclaration publiée en vertu de l'article 85.

«auteur admissible» Auteur d'une œuvre musicale fixée au moyen d'un enregistrement sonore et protégée par le droit d'auteur au Canada, que l'œuvre ou l'enregistrement sonore ait été respectivement créée ou confectionné avant ou après l'entrée en vigueur de la présente partie.

«organisme de perception» Société de gestion ou autre société, association ou personne morale désignée aux termes du paragraphe 83(8).

«producteur admissible» Le producteur de l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale, que la première fixation ait eu lieu avant ou après l'entrée en vigueur de la présente partie:

a) soit si l'enregistrement sonore est protégé par le droit d'auteur au Canada et qu'à la date de la première fixation, le producteur était un citoyen canadien ou un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ou, s'il s'agit

Immigration and Refugee Protection Act, and

(ii) copyright subsists in Canada in the sound recording, or

(b) the maker, at the date of that first fixation, if a corporation, had its headquarters in a country referred to in a statement published under section 85 or, if a natural person, was a citizen, subject or permanent resident of such a country;

“eligible performer” means the performer of a performer’s performance of a musical work, whether it took place before or after the coming into force of this Part, if the performer’s performance is embodied in a sound recording and

(a) both the following two conditions are met:

(i) the performer was, at the date of the first fixation of the sound recording, a Canadian citizen or permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, and

(ii) copyright subsists in Canada in the performer’s performance, or

(b) the performer was, at the date of the first fixation of the sound recording, a citizen, subject or permanent resident of a country referred to in a statement published under section 85;

“prescribed” means prescribed by regulations made under this Part.

Copying for Private Use

80. (1) Subject to subsection (2), the act of reproducing all or any substantial part of

(a) a musical work embodied in a sound recording,

(b) a performer’s performance of a musical work embodied in a sound recording, or

(c) a sound recording in which a musical work, or a performer’s performance of a musical work, is embodied

onto an audio recording medium for the private use of the person who makes the copy does not constitute an infringement of the copyright in the musical work, the performer’s performance or the sound recording.

(2) Subsection (1) does not apply if the act described in that subsection is done for the purpose of doing any of the following in relation to any of the things referred to in paragraphs (1)(a) to (c):

d’une personne morale, avait son siège social au Canada;

b) soit si le producteur était, à la date de la première fixation, sujet, citoyen ou résident permanent d’un pays visé dans la déclaration publiée en vertu de l’article 85 ou, s’il s’agit d’une personne morale, avait son siège social dans un tel pays.

«support audio» Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l’exception toutefois de ceux exclus par règlement.

«support audio vierge» Tout support audio sur lequel aucun son n’a encore été fixé et tout autre support audio précisé par règlement.

Copie pour usage privé

80. (1) Sous réserve du paragraphe (2), ne constitue pas une violation du droit d’auteur protégeant tant l’enregistrement sonore que l’œuvre musicale ou la prestation d’une œuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire pour usage privé l’intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette œuvre ou de cette prestation sur un support audio.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas à la reproduction de l’intégralité ou de toute partie importante d’un enregistrement sonore, ou de l’œuvre musicale ou de la prestation d’une œuvre musicale qui le constituent, sur un support audio pour

- (a) selling or renting out, or by way of trade exposing or offering for sale or rental;
- (b) distributing, whether or not for the purpose of trade;
- (c) communicating to the public by telecommunication; or
- (d) performing, or causing to be performed, in public.

Right of Remuneration

81. (1) Subject to and in accordance with this Part, eligible authors, eligible performers and eligible makers have a right to receive remuneration from manufacturers and importers of blank audio recording media in respect of the reproduction for private use of

- (a) a musical work embodied in a sound recording;
- (b) a performer's performance of a musical work embodied in a sound recording; or
- (c) a sound recording in which a musical work, or a performer's performance of a musical work, is embodied.

(2) Subsections 13(4) to (7) apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of the rights conferred by subsection (1) on eligible authors, performers and makers.

Levy on Blank Audio Recording Media

82. (1) Every person who, for the purpose of trade, manufactures a blank audio recording medium in Canada or imports a blank audio recording medium into Canada

- (a) is liable, subject to subsection (2) and section 86, to pay a levy to the collecting body on selling or otherwise disposing of those blank audio recording media in Canada; and
- (b) shall, in accordance with subsection 83(8), keep statements of account of the activities referred to in paragraph (a), as well as of exports of those blank audio recording media, and shall furnish those statements to the collecting body.

(2) No levy is payable where it is a term of the sale or other disposition of the blank audio recording medium that the medium is to be exported from Canada, and it is exported from Canada.

83. (1) Subject to subsection (14), each collective society may file with the Board a proposed tariff for the benefit of those eligible authors, eligible performers and eligible makers who, by assignment, grant of licence, appointment of the society as their agent or otherwise, authorize it to act on their behalf for that purpose, but no person other than a collective

les usages suivants:

- a) vente ou location, ou exposition commerciale;
- b) distribution dans un but commercial ou non;
- c) communication au public par télécommunication;
- d) exécution ou représentation en public.

Droit à rémunération

81. (1) Conformément à la présente partie et sous réserve de ses autres dispositions, les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont droit, pour la copie à usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent, à une rémunération versée par le fabricant ou l'importateur de supports audio vierges.

(2) Les paragraphes 13(4) à (7) s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, au droit conféré par le paragraphe (1) à l'auteur, à l'artiste-interprète et au producteur admissibles.

Redevances

82. (1) Quiconque fabrique au Canada ou y importe des supports audio vierges à des fins commerciales est tenu:

- a) sous réserve du paragraphe (2) et de l'article 86, de payer à l'organisme de perception une redevance sur la vente ou toute autre forme d'aliénation de ces supports au Canada;
- b) d'établir, conformément au paragraphe 83(8), des états de compte relatifs aux activités visées à l'alinéa a) et aux activités d'exportation de ces supports, et de les communiquer à l'organisme de perception.

(2) Aucune redevance n'est toutefois payable sur les supports audio vierges lorsque leur exportation est une condition de vente ou autre forme d'aliénation et qu'ils sont effectivement exportés.

83. (1) Sous réserve du paragraphe (14), seules les sociétés de gestion agissant au nom des auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles qui les ont habilitées à cette fin par voie de cession, licence, mandat ou autrement peuvent déposer auprès de la Commission un projet de tarif des redevances à percevoir.

society may file any such tariff.

(2) Without limiting the generality of what may be included in a proposed tariff, the tariff may include a suggestion as to whom the Board should designate under paragraph (8)(d) as the collecting body.

(3) Proposed tariffs must be in both official languages and must be filed on or before the March 31 immediately before the date when the approved tariffs cease to be effective.

(4) A collective society in respect of which no proposed tariff has been certified pursuant to paragraph (8)(c) shall file its proposed tariff on or before the March 31 immediately before its proposed effective date.

(5) A proposed tariff must provide that the levies are to be effective for periods of one or more calendar years.

(6) As soon as practicable after the receipt of a proposed tariff filed pursuant to subsection (1), the Board shall publish it in the *Canada Gazette* and shall give notice that, within sixty days after the publication of the tariff, any person may file written objections to the tariff with the Board.

(7) The Board shall, as soon as practicable, consider a proposed tariff and any objections thereto referred to in subsection (6) or raised by the Board, and

(a) send to the collective society concerned a copy of the objections so as to permit it to reply; and

(b) send to the persons who filed the objections a copy of any reply thereto.

(8) On the conclusion of its consideration of the proposed tariff, the Board shall

(a) establish, in accordance with subsection (9),

(i) the manner of determining the levies, and

(ii) such terms and conditions related to those levies as the Board considers appropriate, including, without limiting the generality of the foregoing, the form, content and frequency of the statements of account mentioned in subsection 82(1), measures for the protection of confidential information contained in those statements, and the times at which the levies are payable,

(b) vary the tariff accordingly,

(c) certify the tariff as the approved tariff, whereupon that tariff becomes for the purposes of this Part the approved tariff, and

(d) designate as the collecting body the collective society or other society, association or corporation that, in the Board's opinion, will best fulfil the objects of sections 82, 84 and

(2) Le projet de tarif peut notamment proposer un organisme de perception en vue de la désignation prévue à l'alinéa (8)d).

(3) Il est à déposer, dans les deux langues officielles, au plus tard le 31 mars précédant la cessation d'effet du tarif homologué.

(4) Lorsqu'elle n'est pas régie par un tarif homologué au titre de l'alinéa (8)c), la société de gestion doit déposer son projet de tarif auprès de la Commission au plus tard le 31 mars précédant la date prévue pour sa prise d'effet.

(5) Le projet de tarif prévoit des périodes d'effet d'une ou de plusieurs années civiles.

(6) Dès que possible, la Commission le fait publier dans la *Gazette du Canada* et donne un avis indiquant que quiconque peut y faire opposition en déposant auprès d'elle une déclaration en ce sens dans les soixante jours suivant la publication.

(7) Elle procède dans les meilleurs délais à l'examen du projet de tarif et, le cas échéant, des oppositions; elle peut également faire opposition au projet. Elle communique à la société de gestion en cause copie des oppositions et aux opposants les réponses éventuelles de celle-ci.

(8) Au terme de son examen, la Commission:

a) établit conformément au paragraphe (9):

(i) la formule tarifaire qui permet de déterminer les redevances,

(ii) à son appréciation, les modalités afférentes à celles-ci, notamment en ce qui concerne leurs dates de versement, la forme, la teneur et la fréquence des états de compte visés au paragraphe 82(1) et les mesures de protection des renseignements confidentiels qui y figurent;

b) modifie le projet de tarif en conséquence;

c) le certifie, celui-ci devenant dès lors le tarif homologué pour la société de gestion en cause;

d) désigne, à titre d'organisme de perception, la société de gestion ou autre société, association ou personne morale la mieux en mesure, à son avis, de s'acquitter des responsabi-

86,

but the Board is not obligated to exercise its power under paragraph (d) if it has previously done so, and a designation under that paragraph remains in effect until the Board makes another designation, which it may do at any time whatsoever, on application.

(9) In exercising its power under paragraph (8)(a), the Board shall satisfy itself that the levies are fair and equitable, having regard to any prescribed criteria.

(10) The Board shall publish the approved tariffs in the *Canada Gazette* as soon as practicable and shall send a copy of each approved tariff, together with the reasons for the Board's decision, to the collecting body, to each collective society that filed a proposed tariff, and to any person who filed an objection.

(11) An eligible author, eligible performer or eligible maker who does not authorize a collective society to file a proposed tariff under subsection (1) is entitled, in relation to

(a) a musical work,

(b) a performer's performance of a musical work, or

(c) a sound recording in which a musical work, or a performer's performance of a musical work, is embodied,

as the case may be, to be paid by the collective society that is designated by the Board, of the Board's own motion or on application, the remuneration referred to in section 81 if such remuneration is payable during a period when an approved tariff that is applicable to that kind of work, performer's performance or sound recording is effective, subject to the same conditions as those to which a person who has so authorized that collective society is subject.

(12) The entitlement referred to in subsection (11) is the only remedy of the eligible author, eligible performer or eligible maker referred to in that subsection in respect of the reproducing of sound recordings for private use.

(13) The Board may, for the purposes of subsections (11) and (12),

(a) require a collective society to file with the Board information relating to payments of moneys received by the society pursuant to section 84 to the persons who have authorized it to file a tariff under subsection (1); and

(b) by regulation, establish the periods, which shall not be less than twelve months, beginning when the applicable approved tariff ceases to be effective, within which the

lités ou fonctions découlant des articles 82, 84 et 86.

La Commission n'est pas tenue de faire une désignation en vertu de l'alinéa d) si une telle désignation a déjà été faite. Celle-ci demeure en vigueur jusqu'à ce que la Commission procède à une nouvelle désignation, ce qu'elle peut faire sur demande en tout temps.

(9) Pour l'exercice de l'attribution prévue à l'alinéa (8)a), la Commission doit s'assurer que les redevances sont justes et équitables compte tenu, le cas échéant, des critères réglementaires.

(10) Elle publie dès que possible dans la *Gazette du Canada* les tarifs homologués; elle en envoie copie, accompagnée des motifs de sa décision, à l'organisme de perception, à chaque société de gestion ayant déposé un projet de tarif et à toutes les personnes ayant déposé une opposition.

(11) Les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles qui ne sont pas représentés par une société de gestion peuvent, aux mêmes conditions que ceux qui le sont, réclamer la rémunération visée à l'article 81 auprès de la société de gestion désignée par la Commission, d'office ou sur demande, si pendant la période où une telle rémunération est payable, un tarif homologué s'applique à leur type d'œuvre musicale, de prestation d'une œuvre musicale ou d'enregistrement sonore constitué d'une œuvre musicale ou d'une prestation d'une œuvre musicale, selon le cas.

(12) Le recours visé au paragraphe (11) est le seul dont disposent les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles en question en ce qui concerne la reproduction d'enregistrements sonores pour usage privé.

(13) Pour l'application des paragraphes (11) et (12), la Commission peut:

a) exiger des sociétés de gestion le dépôt de tout renseignement relatif au versement des redevances qu'elles reçoivent en vertu de l'article 84 aux personnes visées au paragraphe (1);

b) fixer par règlement des périodes d'au moins douze mois, commençant à la date de cessation d'effet du tarif homologué, pendant lesquelles la rémunération visée au

entitlement referred to in subsection (1) must be exercised.

(14) Where all the collective societies that intend to file a proposed tariff authorize a particular person or body to file a single proposed tariff on their behalf, that person or body may do so, and in that case this section applies, with such modifications as the circumstances require, in respect of that proposed tariff.

Distribution of Levies Paid

84. As soon as practicable after receiving the levies paid to it, the collecting body shall distribute the levies to the collective societies representing eligible authors, eligible performers and eligible makers, in the proportions fixed by the Board.

85. (1) Where the Minister is of the opinion that another country grants or has undertaken to grant to performers and makers of sound recordings that are Canadian citizens or permanent residents within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* or, if corporations, have their headquarters in Canada, as the case may be, whether by treaty, convention, agreement or law, benefits substantially equivalent to those conferred by this Part, the Minister may, by a statement published in the *Canada Gazette*,

(a) grant the benefits conferred by this Part to performers or makers of sound recordings that are citizens, subjects or permanent residents of or, if corporations, have their headquarters in that country; and

(b) declare that that country shall, as regards those benefits, be treated as if it were a country to which this Part extends.

(2) Where the Minister is of the opinion that another country neither grants nor has undertaken to grant to performers or makers of sound recordings that are Canadian citizens or permanent residents within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* or, if corporations, have their headquarters in Canada, as the case may be, whether by treaty, convention, agreement or law, benefits substantially equivalent to those conferred by this Part, the Minister may, by a statement published in the *Canada Gazette*,

(a) grant the benefits conferred by this Part to performers or makers of sound recordings that are citizens, subjects or permanent residents of or, if corporations, have their headquarters in that country, as the case may be, to the extent that that country grants those benefits to performers or makers of sound recordings that are Canadian citizens or permanent residents within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* or, if

paragraphe (11) peut être réclamée.

(14) Une personne ou un organisme peut, lorsque toutes les sociétés de gestion voulant déposer un projet de tarif l'y autorisent, déposer le projet pour le compte de celles-ci; les dispositions du présent article s'appliquent alors, avec les adaptations nécessaires, à ce projet de tarif.

Répartition des redevances

84. Le plus tôt possible après avoir reçu les redevances, l'organisme de perception les répartit entre les sociétés de gestion représentant les auteurs admissibles, les artistes-interprètes admissibles et les producteurs admissibles selon la proportion fixée par la Commission.

85. (1) Lorsqu'il est d'avis qu'un autre pays accorde ou s'est engagé à accorder, par traité, convention, contrat ou loi, aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores qui sont des citoyens canadiens ou des résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ou, s'il s'agit de personnes morales, ayant leur siège social au Canada, essentiellement les mêmes avantages que ceux conférés par la présente partie, le ministre peut, en publiant une déclaration dans la *Gazette du Canada*, à la fois:

a) accorder les avantages conférés par la présente partie aux artistes-interprètes et producteurs d'enregistrements sonores sujets, citoyens ou résidents permanents de ce pays ou, s'il s'agit de personnes morales, ayant leur siège social dans ce pays;

b) énoncer que ce pays est traité, à l'égard de ces avantages, comme s'il était un pays visé par l'application de la présente partie.

(2) Lorsqu'il est d'avis qu'un autre pays n'accorde pas ni ne s'est engagé à accorder, par traité, convention, contrat ou loi, aux artistes-interprètes ou aux producteurs d'enregistrements sonores qui sont des citoyens canadiens ou des résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ou, s'il s'agit de personnes morales, ayant leur siège social au Canada, essentiellement les mêmes avantages que ceux conférés par la présente partie, le ministre peut, en publiant une déclaration dans la *Gazette du Canada*, à la fois:

a) accorder les avantages conférés par la présente partie aux artistes-interprètes ou aux producteurs d'enregistrements sonores sujets, citoyens ou résidents permanents de ce pays ou, s'il s'agit de personnes morales, ayant leur siège social dans ce pays, dans la mesure où ces avantages y sont accordés aux artistes-interprètes ou aux producteurs d'enregistrements sonores qui sont des citoyens canadiens ou de tels résidents permanents ou, s'il s'agit de personnes

corporations, have their headquarters in Canada; and
 (b) declare that that country shall, as regards those benefits, be treated as if it were a country to which this Part extends.

(3) Any provision of this Act that the Minister specifies in a statement referred to in subsection (1) or (2)

(a) applies in respect of performers or makers of sound recordings covered by that statement, as if they were citizens of or, if corporations, had their headquarters in Canada; and

(b) applies in respect of a country covered by that statement, as if that country were Canada.

(4) Subject to any exceptions that the Minister may specify in a statement referred to in subsection (1) or (2), the other provisions of this Act also apply in the way described in subsection (3).

Exemption from Levy

86. (1) No levy is payable under this Part where the manufacturer or importer of a blank audio recording medium sells or otherwise disposes of it to a society, association or corporation that represents persons with a perceptual disability.

(2) Where a society, association or corporation referred to in subsection (1)

(a) purchases a blank audio recording medium in Canada from a person other than the manufacturer or importer, and

(b) provides the collecting body with proof of that purchase, on or before June 30 in the calendar year following the calendar year in which the purchase was made,

the collecting body is liable to pay forthwith to the society, association or corporation an amount equal to the amount of the levy paid in respect of the blank audio recording medium purchased.

(3) If regulations made under paragraph 87(a) provide for the registration of societies, associations or corporations that represent persons with a perceptual disability, subsections (1) and (2) shall be read as referring to societies, associations or corporations that are so registered.

Regulations

87. The Governor in Council may make regulations

(a) respecting the exemptions and refunds provided for in section 86, including, without limiting the generality of the

morales, ayant leur siège social au Canada;
 b) énoncer que ce pays est traité, à l'égard de ces avantages, comme s'il était un pays visé par l'application de la présente partie.

(3) Les dispositions de la présente loi que le ministre précise dans la déclaration s'appliquent:

a) aux artistes-interprètes ou producteurs d'enregistrements sonores visés par cette déclaration comme s'ils étaient citoyens du Canada ou, s'il s'agit de personnes morales, avaient leur siège social au Canada;

b) au pays visé par la déclaration, comme s'il s'agissait du Canada.

(4) Les autres dispositions de la présente loi s'appliquent de la manière prévue au paragraphe (3), sous réserve des exceptions que le ministre peut prévoir dans la déclaration.

Exemption

86. (1) La vente ou toute autre forme d'aliénation d'un support audio vierge au profit d'une société, association ou personne morale qui représente les personnes ayant une déficience perceptuelle ne donne pas lieu à redevance.

(2) Toute société, association ou personne morale visée au paragraphe (1) qui achète au Canada un support audio vierge à une personne autre que le fabricant ou l'importateur a droit, sur preuve d'achat produite au plus tard le 30 juin de l'année civile qui suit celle de l'achat, au remboursement sans délai par l'organisme de perception d'une somme égale au montant de la redevance payée.

(3) Si les règlements pris en vertu de l'alinéa 87a) prévoient l'inscription des sociétés, associations ou personnes morales qui représentent des personnes ayant une déficience perceptuelle, les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent qu'aux sociétés, associations ou personnes morales inscrites conformément à ces règlements.

Règlements

87. Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) régir les exemptions et les remboursements prévus à l'article 86, notamment en ce qui concerne:

foregoing,

- (i) regulations respecting procedures governing those exemptions and refunds,
 - (ii) regulations respecting applications for those exemptions and refunds, and
 - (iii) regulations for the registration of societies, associations or corporations that represent persons with a perceptual disability;
- (b) prescribing anything that by this Part is to be prescribed; and
- (c) generally for carrying out the purposes and provisions of this Part.

Civil Remedies

88. (1) Without prejudice to any other remedies available to it, the collecting body may, for the period specified in an approved tariff, collect the levies due to it under the tariff and, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

(2) The court may order a person who fails to pay any levy due under this Part to pay an amount not exceeding five times the amount of the levy to the collecting body. The collecting body must distribute the payment in the manner set out in section 84.

(3) Where any obligation imposed by this Part is not complied with, the collecting body may, in addition to any other remedy available, apply to a court of competent jurisdiction for an order directing compliance with that obligation.

(4) Before making an order under subsection (2), the court must take into account

- (a) whether the person who failed to pay the levy acted in good faith or bad faith;
- (b) the conduct of the parties before and during the proceedings; and
- (c) the need to deter persons from failing to pay levies.

- (i) la procédure relative à ces exemptions ou remboursements,
 - (ii) les demandes d'exemption ou de remboursement,
 - (iii) l'inscription des sociétés, associations ou personnes morales qui représentent les personnes ayant une déficience perceptuelle;
- b) prendre toute mesure d'ordre réglementaire prévue par la présente partie;
- c) prendre toute autre mesure d'application de la présente partie.

Recours civils

88. (1) L'organisme de perception peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les redevances qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice.

(2) En cas de non-paiement des redevances prévues par la présente partie, le tribunal compétent peut condamner le défaillant à payer à l'organisme de perception jusqu'au quintuple du montant de ces redevances et ce dernier les répartit conformément à l'article 84.

(3) L'organisme de perception peut, en sus de tout autre recours possible, demander à un tribunal compétent de rendre une ordonnance obligeant une personne à se conformer aux exigences de la présente partie.

(4) Lorsqu'il rend une décision relativement au paragraphe (2), le tribunal tient compte notamment des facteurs suivants:

- a) la bonne ou mauvaise foi du défaillant;
- b) le comportement des parties avant l'instance et au cours de celle-ci;
- c) la nécessité de créer un effet dissuasif en ce qui touche le non-paiement des redevances.