

A-210-02
2003 FCA 302

A-210-02
2003 CAF 302

Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC)
(Applicant)

v.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) and DMX Canada, Galaxie, Bell ExpressVu, Star Choice, Canadian Cable Television Association (CCTA) and Shaw Communications
(Respondents)

and

The Copyright Board (Intervener)

INDEXED AS: NEIGHBOURING RIGHTS COLLECTIVE OF CANADA v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Linden, Evans and Malone
J.J.A.—Ottawa, May 21 and July 10, 2003.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Application to set aside Copyright Board decision certifying royalty tariff for communication to public of recorded music by telecommunication — Whether Board erred in certifying joint tariff when applicant NRCC, respondent SOCAN submitted separate proposed tariffs — Board intervened as case concerned interpretation of its statutory powers — NRCC also arguing Board erred in royalty allocation between authors, composers and recording performers, makers — Whether Board of erroneous view performers, makers having only one right to remuneration — Board not of such view — Nor did Board err by ignoring NRCC's evidence on relative values of contributions by authors, performers, makers to value of communication of recorded music to public by digital pay service providers — Board did not accept but did not ignore NRCC's evidence — Whether Board misused Copyright Act, s. 68(3) discretion in certifying single tariff for SOCAN, NRCC — Whether converting two tariffs into single tariff within s. 68(3) authority to modify proposed tariffs with alterations Board considers necessary — Standard of review — Determined by pragmatic, functional analysis — Act containing neither right of appeal nor preclusive clause — Relative expertise of Board, Court — Board's function highly specialized, subject-matter of technical nature — Must balance competing interests of copyright holders, service providers, public — Courts lack experience in economic regulation, understanding of technical complexity, polycentric policy aspects in which administrative boards operate — Board

La Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) (demanderesse)

c.

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) et DMX Canada, Galaxie, Bell ExpressVu, Star Choice, Association canadienne de télévision par câble (ACTC) et Shaw Communications (défenderesses)

et

Commission du droit d'auteur (intervenante)

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ CANADIENNE DE GESTION DES DROITS VOISINS c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE (C.A.F.)

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Evans et Malone,
J.C.A.—Ottawa, 21 mai et 10 juillet 2003.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Demande d'annulation de la décision de la Commission du droit d'auteur homologuant le tarif des redevances payables pour la communication au public par télécommunication de musique enregistrée — La Commission a-t-elle commis une erreur en homologuant un tarif commun alors que la demanderesse SCGDV et la défenderesse SOCAN avaient soumis à son examen des projets distincts? — La Commission s'est constituée partie intervenante, car l'affaire portait sur l'interprétation des pouvoirs que lui confère la loi — La SCGDV faisait également valoir que la Commission avait eu tort de répartir les redevances entre les auteurs, les compositeurs et éditeurs de musique, les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements — La Commission a-t-elle considéré à tort que les artistes-interprètes et les producteurs avaient un seul et même droit à une rémunération? — Elle ne l'a pas fait — La Commission n'a pas non plus eu tort de ne pas tenir compte de la preuve présentée par la SCGDV concernant la contribution relative des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à la valeur de la communication au public de musique enregistrée par des services sonores payants numériques — La Commission n'a pas fait fi de cette preuve, mais l'a écartée — La Commission a-t-elle abusé du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 68(3) de la Loi sur le droit d'auteur en homologuant un seul tarif pour la SOCAN et la SCGDV? — Le regroupement de deux tarifs distincts en un seul relève-t-il du pouvoir, prévu à l'art. 68(3), d'apporter aux projets de tarif les modifications

having power to grant remedy of kind unfamiliar in court litigation — Whether issue herein “jurisdictional”, attracting standard of correctness — Test in S.C.C. decision, *Syndicat des employés de production du Québec et l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, no longer enables reviewing Court to avoid pragmatic, functional analysis first established by S.C.C. in U.E.S., *Local 298 v. Bibeault* — Approaches in l’Acadie, *Bibeault* logically incompatible — “Jurisdictional” nature of statutory provision now just one part of pragmatic, functional analysis — Issue engages Board’s regulatory expertise more than principles of statutory construction developed by courts — Purposes of statutory scheme — Rapid, profound technological developments are reshaping market, dictate sophisticated regulatory responses — Correctness review standard incompatible with Parliament’s intention to empower Board to implement decisions in effective, efficient manner — Exception made to courts’ reluctance to choose patent unreasonableness where tribunal unprotected by preclusive clause determining questions of law — NRCC failed to establish Board decision lacked rational basis.

Copyright — Practice — Judicial review of Copyright Board decision certifying tariff of royalties payable by digital pay service providers for communication to public by cable, satellite of recorded music — Dispute between NRCC, representing recording makers, performers having “neighbouring rights”, SOCAN, representing authors, composers — Copyright Board intervened as application involving interpretation of its statutory powers — NRCC challenging Board decision on two grounds — (1) Board erred in allocating half royalties to authors, composers, half to recording artists, makers — Whether Board understood artists, makers have separate rights to remuneration — (2) Whether erred in certifying joint tariff for SOCAN, NRCC when each

que la Commission juge nécessaires? — Norme de contrôle — Déterminée à partir d’une analyse pragmatique et fonctionnelle — La Loi ne prévoit aucun droit d’appel et ne renferme aucune clause privative — Expertise relative de la Commission et de la Cour — La Commission est un organisme très spécialisé appelé à se prononcer sur des questions techniques — Elle doit soupeser les intérêts opposés des titulaires du droit d’auteur, des fournisseurs de services et du public — Les cours de justice n’ont aucune expérience de la régulation économique et sont peu familiarisées avec la complexité technique et les aspects politiques polycentriques des contextes de réglementation dans lesquels évoluent les organismes administratifs — La Commission a le pouvoir d’accorder une réparation étrangère à celle qu’accorde une cour de justice — S’agissait-il d’une question de «compétence» commandant l’application de la norme de la décision correcte? — Le critère dégagé par la C.S.C. dans *Syndicat des employés de production du Québec et l’Acadie c. Le Conseil canadien des relations du travail* ne permet plus à la cour chargée du contrôle de se soustraire à l’analyse pragmatique et fonctionnelle mise de l’avant pour la première fois par la C.S.C. dans U.E.S., *Local 298 c. Bibeault* — Incompatibilité logique des analyses sous-tendant l’Acadie et Bibeault — Le fait qu’une disposition législative touche à la «compétence» n’est désormais qu’un facteur de l’analyse pragmatique et fonctionnelle — La question fait intervenir l’expertise de la Commission en matière de réglementation bien plus que les principes généraux d’interprétation législative établis par les tribunaux — Objet du régime législatif — L’évolution rapide et radicale de la technologie refaçonne le marché et exige la prise de mesures de régulation élaborées — La norme de contrôle de la décision correcte va à l’encontre de la volonté du législateur de doter la Commission des pouvoirs nécessaires à l’application efficace de ses décisions — Malgré la réticence habituelle des cours de justice à le faire lorsque le tribunal administratif ne bénéficie pas d’une clause privative, la Cour a opté exceptionnellement pour le caractère manifestement déraisonnable comme norme de contrôle applicable au règlement d’une question de droit — La SCGDV n’a pas établi que la décision de la Commission n’avait aucun fondement rationnel.

Droit d’auteur — Pratique — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d’auteur homologuant le tarif des redevances payables par les fournisseurs de services sonores payants numériques pour la communication au public, par câble ou satellite, de musique enregistrée — Litige opposant la SCGDV, qui représente les artistes-interprètes et les producteurs d’enregistrements, titulaires de «droits voisins», et la SOCAN, qui représente les auteurs et les compositeurs de musique — La Commission du droit d’auteur s’est constituée partie intervenante parce que l’affaire mettait en cause l’interprétation de ses pouvoirs légaux — La SCGDV conteste la décision de la Commission pour deux motifs — 1) La Commission a eu tort d’attribuer la moitié des

made separate tariff proposal, opposed joinder — Board decision sustained upon consideration of administrative law issues, in particular appropriate review standard — Board decision Copyright Act, s. 68(3) authorizing tariff merger not patently unreasonable — Board's reasons: reducing administrative burden on digital pay audio providers while not significantly prejudicing collective societies, rationally related to discharge of Board's regulatory function — Tariff of limited duration, next time NRCC could argue for separate tariffs if single tariff caused difficulties.

Practice — Mootness — Judicial review of Copyright Board decision concerning tariffs for royalties payable by digital pay service providers in respect of public communication of recorded music by cable, satellite — Cable T.V. association arguing mootness, impugned tariff having expired — In interests of justice Court exercise discretion to deal with application though moot — Continuing adversarial relationship — Issue likely to resurface — Question of law of importance to Board — Not fact-specific.

This was an application for judicial review of a Copyright Board decision certifying a tariff with respect to royalties payable by the providers of digital pay audio services whereby the public is provided recorded music by telecommunication. These services are provided by such undertakings as cable and satellite distributors. Applicant, Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC), represents performers and makers of recordings who are, under the *Copyright Act*, entitled to remuneration. Their rights are referred to as “neighbouring rights” as they approximate authors’ intellectual property rights.

NRCC challenged the Board decision, arguing it erred in law in allocating half the royalties to the authors and composers of music, represented by the Society of Composers and Music Publishers of Canada (SOCAN) and the other half to those represented by NRCC. A second argument was that the Board erred in certifying a joint tariff for NRCC and

redevances aux auteurs et aux compositeurs de musique, et l'autre moitié aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements — La Commission était-elle consciente du fait que les artistes-interprètes et les producteurs ont des droits distincts à une rémunération? — 2) A-t-elle commis une erreur en homologuant un tarif commun pour la SOCAN et la SCGDV, alors que celles-ci avaient présenté des projets distincts et s'opposaient à un tarif commun? — Décision de la Commission confirmée après examen de facteurs propres au droit administratif, dont la norme de contrôle applicable — La décision de la Commission que l'art. 68(3) de la Loi sur le droit d'auteur autorise un fusionnement de tarifs n'est pas manifestement déraisonnable — Motifs invoqués à l'appui: l'allègement des contraintes administratives des fournisseurs de services sonores payants numériques sans causer un préjudice important aux sociétés de gestion a un lien rationnel avec l'accomplissement par la Commission de sa fonction de régulation — Le tarif a une durée limitée et, à la prochaine occasion, la SCGDV pourra préconiser des tarifs distincts si l'application d'un tarif unique a causé des difficultés.

Pratique — Caractère théorique — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur relative aux tarifs des redevances payables par les fournisseurs de services sonores payants numériques pour la communication au public, par câble ou satellite, de musique enregistrée — L'Association de télévision par câble soutient que la question est théorique puisque le tarif en cause est expiré — Dans l'intérêt de la justice, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de trancher la question même si elle est théorique — Un différend oppose toujours les parties — La question est susceptible de se poser à nouveau — Question de droit revêtant une importance pour la Commission — Elle n'est pas liée aux faits de l'espèce.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur homologuant le tarif des redevances payables par les fournisseurs de services sonores payants numériques grâce auxquels de la musique enregistrée est communiquée au public par télécommunication. Ces services sont notamment fournis par des câblodistributeurs et des diffuseurs par satellite. La demanderesse, la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV), représente les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements qui, en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, ont droit à une rémunération. Leurs droits sont appelés «droits voisins» parce qu'ils s'apparentent aux droits de propriété intellectuelle des auteurs.

La SCGDV a contesté la décision de la Commission en faisant valoir qu'elle avait commis une erreur de droit en attribuant la moitié des redevances aux auteurs et aux compositeurs de musique, représentés par la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), et l'autre moitié à ses membres. Deuxièmement,

SOCAN, each having submitted separate tariffs for Board consideration. The reason for the Board's intervention is that this application concerns the interpretation of its statutory powers to alter the terms and conditions attached to royalties when it approves a tariff. The Board had conducted, over the parties' objections, a joint hearing following which it certified a single tariff. Applicant's submission was that royalties should have been allocated as was done in respect of the private copying of CDs: equally among authors, performers and makers. This approach had been rejected by the Board (in its decision referred to as *Tariff 17*) which instead adopted the allocation for the broadcast of recorded music by commercial radio stations (in a decision referred to as *Tariff 1.A*). Under subsection 68(3) of the Act, the Board is empowered to attach to royalties whatever terms and conditions it considers necessary. It saw a joint tariff as furnishing users with "one-stop shopping", saving them from having to comply with multiple tariffs.

Held, the application should be dismissed.

The initial issue for determination was whether the Board's royalty allocation was erroneous in law because it assumed that there is a single statutory right to remuneration for performers and makers of recorded music, rather than two separate rights. While it was common ground that subsection 19(1) creates two rights, performers and makers having separate rights to equitable remuneration, it was disputed whether or not the Board's reasons indicated that it allocated royalties on the erroneous view that performers and makers have but one right to remuneration.

In the submission of NRCC, the tariff adopted by the Board in its earlier decision (*Tariff 1.A*) and relied upon herein was either wrongly decided or else inapplicable herein. Pointing to the Board's reasons in the previous case, NRCC suggested that the Board overlooked the fact that recording makers had a right to equitable remuneration separate from that of performers. It would be very surprising if such a highly specialized Board would have committed such an elementary error. It could not be concluded that the Board supposed that makers do not have a right of their own. It was not the Board's understanding that subsection 19(1) created a single right for performers and makers but that, in the communication rights context, unlike that of reproduction rights, an equal division between SOCAN and NRCC was appropriate. The Court noted that, under subsection 19(3), there is an automatic equal division between performers and makers once royalties are paid.

elle a soutenu que la Commission avait eu tort d'homologuer un tarif commun pour la SOCAN et elle, chacune ayant soumis à son approbation un projet distinct. La Commission s'est constituée partie intervenante au motif que la demande touchait à l'interprétation du pouvoir que lui confère la loi de modifier les modalités afférentes aux redevances lorsqu'elle homologue un tarif. Malgré l'opposition des parties, la Commission a tenu une audience commune à l'issue de laquelle elle a homologué un tarif unique. La demanderesse a soutenu que la Commission aurait dû répartir les redevances comme elle l'avait fait pour la copie privée de disques compacts, soit à parts égales entre les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs. La Commission a écarté cette solution (dans sa décision relative au *Tarif 17*) et a plutôt adopté le mode de répartition retenu pour la radiodiffusion de musique enregistrée par les stations de radio commerciales (dans la décision relative au *Tarif 1.A*). Le paragraphe 68(3) de la Loi lui permet d'assortir les redevances des modalités qu'elle estime nécessaires. Elle a considéré qu'un tarif commun offrirait aux utilisateurs un «guichet unique» et les dispenserait de l'observation de tarifs multiples.

Arrêt: la demande est rejetée.

La première question à trancher était de savoir si la Commission avait commis une erreur de droit en tenant pour acquis, pour décider de la répartition des redevances, que la loi confère aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements un seul droit à une rémunération, et non deux droits distincts. Même si les parties reconnaissent que le paragraphe 19(1) crée deux droits, l'artiste-interprète et le producteur d'enregistrements ayant chacun un droit distinct à une rémunération équitable, la question en litige était de savoir s'il ressortait des motifs de la Commission qu'elle avait réparti les redevances en supposant à tort que l'artiste-interprète et le producteur avaient un seul et même droit à la rémunération.

La SCGDV a fait valoir que le tarif adopté par la Commission dans sa décision antérieure (décision relative au *Tarif 1.A*) et invoquée en l'espèce était soit erronée, soit inapplicable en l'espèce. Renvoyant aux motifs de la Commission dans l'affaire antérieure, la SCGDV a laissé entendre que la Commission n'avait pas tenu compte du fait que les producteurs d'enregistrements avaient un droit à une rémunération équitable distinct de celui des artistes-interprètes. Il serait très étonnant qu'un organisme aussi spécialisé que la Commission commette une erreur aussi fondamentale. L'on ne pouvait conclure que la Commission avait supposé que les producteurs n'avaient pas un droit distinct. La Commission ne croyait pas que le paragraphe 19(1) créait un droit unique au bénéfice des artistes-interprètes et des producteurs; elle était plutôt d'avis que, en ce qui concerne les droits de communication, contrairement aux droits de reproduction, la répartition des redevances par moitié entre la SOCAN et la

Counsel further argued that the earlier tariff decision (*Tariff I.A*) could be distinguished on its facts and was inapplicable herein. The Court was not convinced that the Board had erred in relying upon its previous decision. The Board, as a specialized administrative tribunal, was entitled to significant deference in the interpretation of its own case law.

The next issue was whether the Board erred in ignoring NRCC's evidence on the relative values of the contributions made by authors, performers and makers to the value of the communication to the public by digital pay audio of recorded music. The Board did not "ignore" NRCC's evidence. Its reasons revealed that it was well aware of its evidence but did not accept it. NRCC's evidence was based largely on the sale of recordings, where the royalty share was for reproduction; no evidence had been adduced as to the relative contributions of authors, performers and makers to the value of the right with respect to communication to the public by telecommunication.

The third issue was whether the Board had misused its subsection 68(3) discretion in certifying a single tariff when parties had proposed separate tariffs and did not consent to certification of a single tariff. The applicant submitted that this subsection was here inapplicable since it only empowers the Board to modify proposed tariffs; converting two into a single tariff could not be looked upon as an alteration to the royalties and the terms and conditions related thereto. The Canadian Cable Television Association, one of the respondents, submitted that the Court ought not entertain the single tariff validity issue since the issue was moot, the tariff at issue having expired. But this was a case where the use of scarce judicial resources was in the interests of justice since there exists a continuing adversarial relationship and also because the question whether the Board enjoys the power to certify a single tariff against the parties' wishes will likely resurface.

A pragmatic and functional analysis had to be applied to determine the applicable standard of review. Although the Board lacks any policy-making or legislative powers, discharging its duties on a case-by-case basis, its duties are highly specialized and concern matters of a technical nature. In the exercise of its broad rate-setting discretion, the Board

SCGDV était appropriée. La Cour a fait observer que le paragraphe 19(3) opérait la répartition automatique des redevances par moitié entre l'artiste-interprète et le producteur.

L'avocat a par ailleurs fait valoir que les faits permettaient d'établir une distinction d'avec la décision antérieure (sur le *Tarif I.A*), et que celle-ci était inapplicable en l'espèce. La Cour n'était pas convaincue que la Commission avait eu tort de s'appuyer sur sa décision antérieure. À titre de tribunal administratif spécialisé, la Commission avait droit à une grande déférence dans l'interprétation de ses propres décisions.

La question était ensuite de savoir si la Commission avait eu tort de ne pas tenir compte de la preuve présentée par la SCGDV concernant la contribution relative des auteurs, artistes-interprètes et producteurs à la valeur de la communication au public de musique enregistrée par des services sonores payants numériques. La Commission n'a pas «fait fi» de cette preuve. Il ressort de ses motifs qu'elle l'a bel et bien prise en considération, mais qu'elle l'a écartée. Cette preuve se fondait en grande partie sur la vente d'enregistrements, la quote-part des redevances se rattachant dans ce cas au droit de reproduction; aucun élément de preuve n'avait été présenté concernant la contribution relative des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à la valeur du droit afférent à la communication au public par télécommunication.

La troisième question était de savoir si la Commission avait abusé du pouvoir discrétionnaire que lui conférait le paragraphe 68(3) en homologuant un tarif unique alors que les parties avaient présenté des projets distincts et n'avaient pas consenti à l'homologation d'un tarif commun. La demanderesse a fait valoir que cette disposition était inapplicable en l'espèce parce qu'elle autorisait seulement la Commission à modifier un tarif proposé; le regroupement de deux tarifs en un seul ne pouvait équivaloir à une modification des redevances ou des modalités afférentes. L'Association canadienne de télévision par câble, l'une des défenderesses, a exhorté la Cour à ne pas se prononcer sur la validité du tarif unique, la question étant théorique vu l'expiration du tarif. Or, il était dans l'intérêt de la justice d'affecter les ressources judiciaires limitées au règlement de la question, étant donné qu'un différend oppose toujours les parties et que la question de savoir si la Commission peut homologuer un seul tarif contre la volonté des parties est susceptible de se poser à nouveau.

Une analyse pragmatique et fonctionnelle s'imposait pour déterminer la norme de contrôle applicable. La Commission n'a pas le pouvoir d'adopter des politiques ou de légiférer, mais elle statue sur des dossiers individuels; il s'agit d'un organisme très spécialisé appelé à se prononcer sur des questions techniques. Dans l'exercice de son large pouvoir

has to balance the competing interests of copyright holders, service providers and the public. Courts have neither institutional front-line experience in economic regulation nor an understanding of the technical complexity and polycentric policy aspects of the regulatory contexts in which administrative agencies—such as the Copyright Board—operate. But that this was a question of law and that the Board's decision will be of precedential significance, militated in favour of review on the correctness standard. On the other hand, at issue was the Board's power to grant a remedy of a kind unfamiliar in court litigation. Even so, the issue could be characterized as "jurisdictional", concerning as it did the interpretation of a statutory grant of remedial discretion. This could attract the correctness review standard, an authority for which proposition was the 1984 Supreme Court of Canada decision in *Syndicat des employés de production du Québec et l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*. But the law on this has evolved and resort to the language of jurisdiction used by Beetz J. in that judgment no longer enables a reviewing court to avoid a pragmatic and functional analysis in determining the standard of review. The *l'Acadie* test predated the emergence of the pragmatic and functional approach to determining review standard, first put forward by Beetz J. in a 1988 case, *U.E.S. Local 298 v. Bibeault*. The two approaches were, on the basis of logic, incompatible. Every statutory provision that prescribes the circumstances that must exist, or be taken into account, before an agency decides a matter or takes some action can be said to describe, define or limit its powers. Subsequent to *Bibeault*, the Supreme Court of Canada indicated that a specialist agency's interpretation of its remedial powers may not be reviewable on a correctness standard, but those judgments came in cases involving labour boards, the decisions of which were protected by a preclusive clause. But the Copyright Board has been given an unusually broad discretion to certify tariffs subject to such alterations to royalties and terms and conditions as it considers necessary. This suggests an intention on the part of Parliament that the Board's view of its duties are to be accorded deference. Even if the Supreme Court still takes into account a statutory provision's "jurisdictional" nature, it is just one factor in the pragmatic and functional analysis: the nature of the problem before the agency.

discrétionnaire de fixer la rémunération payable, la Commission doit soupeser les intérêts opposés des titulaires du droit d'auteur, des fournisseurs de services et du public. Les cours de justice n'ont ni expérience institutionnelle de la régulation économique ni familiarisation avec la complexité technique et les aspects politiques polycentriques des différents contextes de réglementation dans lesquels évoluent les organismes administratifs, dont la Commission sur le droit d'auteur. Or, le fait qu'il s'agissait d'une question de droit et que la décision de la Commission était susceptible de faire jurisprudence militait en faveur de la norme de la décision correcte. Par contre, la question touchait le pouvoir de la Commission d'accorder une réparation étrangère à celles qu'accorde une cour de justice. Malgré cela, la question en litige pouvait être considérée comme une question de «compétence» puisqu'elle avait trait à l'interprétation de l'octroi du pouvoir discrétionnaire de réparation par le législateur. Ce qui pouvait commander l'application de la norme de la décision correcte suivant l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et l'Acadie c. Le Conseil canadien des relations du travail* de la Cour suprême du Canada, datant de 1984. Toutefois, la jurisprudence a évolué en la matière, et les termes que le juge Beetz y a employés pour délimiter la compétence ne permettent plus à la cour chargée du contrôle de se soustraire à l'analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable. Le critère dégagé dans *l'Acadie* était antérieur à l'analyse pragmatique et fonctionnelle mise de l'avant par le juge Beetz en 1988 dans *U.E.S., Local 298 c. Bibeault* pour déterminer la norme de contrôle applicable. Il y avait incompatibilité logique entre les deux démarches. Toute disposition législative précisant les conditions devant être réunies ou prises en considération pour qu'un organisme rende une décision ou prenne une mesure peut être considérée comme décrivant, énumérant ou limitant les pouvoirs de l'organisme. Dans des arrêts postérieurs à *Bibeault*, la Cour suprême du Canada a indiqué que l'interprétation, par un organisme spécialisé, de ses pouvoirs de réparation, n'ouvrirait pas nécessairement droit à un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte. Or, ces arrêts visaient des organismes spécialisés en droit du travail dont les décisions étaient protégées par une clause privative. Cependant, la portée du pouvoir discrétionnaire de la Commission du droit d'auteur d'homologuer un projet de tarif après avoir apporté aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires est inhabituellement large. Ce qui permet de conclure que le législateur a voulu que les décisions de la Commission concernant l'étendue de ce pouvoir appellent la déférence. La Cour suprême tient encore compte du fait qu'une disposition législative touche à la «compétence», mais ce n'est que l'un des facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle: la nature de la question dont est saisi l'organisme.

Considering the relative expertise of the Board and the Court as well as the nature of the problem, the Board was in the better position to determine whether its powers extend to certification of a single tariff where the parties do not consent thereto. It is an issue that engages the Board's regulatory expertise to a greater extent than it does general principles of statutory interpretation. The issue was intimately linked to the performance of the Board's statutory functions, including concern for regulatory efficiency and fairness. The Board's understanding of tariff administration and the balancing of competing economic interests is more relevant than is a general knowledge of law in determining whether the subsection authorizes the Board to unilaterally certify a single tariff.

Also of importance was a consideration of the purposes of the statutory scheme as a whole, as well as those of the disputed provision. The purpose of the statute is to ensure that the creators of literary and musical works are compensated for the use made of them by others. It establishes a scheme for the collective administration of the various copyrights that may inhere in a particular work which seeks to minimize enforcement costs. The Act also aims at balancing, in the public interest, the competing claims of producers, users and consumers. The Copyright Board, established to administer this scheme, discharges its regulatory responsibilities in the context of rapid and profound technological advances which are reshaping the market and call for sophisticated regulatory responses to ensure that all those who contribute value to the recording of a musical work are fairly compensated and that consumers are not prejudiced. The Supreme Court recently reaffirmed that deference should be shown where the statutory scheme grants a specialized tribunal a broad discretion to balance, in the public interest, competing rights and economic interests. As for subsection 68(3), it was presumably intended to equip the Board with the powers needed to implement its decisions in an effective and efficient manner and to that end the legislator conferred upon it a very wide royalty certification discretion. Review according to the correctness standard would not be compatible with these purposes.

While it is true that courts seem reluctant to hold that patent unreasonableness is the appropriate review standard for the determination of questions of law by an adjudicative tribunal not protected by a strong preclusive clause, the instant case should be treated as an exception. In a recent Supreme Court of Canada judgment it was said by Binnie J. that patent unreasonableness is normally the appropriate review standard in case of a broad subjective grant of discretion. Furthermore, particular latitude should be allowed where an exercise of

Compte tenu de l'expertise relative de la Commission et de la Cour et de la nature de la question à trancher, la Commission était plus à même que la Cour de décider si ses pouvoirs lui permettaient d'homologuer un tarif unique auquel les parties n'avaient pas consenti. La question fait intervenir l'expertise de la Commission en matière de réglementation bien plus que les principes généraux d'interprétation législative. La question était intimement liée à l'exécution du mandat légal de la Commission, y compris l'efficacité et l'équité de la régulation. La manière dont la Commission conçoit l'administration des tarifs et la mise en balance des intérêts économiques opposés qui sont en jeu importe davantage que toute connaissance générale du droit pour déterminer si la disposition autorise la Commission à homologuer unilatéralement un seul tarif.

Il convenait également d'examiner l'objet du régime législatif dans son ensemble, de même que celui de la disposition en cause. L'objet de la Loi est de faire en sorte que les créateurs d'œuvres littéraires, musicales et autres soient rémunérés pour l'utilisation de leurs œuvres par autrui. Elle établit un cadre de gestion collective des divers droits d'auteur que confère une œuvre qui vise à limiter le coût d'application. La Loi a également pour objectif de pondérer, dans l'intérêt public, les intérêts concurrents des producteurs, des utilisateurs et des consommateurs. Mise sur pied pour administrer ce régime, la Commission du droit d'auteur s'acquitte de ses obligations dans le contexte de l'évolution rapide et radicale de la technologie qui refaçonne le marché et exige la prise de mesures de régulation élaborées afin que tous ceux qui contribuent à la valeur de l'enregistrement d'une œuvre musicale touchent une rémunération équitable et que les consommateurs ne soient pas lésés. Récemment, la Cour suprême a confirmé que la déférence s'imposait lorsqu'un cadre législatif accorde à un tribunal spécialisé un grand pouvoir discrétionnaire pour pondérer, dans l'intérêt public, des droits opposés et des droits économiques. En ce qui concerne le paragraphe 68(3), l'on peut présumer que le législateur a voulu doter la Commission des pouvoirs nécessaires pour appliquer efficacement ses décisions et que, à cette fin, il l'a investie d'un très large pouvoir discrétionnaire dans l'homologation de tarifs de redevances. Un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte serait incompatible avec ces objectifs.

Les cours de justice paraissent peu enclines à opter pour le caractère manifestement déraisonnable comme norme de contrôle applicable au règlement d'une question de droit par un tribunal d'arbitrage ne bénéficiant pas d'une clause privative non équivoque, mais il convient de faire une exception en l'espèce. Dans un récent arrêt de la Cour suprême du Canada, le juge Binnie fait observer que le caractère manifestement déraisonnable est habituellement la norme qu'il convient d'appliquer dans le cas d'un large pouvoir discrétionnaire. De

power is integral to a complex regulatory scheme and can have only an indirect and limited effect on individuals' economic interests.

The remaining question was whether it was patently unreasonable for the Board to have interpreted subsection 68(3) as authorizing it to merge tariffs. NRCC faced a difficult test: to establish that the Board decision lacked any rational basis. It failed to meet that test. It was not, from the wording of the provision, immediately apparent that altering the proposed tariffs by certification of a single tariff could not rationally fall within the Board's discretion to make "such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto as the Board considers necessary". The reasons given by the Board—to reduce the administrative burden on digital pay audio providers while not significantly prejudicing collective societies—was rationally related to the discharge of its regulatory function.

The final point was that tariffs are of limited duration so that, next time around, it will be open to NRCC to argue that the single tariff had caused it difficulties and that separate tariffs ought to be certified.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 19 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 14), 66.7(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12), 68(2) (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45), (3) (as am. *idem*).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

NRCC Statement of Royalties 1998-2002 (Tariff 1.A) (Re) (1999), 3 C.P.R. (4th) 350 (C. Bd.); *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; (1993), 105 D.L.R. (4th) 385; 55 Q.A.C. 241; 15 Admin. L.R. (2d) 1; 49 C.C.E.L. 1; 154 N.R. 104; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 89 CLLC 14,045; 95 N.R. 161; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281; (2001), 200 D.L.R. (4th) 193; 36 Admin.

plus, l'interprétation doit comporter une certaine marge de manœuvre lorsque l'exercice du pouvoir fait partie intégrante d'un régime de réglementation complexe et ne peut avoir qu'une incidence indirecte et limitée sur les intérêts économiques individuels.

Restait à savoir s'il était manifestement déraisonnable de conclure que le paragraphe 68(3) conférait à la Commission le pouvoir de regrouper les tarifs. La SCGDV devait satisfaire à un critère exigeant: établir que la décision de la Commission n'avait aucun fondement rationnel. Elle n'y est pas parvenue. À première vue, le libellé de la disposition législative ne permettait pas de conclure que modifier le projet de tarif en homologuant un seul tarif ne pouvait rationnellement être considéré comme ressortissant au pouvoir discrétionnaire de la Commission d'apporter «aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires». Les motifs invoqués par la Commission—alléger les contraintes administratives des fournisseurs de services sonores payants numériques sans causer un préjudice important aux sociétés de gestion—avaient un lien rationnel avec l'accomplissement de sa fonction de régulation.

On a noté en dernier lieu que tout tarif a une durée limitée de sorte que, à la prochaine occasion, la SCGDV pourra préconiser l'homologation de tarifs distincts compte tenu des difficultés causées par l'application d'un tarif unique.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)(d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 19 (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14), 66.7(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12), 68(2) (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 45), (3) (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Redevances à percevoir par la SCGDV 1998-2002 (Tariff 1.A) (Re) (1999), 3 C.P.R. (4th) 350 (C.D.A.); *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; (1993), 105 D.L.R. (4th) 385; 55 Q.A.C. 241; 15 Admin. L.R. (2d) 1; 49 C.C.E.L. 1; 154 N.R. 104; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 89 CLLC 14,045; 95 N.R. 161; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281; (2001), 200 D.L.R. (4th) 193; 36

L.R. (3d) 71; 271 N.R. 104; *Sheehan v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1974), 52 D.L.R. (3d) 728; 20 C.C.C. (2d) 167 (Ont. C.A.).

DISTINGUISHED:

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 (C.A.); *Reproduction of Musical Works (Re)*, [2003] C.B.D. No. 2 (QL).

CONSIDERED:

Private Copying 1999-2000, Tariff of Levies to be Collected by CPCC (Re) (1999), 4 C.P.R. (4th) 15 (C. Bd.); *Canada Labour Relations Board et al. v. Halifax Longshoremen's Association et al.*, [1983] 1 S.C.R. 245; (1983), 144 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,022; 46 N.R. 324; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Professional Assn. of Foreign Service Officers v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 162; [2003] F.C.J. No. 483 (C.A.) (QL); *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-011; 193 N.R. 81; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

Admin. L.R. (3d) 71; 271 N.R. 104; *Sheehan v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1974), 52 D.L.R. (3d) 728; 20 C.C.C. (2d) 167 (C.A. Ont.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

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 (C.A.); *Reproduction d'œuvres musicales (Re)*, [2003] D.C.D.A. n° 2 (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Copie privée 1999-2000, tarifs des redevances à percevoir par la SCPCP (Re) (1999), 4 C.P.R. (4th) 15 (C.D.A.); *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Association des débardeurs d'Halifax et autres*, [1983] 1 R.C.S. 245; (1983), 144 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,022; 46 N.R. 324; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *Société des droits d'exécution du Canada Ltée c. Société Radio-Canada* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Assoc. professionnelle des agents du Service extérieur c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 162; [2003] A.C.F. n° 483 (C.A.) (QL); *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-011; 193 N.R. 81; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

APPLICATION for judicial review of a Copyright Board decision reported at (*SOCAN Statement of Royalties, Pay Audio Services, 1997-2002 (Tariff 17.B) (Re)* (2002), 19 C.P.R. (4th) 67), certifying a tariff of royalties payable by digital pay audio service providers in respect of the communication to the public of recorded music. Application dismissed.

APPEARANCES:

David R. Collier for applicant.

Y. A. George Hynna for respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

No one appearing for respondents DMX Canada, Bell ExpressVu, Star Choice and Shaw Communications.

Lise Bertrand for respondent Galaxie.

Gerald L. Kerr-Wilson and *Rachelle Frenette* for respondent Canadian Cable Television Association.

Jeremy F. DeBeer and *Mario Bouchard* for intervenor.

SOLICITORS OF RECORD:

Ogilvy Renault, Montréal, for applicant.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

Corus Entertainment Inc., Toronto, for respondent DMX Canada.

Canadian Broadcasting Corporation, Legal Department, Montréal, for respondent Galaxie.

Bell ExpressVu, Hull, for respondent Bell ExpressVu.

Star Choice Communications Inc., Ottawa, for respondent Star Choice.

Canadian Cable Television Association, Ottawa, for respondent Canadian Cable Television Association.

Copyright Board Canada, Ottawa, for intervenor.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur *Redevances à percevoir par la SOCAN, services sonores payants, 1997-2002 (Tarif 17.B) (Re)* (2002), 19 C.P.R. (4th) 67) homologuant le tarif des redevances payables par les services sonores payants numériques pour la communication au public de musique enregistrée. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

David R. Collier pour la demanderesse.

Y. A. George Hynna pour la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

Personne n'a comparu pour les défenderesses DMX Canada, Bell ExpressVu, Star Choice et Shaw Communications.

Lise Bertrand pour la défenderesse Galaxie.

Gerald L. Kerr-Wilson et *Rachelle Frenette* pour l'Association canadienne de télévision par câble.

Jeremy F. DeBeer et *Mario Bouchard* pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ogilvy Renault, Montréal, pour la demanderesse.

Gowling Lafleur Henderson, s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

Corus Entertainment Inc., Toronto, pour la défenderesse DMX Canada.

Société Radio-Canada, Services juridiques, Montréal, pour la défenderesse Galaxie.

Bell ExpressVu, Hull, pour la défenderesse Bell ExpressVu.

Star Choice Communications Inc., Ottawa, pour la défenderesse Star Choice.

Association canadienne de télévision par câble, Ottawa, pour la défenderesse Association canadienne de télévision par câble.

Commission du droit d'auteur du Canada, Ottawa, pour l'intervenante.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review by the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) to set aside a decision of the Copyright Board, reported as *SOCAN Statement of Royalties, Pay Audio Services, 1997-2002 (Tariff 17.B) (Re)* (2002), 19 C.P.R. (4th) 67 (*Tariff 17*). In this decision, the Board certified the first tariff respecting the royalties payable by the providers of digital pay audio services (DPA) for the communication to the public of recorded music by telecommunication. DPA is delivered to subscribers by various broadcast distribution undertakings, such as cable and satellite direct-to-home distributors.

[2] NRCC represents performers and makers of recordings who are entitled to be paid an equitable remuneration for the communication of their recordings to the public by telecommunication: *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, subsection 19(1) [as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 14]. The rights of the performers and makers are known as “neighbouring rights” because they are close to the intellectual property rights of authors.

[3] NRCC challenges the decision of the Board on two principal grounds. First, it alleges that the Board erred in law when it allocated half of the total royalties payable by DPA to the authors and composers of music represented by the respondent, the Society of Composers and Music Publishers of Canada (SOCAN), and half to the performers and makers of recordings represented by NRCC. NRCC says that, in making an equal allocation between SOCAN and NRCC, the Board overlooked the fact that NRCC’s members, performers and makers, have separate rights to remuneration. This is a dispute between NRCC and SOCAN, collective societies which collect and distribute royalties on behalf of their members.

A. INTRODUCTION

[1] La Cour est saisie d’une demande de contrôle judiciaire présentée par la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) afin d’obtenir l’annulation de la décision de la Commission du droit d’auteur relative au tarif des redevances à percevoir par la Socan pour les services sonores payants de 1997 à 2002: *Redevances à percevoir par la SOCAN, services sonores payants, 1997-2002 (Tarif 17.B) (Re)* (2002), 19 C.P.R. (4th) 67 (décision relative au *Tarif 17*). Dans sa décision, la Commission homologue le premier tarif établissant des redevances payables par les fournisseurs de services sonores payants numériques (SSPN) pour la communication au public par télécommunication de musique enregistrée. Les SSPN sont transmis aux abonnés par diverses entreprises de radiodiffusion, comme les câblodistributeurs et les services de radiodiffusion directe par satellite.

[2] La SCGDV représente les artistes-interprètes et les producteurs d’enregistrements ayant droit à une rémunération équitable pour la communication au public par télécommunication de leurs enregistrements: *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, paragraphe 19(1) [édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14]. Les droits des artistes-interprètes et des producteurs sont appelés «droits voisins» parce qu’ils s’apparentent aux droits de propriété intellectuelle des auteurs.

[3] La SCGDV conteste la décision de la Commission en invoquant deux motifs principaux. Premièrement, la Commission aurait commis une erreur de droit en attribuant la moitié des redevances totales payables par les SSPN aux auteurs et aux compositeurs de musique représentés par la défenderesse Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), et l’autre moitié aux artistes-interprètes et aux producteurs d’enregistrements représentés par la SCGDV. Cette dernière fait valoir que, en procédant à cette répartition à parts égales, la Commission n’a pas tenu compte du fait que ses membres—les artistes-interprètes et les producteurs—ont des droits distincts à une rémunération. Le différend oppose la SCGDV et la SOCAN, des sociétés de gestion collective qui perçoivent et distribuent les redevances pour le compte de leurs membres.

[4] Second, NRCC alleges that the Board erred in law in certifying a joint tariff for NRCC and SOCAN when each had submitted separate proposed tariffs for the Board's consideration. This issue concerns NRCC and the Canadian Cable Television Association (CCTA), which represents cable broadcasting distribution undertakings across Canada who must pay the royalties with respect to DPA. The Copyright Board has intervened on this issue because it involves the interpretation of its statutory powers to alter the terms and conditions attached to the royalties when it approves a tariff. SOCAN takes no position on this issue.

B. THE DECISION OF THE COPYRIGHT BOARD

[5] The decision of the Board in *Tariff 17* deals with both Tariff 17.B, proposed by SOCAN for the years 1997-2002, and Tariff 17, proposed by NRCC for the years 1998-2002. The Board held a joint hearing on the proposed tariffs over the objections of the parties, and certified a single tariff, which has now expired. SOCAN and NRCC have filed proposed royalty tariffs with the Board to start on January 1, 2003.

[6] The Board's reasons deal at length with the percentage of the affiliation dues payable by the distribution undertakings for the use of DPA that should be paid as royalties to SOCAN and NRCC. The Board's assessment of the total worth of the contributions made by authors, performers and makers to the economic value of the communication of recorded music by DPA is not challenged in this application. Hence, it will not be necessary to consider this part of the decision in these reasons.

[7] NRCC submitted to the Board that it should allocate the royalties between its members and SOCAN's members on the basis that was adopted in a decision involving the private copying of CDs, *Private Copying 1999-2000, Tariff of Levies to be Collected by CPCC (Re)* (1999), 4 C.P.R. (4th) 15 (C. Bd.) (*Private Copying*). In that decision, the Board divided the royalties more or less equally among the three groups of

[4] Deuxièmement, la SCGDV prétend que la Commission a commis une erreur de droit en homologuant un tarif commun pour la SCGDV et la SOCAN, alors que chacune d'elles avait soumis à son examen un projet de tarif distinct. Cette question touche la SCGDV et l'Association canadienne de télévision par câble (ACTC), qui représente à la grandeur du Canada des entreprises de câblodistribution tenues de verser des redevances relativement aux SSPN. La Commission du droit d'auteur s'est constituée partie intervenante à cet égard parce que cette question met en cause l'interprétation des pouvoirs que lui confère la loi de modifier les modalités afférentes aux redevances lorsqu'elle homologue un tarif. La SOCAN ne défend aucun point de vue à ce sujet.

B. LA DÉCISION DE LA COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR

[5] La décision de la Commission relative au *Tariff 17* porte à la fois sur le tarif 17.B, proposé par la SOCAN pour les années 1997 à 2002 et sur le tarif 17, proposé par la SCGDV pour les années 1998 à 2002. La Commission a tenu une audience commune malgré l'opposition des parties et elle a homologué un tarif unique, qui est maintenant expiré. La SOCAN et la SCGDV ont soumis à l'examen de la Commission des projets de tarif devant s'appliquer dès le 1^{er} janvier 2003.

[6] Les motifs de la Commission traitent en détail du pourcentage des paiements d'affiliation exigés des entreprises de distribution pour l'utilisation des SSPN qui devrait être versé à titre de redevances à la SOCAN et à la SCGDV. L'évaluation, par la Commission, de la contribution globale des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à la valeur économique de la communication de musique enregistrée par les SSPN n'est pas contestée en l'espèce. La Cour n'a donc pas à se pencher sur cette partie de la décision.

[7] La SCGDV a exhorté la Commission à répartir les redevances entre ses membres et ceux de la SOCAN comme elle l'avait fait pour la copie privée de disques compacts: *Copie privée 1999-2000, tarifs des redevances à percevoir par la SCPCP (Re)* (1999), 4 C.P.R. (4th) 15 (C.D.A.) (décision relative à la *Copie privée*). Dans cette affaire, la Commission a réparti les redevances plus ou moins également entre les

rights holders, namely, authors, performers and makers.

[8] The Board rejected this submission in *Tariff 17* (at page 78) because *Private Copying* concerned the mechanical or reproduction right in recorded music. Instead, it adopted the mode of allocation made in respect of the broadcast of recorded music by commercial radio stations in *NRCC Statement of Royalties 1998-2002 (Tariff 1.A) (Re)* (1999), 3 C.P.R. (4th) 350 (C. Bd.) (*Tariff 1.A*). That decision, like *Tariff 17*, involved the right to communication by telecommunication. In *Tariff 1.A*, the Board awarded the same royalty to NRCC as it had previously awarded to SOCAN, with the result that authors received 50% of the royalties, and performers and makers 25% each.

[9] Even though SOCAN and NRCC proposed separate tariffs in *Tariff 17*, the Board certified a joint tariff. Subsection 68(3) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45] of the *Copyright Act* enables the Board to attach to royalties “the terms and conditions . . . as the Board considers necessary”. In *Tariff 17* (at page 86) the Board identified the advantages of certifying a joint tariff, particularly that it would provide users with “one-stop shopping” with respect to the royalties payable and relieve them of the burden of having to comply with multiple tariffs containing different terms and conditions.

C. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Was the Board’s allocation of the royalties erroneous in law because it assumed that there is a single statutory right to remuneration for the performers and makers of recorded music, rather than two separate rights?

[10] The provisions of section 19 [as enacted by S.C. 1997 c. 24, s. 14] of the *Copyright Act* relevant to this issue are as follows.

trois groupes de titulaires de droits, soit les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs.

[8] Dans la décision relative au *Tarif 17* (à la page 78), la Commission a refusé de le faire au motif que la décision relative à la *Copie privée* portait sur le droit de reproduction, y compris la reproduction mécanique, afférent à la musique enregistrée. Elle a plutôt adopté le mode de répartition retenu pour la radiodiffusion de musique enregistrée par les stations de radio commerciales dans *Redevances à percevoir par la SCGDV 1998-2002 (Tarif 1.A) (Re)* (1999), 3 C.P.R. (4th) 350 (C.D.A.) (décision relative au *Tarif 1.A*). Tout comme la décision relative au *Tarif 17*, cette décision portait sur le droit de communication par télécommunication. La Commission a accordé à la SCGDV les mêmes redevances que celles accordées précédemment à la SOCAN, de sorte que les auteurs touchaient 50 % des redevances, et les artistes-interprètes et les producteurs y avaient respectivement droit à hauteur de 25 %.

[9] Même si, dans l’affaire relative au *Tarif 17*, la SOCAN et la SCGDV avaient soumis à son examen des projets de tarif distincts, la Commission a homologué un tarif commun. Le paragraphe 68(3) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 45] de la *Loi sur le droit d’auteur* permet à la Commission d’assortir les redevances des «modalités [. . .] qu’elle estime nécessaires». Dans la décision relative au *Tarif 17*, la Commission fait état (à la page 86) des avantages de l’homologation d’un tarif commun, notamment le fait qu’il en résultera un «guichet unique» pour ce qui est des redevances payables et que les utilisateurs seront dispensés de l’observation de tarifs multiples prévoyant des modalités diverses.

C. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Première question: La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en tenant pour acquis, pour décider de la répartition des redevances, que la loi ne confère aux artistes-interprètes et aux producteurs de musique enregistrée qu’un seul droit à une rémunération et non deux droits distincts?

[10] Cette question met en cause les dispositions de l’article 19 [édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14] de la *Loi sur le droit d’auteur*, dont voici le libellé.

19. (1) Where a sound recording has been published, the performer and maker are entitled, subject to section 20, to be paid equitable remuneration for its performance in public or its communication to the public by telecommunication, except for any retransmission.

(2) For the purpose of providing the remuneration mentioned in subsection (1), a person who performs a published sound recording in public or communicates it to the public by telecommunication is liable to pay royalties

(a) in the case of a sound recording of a musical work, to the collective society authorized under Part VII to collect them; . . .

...

(3) The royalties, once paid pursuant to paragraph (2)(a) or (b), shall be divided so that

(a) the performer or performers receive in aggregate fifty per cent; and

(b) the maker or makers receive in aggregate fifty per cent.

[11] It is common ground between the parties that subsection 19(1) creates two rights: performers and makers of recordings have separate rights to equitable remuneration. The fact that subsection 19(3) provides that, when paid, royalties payable under subsection 19(2) are to be divided equally between performers and makers does not mean that they have a single right to remuneration.

[12] The issue in dispute is whether the reasons of the Board indicate that it allocated the royalties on the erroneous view that performers and makers have only one right to remuneration. SOCAN took the position that, properly read, the reasons of the Board provide no support for the view advanced by NRCC that, when allocating the royalties between SOCAN and NRCC, the Board forgot that makers had their own separate right to remuneration. Since I have concluded that the Board did not interpret subsection 19(1) as creating a single right to remuneration for performers and makers, and the parties agree that subsection 19(1) creates two separate rights, I need not consider the standard of review applicable to the Board's interpretation of this provision.

19. (1) Sous réserve de l'article 20, l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication—à l'exclusion de toute retransmission—de l'enregistrement sonore publié.

(2) En vue de cette rémunération, quiconque exécute en public ou communique au public par télécommunication l'enregistrement sonore publié doit verser des redevances:

a) dans le cas de l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale, à la société de gestion chargée, en vertu de la partie VII, de les percevoir;

[. . .]

(3) Les redevances versées en application de l'alinéa (2)a) ou b), selon le cas, sont partagées par moitié entre le producteur et l'artiste-interprète.

[11] Les parties reconnaissent que le paragraphe 19(1) crée deux droits: l'artiste-interprète et le producteur d'enregistrements ont chacun un droit distinct à une rémunération équitable. Ce n'est pas parce que le paragraphe 19(3) dispose que les redevances versées en application du paragraphe 19(2) sont partagées par moitié entre le producteur et l'artiste-interprète que ces derniers ont un seul et même droit à une rémunération.

[12] La question en litige est de savoir s'il ressort des motifs de la Commission qu'elle a réparti les redevances en supposant à tort que l'artiste-interprète et le producteur ont un seul et même droit à une rémunération. Selon la SOCAN, si on les interprète correctement, les motifs de la Commission n'appuient pas la prétention de la SCGDV selon laquelle, lorsqu'elle a réparti les redevances entre la SOCAN et la SCGDV, la Commission a oublié que le producteur avait un droit distinct à une rémunération. Puisque j'ai conclu que la Commission n'a pas tenu pour acquis que le paragraphe 19(1) conférait à l'artiste-interprète et au producteur un seul et même droit à une rémunération, et comme les parties conviennent que ce paragraphe crée deux droits distincts, il est inutile de se pencher sur la norme de contrôle applicable à l'interprétation de cette disposition par la Commission.

[13] Counsel for NRCC correctly pointed out that in *Tariff 17* the Board justified allocating the royalties equally between SOCAN and NRCC by relying on its decision in *Tariff 1.A*. Thus, the Board said in *Tariff 17* (at page 78):

For reasons outlined in earlier decisions, the Board finds that all things being equal, authors and composers should get the same as performers and makers.

In relying on *Tariff 1.A*, counsel argued, the Board erred in law in *Tariff 17* for two reasons: *Tariff 1.A* was wrongly decided or, if it was correct, it was inapplicable to *Tariff 17*.

(i) *Tariff 1.A* was wrongly decided

[14] Although no application for judicial review was ever made, counsel for NRCC submitted that the decision in *Tariff 1.A* is legally erroneous because it is based on the view that the performers and makers of recorded music have only one right to remuneration. He supported his argument by referring the Court to passages in the Board's reasons in that case (especially at pages 377-378) where, in discussing the relative value of the contributions by various rights holders, the Board spoke only of authors and performers. The omission of any mention of the makers of recordings indicates, counsel argued, that the Board overlooked the fact that they had a right to equitable remuneration, separate from that of performers, for their contribution to the value of the communication of a recording to the public by telecommunication.

[15] In my view, it would be very surprising if this highly specialized Board made such an elementary error, especially since in *Private Copying*, decided only four months after *Tariff 1.A*, the Board allocated the royalties more or less equally among authors, performers and makers. Indeed, in *Tariff 17* the Board expressly referred (at page 78) to the equal three-way split of the royalties in *Private Copying*.

[13] L'avocat de la SCGDV a fait valoir à juste titre que dans la décision relative au *Tarif 17*, la Commission a réparti les redevances par moitié entre la SOCAN et la SCGDV en se fondant sur la décision rendue relativement au *Tarif 1.A*. Dans sa décision relative au *Tarif 17*, la Commission a donc affirmé (à la page 78):

Pour les raisons indiquées dans des décisions antérieures, la Commission estime que toute chose étant égale, les auteurs et les compositeurs doivent obtenir la même chose que les interprètes et les producteurs.

L'avocat a fait valoir que, en s'appuyant sur la décision relative au *Tarif 1.A*, la Commission a commis une erreur de droit et ce, pour deux raisons: la décision relative au *Tarif 1.A* était erronée ou, si elle ne l'était pas, elle ne pouvait être prise en considération dans l'affaire relative au *Tarif 17*.

(i) La décision relative au *Tarif 1.A* est erronée

[14] Bien qu'elle n'ait fait l'objet d'aucune demande de contrôle judiciaire, l'avocat de la SCGDV a prétendu que la décision relative au *Tarif 1.A* était erronée en droit, la Commission ayant tenu pour acquis que l'artiste-interprète et le producteur de musique enregistrée n'ont qu'un seul droit à une rémunération. Il a invoqué à l'appui certains extraits des motifs de la Commission dans cette affaire (en particulier aux pages 377 et 378) où, se penchant sur l'importance relative de la contribution de chacun des différents titulaires de droits, la Commission ne parle que des compositeurs et des artistes-interprètes. Selon l'avocat, l'absence de toute mention des producteurs d'enregistrements indique que la Commission a fait fi de leur droit à une rémunération équitable, un droit distinct de celui des artistes-interprètes, en contrepartie de leur contribution à la valeur de la communication au public par télécommunication d'un enregistrement.

[15] J'estime qu'il serait très étonnant qu'un organisme aussi spécialisé que la Commission commette une erreur aussi fondamentale, surtout que, dans la décision relative à la copie privée, rendue seulement quatre mois après celle relative au *Tarif 1.A*, elle a réparti les redevances à parts plus ou moins égales entre les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs. En effet, dans la décision relative au *Tarif 17*, la

[16] In any event, I am not persuaded that it can be inferred from the extracts to which counsel directed our attention that in *Tariff 1.A* the Board was of the view that there was a single statutory right to remuneration under subsection 19(1) and that makers did not have a right of their own.

[17] As counsel for SOCAN pointed out, the reasons in both *Tariff 1.A* and *Tariff 17* expressly refer to both performers and makers, including a sentence in the paragraph immediately preceding the passage in *Tariff 1.A* (at page 377) on which counsel for NRCC so heavily relied as evidence that the Board thought that subsection 19(1) created only one right. Without detailing all the references to makers and performers in *Tariff 1.A*, I would note the Board's statement (at page 371) that "royalties should account for the rights of both makers and performers" (the emphasis is mine) as clearly indicating that the Board did not regard them as having a single right in which the makers' right to remuneration was somehow subsumed under that of the performers.

[18] Reviewing the reasons as a whole given in both *Tariff 1.A* and *Tariff 17*, I am not satisfied that in either case the Board thought that subsection 19(1) created a single right to remuneration for the performers and makers of recorded music. Rather, the Board was of the view that, in the contexts of those cases (communication rights), unlike that of *Private Copying* (a reproduction right), an equal division of the royalties between SOCAN and NRCC was appropriate.

[19] Moreover, the Board may not always refer separately in its reasons to performers and makers because it does not have to determine how to share the

Commission renvoie expressément (à la page 78) au partage des redevances en trois parts égales établi dans la décision relative à la copie privée.

[16] Quoi qu'il en soit, je ne suis pas persuadé que l'on puisse inférer des extraits de la décision relative au *Tarif 1.A* cités par l'avocat que la Commission a supposé que le paragraphe 19(1) conférerait un seul droit à une rémunération et que le producteur n'avait pas un droit distinct.

[17] Comme l'a signalé l'avocat de la SOCAN, la décision relative au *Tarif 1.A* et celle relative au *Tarif 17* renvoient expressément aux artistes-interprètes et aux producteurs, y compris dans une phrase du paragraphe précédant immédiatement l'extrait de la décision relative au *Tarif 1.A* (à la page 377) sur lequel l'avocat de la SCGDV a tant insisté pour établir que, selon la Commission, le paragraphe 19(1) ne créait qu'un seul droit. Sans donner le détail de tous les renvois aux producteurs et aux artistes-interprètes dans la décision relative au *Tarif 1.A*, je fais remarquer que l'énoncé de la Commission (à la page 371) selon lequel «les redevances devraient tenir compte tant des droits des producteurs que de ceux des artistes-interprètes» (non souligné dans l'original) indique clairement que la Commission n'a pas considéré qu'ils avaient un seul et même droit à une rémunération et que le droit des producteurs était en quelque sorte compris dans celui des artistes-interprètes.

[18] Après examen de la décision relative au *Tarif 1.A* et de celle relative au *Tarif 17* dans leur ensemble, je ne suis pas convaincu que dans l'un ou l'autre des cas, la Commission croyait que le paragraphe 19(1) créait un droit unique à une rémunération au bénéfice des artistes-interprètes et des producteurs de musique enregistrée. La Commission était plutôt d'avis que dans ces affaires portant sur des droits de communication, et non sur un droit de reproduction comme dans l'affaire relative à la copie privée, la répartition des redevances par moitié entre la SOCAN et la SCGDV était appropriée.

[19] En outre, la Commission peut ne pas toujours renvoyer séparément aux artistes-interprètes et aux producteurs dans ses motifs parce qu'elle n'a pas à

royalties between these two rights-holders. Subsection 19(3) effects an automatic equal division between performers and makers when the royalties are paid.

(ii) Tariff 1.A is distinguishable

[20] Counsel for NRCC submitted that, even if *Tariff 1.A* is itself unimpeachable, the Board erred in relying on it to support its decision in *Tariff 17* because the issues in the two cases were quite different. In particular, he said, *Tariff 1.A* was not a royalties allocation case, but one in which the Board had to determine the economic value of the contributions of NRCC's members to the value of the broadcasting of musical recordings for the purpose of assessing the total amount of the royalties payable by commercial radio stations for communicating recordings to the public.

[21] Thus, counsel for NRCC argued, in *Tariff 1.A* the Board fixed the royalty payable to NRCC by reference to the royalty that it already approved for SOCAN and decided that it should be the same. In *Tariff 17*, on the other hand, the Board first fixed the total royalty and then, relying on *Tariff 1.A*, allocated it equally between SOCAN and NRCC.

[22] I am not persuaded that the Board erred in law in *Tariff 17* when it relied on its previous decision in *Tariff 1.A*. A specialized administrative tribunal, such as the Board, is surely entitled to significant deference in the interpretation of its own jurisprudence. How much, I need not decide here. Suffice it to say that I am not persuaded that the Board committed any logical error in applying *Tariff 1.A* to the decision under review.

[23] I agree that *Tariff 1.A* was not an allocation case in the sense that, when NRCC's proposed tariff was considered by the Board, SOCAN's royalty had already

décider de la répartition des redevances entre ces deux catégories de titulaires de droits. Le paragraphe 19(3) opère la répartition automatique des redevances par moitié entre l'artiste-interprète et le producteur.

(ii) Inapplicabilité de la décision relative Tarif 1.A

[20] L'avocat de la SCGDV a fait valoir que même si la décision relative au *Tarif 1.A* est en soi inattaquable, la Commission a eu tort d'en tenir compte pour rendre sa décision relative au *Tarif 17*, les questions soulevées dans les deux affaires étant très différentes. Plus particulièrement, dans la décision antérieure, la répartition des redevances n'était pas en cause, la Commission étant plutôt appelée à décider de la valeur économique de la contribution des membres de la SCGDV à la valeur de la radiodiffusion d'enregistrements de musique afin de déterminer le montant total des redevances payables par les stations de radio commerciales pour la communication au public des enregistrements.

[21] L'avocat de la SCGDV a donc soutenu que, dans l'affaire relative au *Tarif 1.A*, la Commission a décidé des redevances payables à la SCGDV en se fondant sur celles qu'elle avait déjà accordées à la SOCAN et a décidé qu'elles devaient être les mêmes. Or, dans l'affaire relative au *Tarif 17*, la Commission a tout d'abord déterminé le montant total des redevances puis, s'appuyant sur la décision relative au *Tarif 1.A*, elle l'a réparti à parts égales entre la SOCAN et la SCGDV.

[22] Je ne crois pas que, dans la décision relative au *Tarif 17*, la Commission a commis une erreur de droit en se fondant sur la décision relative au *Tarif 1.A*. À titre de tribunal administratif spécialisé, la Commission a certes droit à une grande déférence lorsqu'elle interprète ses propres décisions. Mais point n'est besoin de déterminer le degré de cette déférence en l'espèce. Je ne suis tout simplement pas persuadé que la Commission a fait preuve d'illogisme en s'appuyant sur la décision relative au *Tarif 1.A* pour rendre la décision contestée.

[23] Je conviens que l'affaire relative au *Tarif 1.A* ne portait pas sur la répartition des redevances en ce sens que, lorsque la SCGDV a soumis le projet de tarif à

been fixed. This was not the case in *Tariff 17*, where both the total amount of the royalties payable to SOCAN and NRCC, and the allocation between them, were decided in the same proceeding. However, in *Tariff 1.A* the Board in effect placed a relative value on the contribution of the members of SOCAN and NRCC by approving a royalty payable to NRCC by reference to that payable to SOCAN. As the Board stated in *Tariff 1.A* (at page 378):

. . . there is no reason to believe that the use of sound recordings on radio stations has any greater value than the use of the underlying works.

[24] Indeed, in *Tariff 1.A* the Board identified (at page 377) the central question before it as whether:

. . . to maintain a one-on-one relationship between the neighbouring rights and the authors' rights or to adjust the rate upwards.

Hence, I am not satisfied that the Board was wrong in law to have regarded *Tariff 1.A* as an appropriate analogy when determining the allocation of the royalties in *Tariff 17*. Incidentally, the Board's reference in the above quotation to the term "neighbouring rights" is another indication that it viewed performers and makers as having separate rights.

[25] Finally, counsel for NRCC submitted that the Board's recent decision in *Reproduction of Musical Works (Re)*, [2003] C.B.D. No. 2 (QL) (hereinafter *SODRAC*) undermines the claim of rationality for the Board's position in *Tariff 17* that it could not determine the relative values of the contributions of authors, performers and makers in a communication right by reference to a reproduction right. Counsel submitted that in *SODRAC* the Board decided to value a reproduction right on the basis of a communication right. This, counsel argued, was inconsistent with the Board's decision in *Tariff 17* to disregard evidence submitted on behalf of NRCC relating to reproduction rights, and to value NRCC's communication right in that case by reference only to another communication right case.

l'examen de la Commission, les redevances auxquelles avait droit la SOCAN avaient déjà été établies. Tel n'était pas le cas en l'espèce, le montant total des redevances payables à la SOCAN et à la SCGDV, et leur répartition entre les deux sociétés de gestion ayant été déterminés dans le cadre de la même instance. Toutefois, dans la décision relative au *Tarif 1.A*, la Commission a en effet accordé une valeur relative à la contribution des membres de la SOCAN et de la SCGDV en approuvant les redevances payables à cette dernière par renvoi à celles devant être versées à la SOCAN. Elle a d'ailleurs dit (à la page 378):

[. . .] il n'y a pas de raison de croire qu'à la radio les enregistrements sonores ont une valeur supérieure aux œuvres enregistrées [. . .]

[24] Elle a en fait ajouté (à la page 377) que la principale question à trancher était la suivante:

[. . .] maintenir la parité entre les deux tarifs ou [a]juster le taux à la hausse.

Partant, je ne suis pas convaincu que la Commission a commis une erreur de droit en considérant que l'affaire relative au *Tarif 1.A* était analogue pour les besoins de la répartition des redevances dans l'affaire relative au *Tarif 17*. Incidemment, le fait que la Commission renvoie aux «droits voisins» dans l'extrait susmentionné donne également à penser que, selon elle, artistes-interprètes et producteurs ont des droits distincts.

[25] Enfin, l'avocat de la SCGDV a fait valoir qu'une décision récente—*Reproduction d'œuvres musicales (Re)*, [2003] D.C.D.A. n° 2 (QL) (décision relative à la *SODRAC*)—fait ressortir l'illogisme de la Commission lorsqu'elle affirme, dans sa décision relative au *Tarif 17*, qu'elle ne pouvait pas déterminer la valeur relative de la contribution des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à un droit de communication en fonction d'un droit de reproduction. L'avocat a soutenu que, dans la décision relative à la *SODRAC*, la Commission a décidé d'évaluer un droit de reproduction comme elle l'avait fait pour un droit de communication. Selon lui, cela était incompatible avec la décision de la Commission, dans l'affaire relative au *Tarif 17*, de faire abstraction de la preuve présentée pour le compte de la

[26] I am not at all sure that I agree with counsel's characterization of the Board's reasoning in *SODRAC*, nor with his submission that the two decisions proceed on contradictory bases. In *SODRAC*, the Board was dealing with a claim for a royalty in respect of commercial radio stations' copying of recordings onto their computers before broadcasting them. The Board concluded that, in that context, the value of the reproduction right was only one-third that of the communication right.

[27] In any event, an inconsistency between the reasoning in *SODRAC* and *Tariff 17* would not justify the Court in reviewing for correctness the Board's decision in *Tariff 17* to distinguish between a communication right and a reproduction right for the purpose of the present case: *Domtar Inc. v. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pages 795-797. Nor does *SODRAC* demonstrate that it was patently unreasonable for the Board in *Tariff 17* to have adopted the analysis in *Tariff 1.A.*

(iii) Conclusion

[28] Counsel for NRCC conceded that, but for these alleged errors, the Board's allocation of royalties in *Tariff 17* was not unlawful. Consequently, since in my opinion the Board did not err as alleged by NRCC, I do not agree with NRCC's arguments on Issue 1.

Issue 2: Did the Board err by ignoring NRCC's evidence on the relative values of the contributions made by

SCGDV concernant des droits de reproduction et de déterminer la valeur du droit de communication de la SCGDV, dans cette affaire, en s'appuyant uniquement sur une autre décision portant sur un droit de communication.

[26] Je ne suis pas du tout certain que je puisse être d'accord avec cette interprétation du raisonnement de la Commission dans la décision relative à la *SODRAC*, non plus qu'avec la prétention selon laquelle les deux décisions ont des fondements contradictoires. Dans l'affaire relative à la *SODRAC*, la Commission était saisie d'une demande de versement de redevances pour la reproduction d'enregistrements sur ordinateur, par des stations de radio commerciales, en vue de leur radiodiffusion. La Commission a conclu que, dans ce contexte, la valeur du droit de reproduction équivalait seulement au tiers de la valeur du droit de communication.

[27] De toute manière, même s'il y avait contradiction entre le raisonnement tenu dans la décision relative à la *SODRAC* et celle relative au *Tarif 17*, la Cour ne serait pas justifiée de réviser en fonction de la norme de la décision correcte la décision de la Commission, dans l'affaire relative au *Tarif 17*, de distinguer entre un droit de communication et un droit de reproduction pour les besoins de la présente espèce: *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, aux pages 795 à 797. La décision relative à la *SODRAC* n'établit pas non plus que, dans l'affaire relative au *Tarif 17*, il était manifestement déraisonnable de reprendre l'analyse adoptée dans l'affaire relative au *Tarif 1.A.*

(iii) Conclusion

[28] L'avocat de la SCGDV a reconnu que, abstraction faite des erreurs alléguées, la répartition des redevances dans la décision relative au *Tarif 17* n'était pas contraire à la loi. Par conséquent, comme j'estime que la Commission n'a pas commis ces erreurs, je ne fais pas droit aux prétentions de la SCGDV concernant la première question en litige.

Deuxième question: La Commission a-t-elle eu tort de ne pas tenir compte de la preuve présentée par la

authors, performers and makers to the value of the communication to the public by DPA of recorded music?

[29] Counsel for NRCC submitted that the Board committed a reviewable error by ignoring the evidence adduced by NRCC when it determined the relative contributions of authors on the one hand, and performers and makers on the other, to the value of the communication of recorded music to the public by DPA. In the absence of any other evidence on this issue, counsel argued, the Board's determination should be set aside under paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as based on an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before it.

[30] After referring to the extensive evidence on various commercial aspects of DPA provided by witnesses called on behalf of both SOCAN and NRCC, and by objectors to the proposed tariffs, the Board said (at page 72):

As informative as the evidence provided may have been, and for reasons stated below, the analytical framework and the approach used by the Board to derive the tariff rate make it unnecessary to review this evidence in detail.

As I have already noted, the Board adopted its approach in *Tariff I.A.*, also a communication right decision, and divided the royalties equally between SOCAN and NRCC.

[31] I do not agree that the Board "ignored" NRCC's evidence. It is clear from the Board's reasons that it was very well aware of this evidence. However, having decided that *Tariff I.A.* was an appropriate analogy for *Tariff 17*, the Board simply did not accept NRCC's evidence, which was based largely on the sale of recordings, where the royalty share was for the

SCGDV concernant la contribution relative des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à la valeur de la communication au public par des services sonores payants numériques de musique enregistrée?

[29] L'avocat de la SCGDV a fait valoir que la Commission a commis une erreur ouvrant droit au contrôle judiciaire en faisant fi de la preuve offerte par la SCGDV pour déterminer la contribution relative des auteurs, d'une part, et des artistes-interprètes et des producteurs, d'autre part, à la valeur de la communication au public par des services sonores payants numériques de musique enregistrée. À défaut de tout autre élément de preuve à cet égard, l'avocat a soutenu que la décision de la Commission devait être annulée en application de l'alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, parce qu'elle se fonde sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments versés au dossier.

[30] Après avoir fait état des témoignages détaillés présentés par la SOCAN et la SCGDV, de même que par les opposants aux projets de tarif, concernant les divers aspects commerciaux des services sonores payants numériques, la Commission a dit ce qui suit (à la page 72):

Tout éclairants qu'aient pu être les éléments de preuve présentés, et pour les raisons énoncées ci-dessous, le cadre analytique et la méthode utilisés par la Commission pour en arriver à un taux rendent inutile l'examen détaillé de ces éléments.

Comme je l'ai déjà signalé, telle a été la démarche de la Commission dans l'affaire relative au *Tarif I.A.*, où il était également question d'un droit de communication, et les redevances ont été réparties à parts égales entre la SOCAN et la SCGDV.

[31] J'estime que la Commission n'a pas «fait fi» de la preuve de la SCGDV. Il ressort de ses motifs qu'elle l'a bel et bien prise en considération. Cependant, ayant décidé qu'il y avait lieu de faire une analogie avec l'affaire relative au *Tarif I.A.*, la Commission a tout simplement écarté cette preuve, qui se fondait en grande partie sur la vente d'enregistrements, la quote-part des

reproduction right. In *Tariff 17*, NRCC adduced no evidence on the relative contributions of authors, performers and makers to the value of the right respecting the communication to the public by telecommunication of recorded music.

[32] Since I have concluded that the Board did not commit a reviewable error when it based the allocation of royalties on its commercial broadcasting decision, it was entitled to reject NRCC's evidence in favour of its analysis in *Tariff 1.A.*

Issue 3: Did the Board misuse the discretion conferred by subsection 68(3) of the Copyright Act in certifying a single tariff for SOCAN and NRCC when the parties had submitted separate proposed tariffs for the Board's consideration and did not consent to the certification of a single tariff?

[33] It was agreed that subsection 68(3) of the *Copyright Act* is the provision most directly relevant to determining whether the Board erred in law in this respect.

68. . . .

(3) The Board shall certify the tariffs as approved, with such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto as the Board considers necessary, having regard to

(a) any objections to the tariffs under subsection 67.1(5); and

(b) the matters referred to in subsection (2). [Underlining added.]

Subsection 68(2) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45], referred to in subsection 68(3), provides:

68. . . .

(2) In examining a proposed tariff for the performance in public or the communication to the public by telecommunication of performer's performances of musical

redevances se rattachant dans ce cas au droit de reproduction. Dans l'affaire relative au *Tarif 17*, la SCGDV n'a présenté aucun élément de preuve concernant la contribution relative des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à la valeur du droit afférent à la communication au public par télécommunication de musique enregistrée.

[32] Comme j'estime que la Commission n'a pas commis d'erreur ouvrant droit au contrôle judiciaire en fondant sa répartition des redevances sur sa décision en matière de radiodiffusion commerciale, il lui était loisible de rejeter la preuve de la SCGDV et de privilégier l'analyse sous-jacente à la décision relative au *Tarif 1.A.*

Troisième question: La Commission a-t-elle abusé du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 68(3) de la Loi sur le droit d'auteur en homologuant un seul tarif pour la SOCAN et la SCGDV alors que les parties avaient soumis à son examen des projets de tarif distincts et n'ont pas consenti à l'homologation d'un seul tarif?

[33] Les parties ont convenu que le paragraphe 68(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* est la disposition la plus directement applicable pour décider si la Commission a commis une erreur de droit à cet égard.

68. [. . .]

(3) Elle homologue les projets de tarif après avoir apporté aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires compte tenu, le cas échéant, des oppositions visées au paragraphe 67.1(5) et du paragraphe (2). [Soulignement ajouté.]

Le paragraphe 68(2) [mod. par L.C. 1997, ch 24, art. 45], auquel renvoie le paragraphe 68(3), dispose:

68. [. . .]

(2) Aux fins d'examen des projets de tarif déposés pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication de prestations d'œuvres musicales ou

works, or of sound recordings embodying such performer's performances, the Board

(a) shall ensure that

...

(iii) the payment of royalties by users pursuant to section 19 will be made in a single payment; and

(b) may take into account any factor that it considers appropriate. [Underlining added.]

[34] Although not directly relevant, subsection 66.7(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12] also illustrates the breadth of the adjectival powers that Parliament has conferred on the Board.

66.7 (1) The Board has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its decisions and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

[35] Counsel for NRCC argued that Parliament has not expressly conferred on the Board the power to certify a single tariff when parties have proposed separate tariffs and do not consent to the certification of a single tariff. He submitted that subsection 68(3) is inapplicable because it only empowers the Board to modify the tariffs proposed by the collective societies, with such alterations to the royalties and the terms and conditions related to the royalties as the Board considers necessary. Converting two separate tariffs into a single tariff is not, he submitted, an alteration to the royalties or to the terms and conditions attached to them.

[36] In order to address this issue, I must decide he following three questions.

(i) Mootness

[37] Counsel for CCTA urged the Court not to decide the validity of the single tariff, on the ground that, since Tariff 17 has now expired, the issue is moot. However, the Court has discretion to decide a moot issue when to do so would be in the interests of justice and would make an appropriate use of scarce judicial resources: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R.

d'enregistrements sonores constitués de ces prestations, la Commission :

a) doit veiller à ce que:

[. . .]

(iii) le paiement des redevances visées à l'article 19 par les utilisateurs soit fait en un versement unique;

b) peut tenir compte de tout facteur qu'elle estime indiqué. [Soulignement ajouté.]

[34] Bien qu'il ne soit pas directement applicable, le paragraphe 66.7(1) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12] montre l'étendue des pouvoirs que le législateur a conférés à la Commission sur le plan de la procédure.

66.7 (1) La Commission a, pour la comparution, la prestation de serments, l'assignation et l'interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production d'éléments de preuve, l'exécution de ses décisions et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d'une cour supérieure d'archives.

[35] Selon l'avocat de la SCGDV, le législateur n'a pas expressément investi la Commission du pouvoir d'homologuer un tarif unique lorsque les parties présentent des projets distincts et ne consentent pas à l'homologation d'un seul et même tarif. Aussi, le paragraphe 68(3) serait inapplicable parce qu'il autorise seulement la Commission à modifier le tarif proposé par les sociétés de gestion, et à apporter aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle juge nécessaires. Le regroupement de deux tarifs distincts en un seul n'équivaudrait pas à une modification des redevances ou des modalités afférentes.

[36] Il me faut, pour me prononcer sur ce point, trancher les trois questions suivantes.

(i) Caractère théorique de la question

[37] L'avocat de l'ACTC a exhorté la Cour à ne pas se prononcer sur la validité du tarif unique puisque, le tarif 17 étant maintenant expiré, la question est théorique. Toutefois, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de trancher une question théorique lorsqu'il est dans l'intérêt de la justice de le faire et qu'il s'agit d'une utilisation appropriée de ressources judiciaires limitées:

342.

[38] In my opinion, this is such a case. First, since new tariffs will be proposed and approved from time to time, and CCTA favours a single tariff and NRCC does not, there is a continuing adversarial relationship between CCTA and NRCC on this issue. Second, since the question of whether the Board may certify a single tariff against the wishes of the parties is likely to resurface, it would be an efficient use of resources to decide it now: it is a question of law that has been fully argued in this application; it is of some importance to the Board in this and other proceedings; and it is not fact-specific. Given the procedural or remedial nature of the issue and its ongoing significance for the parties, it is not “political overreaching” for the Court to decide whether the Board may certify a single tariff when two or more have been submitted, even if, on the facts of this case, the question is moot.

(ii) Standard of review

[39] In order to decide if the Board committed an error of law in certifying a single tariff, it is first necessary to apply a pragmatic and functional analysis to determine the standard of review applicable to this aspect of the Board’s decision.

(a) access to the court

[40] The *Copyright Act* contains neither a right of appeal from the Board to the Court, nor a preclusive clause sheltering the Board’s decisions from judicial review. This factor in the functional and pragmatic analysis is therefore neutral on the applicable standard of review: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 27.

(b) relative expertise of the Board on the issue in dispute

[41] This factor requires an assessment of whether the expertise of the administrative agency on the issue in

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342.

[38] J’estime que tel est le cas en l’espèce. Premièrement, comme de nouveaux projets de tarif seront proposés et approuvés de temps à autre et que, contrairement à la SCGDV, l’ACTC privilégie un tarif unique, un différend oppose toujours les deux organismes sur ce point. Deuxièmement, puisque la question de savoir si la Commission peut homologuer un seul tarif contre la volonté des parties est susceptible de se poser à nouveau, ce serait employer efficacement les ressources judiciaires que de la trancher maintenant. Cette question de droit a été dûment plaidée en l’espèce, elle revêt une certaine importance pour la Commission dans la présente affaire ainsi que dans d’autres et elle n’est pas liée aux faits de l’espèce. Comme la question ressortit à la procédure ou à la réparation et qu’elle continuera de revêtir une importance pour les parties, la Cour ne dérogerait pas à sa politique en décidant si la Commission peut homologuer un tarif unique lorsque deux projets ou plus sont soumis à son examen même si, en l’espèce, la question est théorique.

(ii) Norme de contrôle

[39] Pour décider si la Commission a commis une erreur de droit en homologuant un seul tarif, une analyse pragmatique et fonctionnelle s’impose tout d’abord pour déterminer la norme de contrôle applicable à ce volet de la décision.

a) Voie de recours

[40] La *Loi sur le droit d’auteur* ne prévoit aucun droit d’appel devant la Cour à l’égard des décisions de la Commission, et aucune clause privative ne met celles-ci à l’abri d’un contrôle judiciaire. Dans le cadre de l’analyse pragmatique et fonctionnelle, ce facteur est donc neutre quant à la norme de contrôle applicable: *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 27.

b) Expertise relative de la Commission quant à la question en litige

[41] Ce facteur exige que l’on décide si l’expertise de l’organisme administratif en la matière est plus grande

dispute exceeds that of the reviewing court. If it does, a deferential standard of review is indicated. In order to make this assessment, a reviewing court must consider the extent of the expertise of both the agency and the court, and the nature of the problem before the administrative agency.

[42] As for the general scope of the Copyright Board's expertise, it is relevant to note that the Board has no explicit policy-making and legislative powers, but performs its functions on a case-by-case basis. Nonetheless, its function is highly specialized and its subject-matter is of a technical nature. The Board's statutory mandate requires it to set the rates of remuneration payable to the collective societies that represent various copyright holders, and to determine what terms and conditions, if any, should be attached to the royalties. In exercising this broad rate-setting discretion, the Board must balance the competing interests of copyright holders, service providers and the public.

[43] In addition, it is relevant to note that, like other federal regulatory agencies, the Board is an independent specialist administrative tribunal which informs itself through both the evidence adduced and the submissions made on behalf of interested parties at its hearings, and the contributions of its staff.

[44] In contrast, courts have no institutional front-line experience in economic regulation, and lack an understanding of the technical complexity and polycentric policy aspects of the various regulatory contexts in which administrative agencies, including the Copyright Board, operate.

[45] The nature of the problem before the Board in this case, namely, whether to certify a single tariff in *Tariff 17*, is one of law, since it involves the scope of a procedural or remedial provision in the Board's enabling legislation. More particularly, the question is whether the Board's discretion under subsection 68(3) to certify the tariffs submitted, "with such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto", authorizes the Board to issue one tariff when the parties

que celle de la cour chargée du contrôle. Dans l'affirmative, la déférence s'impose. Pour en décider, la cour doit se pencher sur l'étendue de l'expertise de l'organisme et de la sienne, ainsi que sur la nature de la question dont est saisi l'organisme administratif.

[42] En ce qui concerne l'étendue de l'expertise de la Commission du droit d'auteur en général, il convient de signaler que la Commission n'est pas expressément investie du pouvoir d'adopter des politiques et de légiférer, mais qu'elle statue sur des dossiers individuels. Néanmoins, il s'agit d'un organisme très spécialisé appelé à se prononcer sur des questions techniques. La mission légale de la Commission est de fixer la rémunération payable aux sociétés de gestion représentant les divers titulaires du droit d'auteur et d'arrêter les modalités afférentes, s'il en est. Pour ce faire, elle doit soupeser les intérêts opposés des titulaires du droit d'auteur, des fournisseurs de services et du public.

[43] En outre, il convient de signaler que, à l'instar de tout organisme de réglementation fédéral, la Commission est un tribunal administratif spécialisé indépendant qui tire l'information dont il a besoin de la preuve présentée et des observations formulées à ses audiences pour le compte des intéressés et des recherches effectuées par son personnel.

[44] À l'opposé, les cours de justice n'ont aucune expérience institutionnelle directe de la régulation économique et sont peu familiarisées avec la complexité technique et les aspects politiques polycentriques des différents contextes de réglementation dans lesquels évoluent les organismes administratifs, dont la Commission sur le droit d'auteur.

[45] La nature de la question dont était saisie la Commission en l'espèce, soit homologuer ou non un tarif unique dans la décision relative au *Tarif 17*, est une question de droit parce qu'elle met en cause la portée d'une disposition de nature procédurale ou réparatrice de la loi habilitante de la Commission. Plus particulièrement, la question est de savoir si le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 68(3) d'homologuer un projet de tarif «après avoir apporté aux

submitted two separate tariffs for the Board's consideration and did not consent to the certification of a single tariff.

[46] That this question may well arise in other proceedings before the Board, and that the Board's answer to it in *Tariff 17* is likely to have precedential significance, militate towards review for correctness. On the other hand, unlike the question in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2002] 4 F.C. 3 (C.A.), the disputed provision in this application is not one that a court might have to decide in the context of an action for copyright infringement.

[47] Furthermore, the question concerns the Board's power to grant a remedy of a kind that is unfamiliar in litigation conducted in the courts. I would refer in this context to the well-known passage in *Canada Labour Relations Board et al. v. Halifax Longshoremen's Association et al.*, [1983] 1 S.C.R. 245, at page 255, where Laskin C.J. said:

Even more in fashioning a remedy conferred in such broad terms is the Board's discretion to be respected than when it is challenged as exceeding its jurisdiction to determine whether there has been a breach of a substantive provision of the [*Canada Labour*] Code.

[48] Nonetheless, it may be claimed that the question at issue in the present case should be characterized as "jurisdictional" precisely because it concerns the interpretation of a grant of statutory remedial discretion. It is the kind of provision that, in the words of Beetz J. in *Syndicat des employés de production du Québec et l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, at page 420 (*l'Acadie*), "describes, lists and limits the powers of an administrative tribunal", and hence attracts review on a standard of correctness.

[49] Indeed, in *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation*

redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires» autorise la Commission à établir un tarif lorsque les parties ont soumis à son examen deux projets distincts et n'ont pas consenti à l'homologation d'un tarif unique.

[46] Le fait que la question est susceptible de se poser à nouveau dans d'autres instances devant la Commission et que son règlement dans la décision relative au *Tarif 17* est susceptible de faire jurisprudence milite en faveur de la norme de la décision correcte. Par contre, contrairement à la question en litige dans *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2002] 4 C.F. 3 (C.A.), l'interprétation de la disposition en cause en l'espèce n'est pas une question qu'une cour de justice pourrait avoir à trancher dans le contexte d'une action en violation du droit d'auteur.

[47] En outre, la question touche le pouvoir de la Commission d'accorder une réparation étrangère à celles qu'accorde une cour de justice. Je cite à cet égard l'extrait bien connu de l'arrêt *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Association des débardeurs d'Halifax et autres*, [1983] 1 R.C.S. 245, à la page 255, où le juge en chef Laskin dit:

Dans l'élaboration d'un redressement autorisé en des termes aussi généraux, le pouvoir discrétionnaire du Conseil doit être respecté encore plus lorsque le Conseil est contesté pour avoir excédé son pouvoir de décider s'il y a eu violation d'une disposition importante du Code [canadien du travail].

[48] Quoi qu'il en soit, l'on peut soutenir que la question en litige dans la présente affaire doit être considérée comme une question de «compétence» précisément parce qu'elle a trait à l'interprétation de l'octroi, par le législateur, du pouvoir discrétionnaire de réparation. Il s'agit du genre de disposition qui, pour reprendre les termes employés par le juge Beetz dans *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, à la page 420 (*l'Acadie*), «décrit, énumère et limite les pouvoirs d'un tribunal administratif» et qui, de ce fait, commande l'application de la norme de la décision correcte.

[49] En effet, dans *Société des droits d'exécution du Canada Ltée c. Société Radio-Canada* (1986), 7 C.P.R.

(1986), 7 C.P.R. (3d) 433 (F.C.A.) (*Performing Rights*), it was held that whether the predecessor of the Copyright Board, on the basis of statutory provisions somewhat different from those now in force, could merge two tariffs submitted by the applicant was a jurisdictional question, which the Board was found to have decided correctly.

[50] In my opinion, however, a lot of water has gone under the judicial review bridge since Beetz J. formulated the test in *l'Acadie, supra*, for determining which provisions of an enabling statute an administrative agency must interpret correctly if its decision is to withstand judicial review for jurisdictional error when protected by a strong preclusive clause. See, for example, *Professional Association of Foreign Service Officers v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 162; [2003] F.C.J. No. 483 (C.A.) (QL), at paragraph 11 (*per Strayer J.A.*).

[51] That a statutory provision comfortably seems to fit the description of one that “describes, lists and limits the powers of an administrative tribunal” is no longer conclusive of the standard of review, even when the scope of a tribunal’s remedial powers is at issue. For the following reasons, resort to the language of jurisdiction as used in *l'Acadie, supra*, no longer enables a reviewing court to avoid a pragmatic and functional analysis in order to determine the standard of review.

[52] First, the *l'Acadie* test for identifying “jurisdictional” provisions in an agency’s statute predates the emergence of the pragmatic and functional approach for determining the standard of review first propounded in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, by Beetz J., four years after he wrote the reasons for judgment of the Court in *l'Acadie*. In my view, there is a logical incompatibility between a pragmatic and functional analysis for determining the appropriate standard of review, and a formalistic approach that purports to identify certain statutory

(3d) 433 (C.A.F.) (arrêt relatif aux *Droits d'exécution*), la Section d’appel a statué que la question de savoir si, sur le fondement de dispositions législatives quelque peu différentes de celles actuellement en vigueur, l’organisme auquel a succédé la Commission du droit d’auteur pouvait fusionner deux projets de tarif présentés par la partie demanderesse, était une question de compétence et que la Commission l’avait tranchée correctement.

[50] À mon sens, toutefois, la jurisprudence a considérablement évolué en matière de contrôle judiciaire depuis que le juge Beetz a énoncé, dans l’arrêt *l'Acadie*, le critère permettant de déterminer quelles dispositions de sa loi habilitante un organisme administratif doit interpréter correctement pour que sa décision échappe au contrôle judiciaire demandé sur le fondement d’une erreur de compétence en présence d’une clause privative non équivoque. Voir par exemple *Assoc. professionnelle des agents du Service extérieur c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 162; [2003] A.C.F. n° 483 (C.A.) (QL), au paragraphe 11 (le juge Strayer).

[51] Le fait qu’une disposition législative puisse être assimilée sans difficulté à une disposition «qui décrit, énumère et limite les pouvoirs d’un tribunal administratif» n’est plus déterminant quant à la norme de contrôle applicable, même lorsque l’étendue du pouvoir de réparation d’un tribunal est en cause. Pour les raisons qui suivent, l’emploi de termes propres à la délimitation de la compétence selon l’arrêt *l'Acadie* ne permet plus à la cour chargée du contrôle de se soustraire à l’analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable.

[52] Premièrement, le critère dégagé dans cet arrêt pour circonscrire les dispositions de la loi habilitante délimitant la compétence d’un organisme est antérieur à l’adoption de l’analyse pragmatique et fonctionnelle comme moyen de déterminer la norme de contrôle applicable. Cette analyse a été mise de l’avant par le juge Beetz dans *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, quatre ans après qu’il eut rédigé les motifs de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *l'Acadie*. Selon moi, il y a incompatibilité logique entre le recours à l’analyse pragmatique et fonctionnelle pour

provisions as attracting correctness review because they describe, define or limit the powers of an administrative agency. The fact of the matter is that every statutory provision that prescribes the circumstances that must exist, or be taken into account, before an agency decides a matter or takes some action can be said to describe, define or limit its powers.

[53] Second, in cases decided after *Bibeault*, the Supreme Court of Canada has indicated that a specialist agency's interpretation of its remedial powers is not necessarily reviewable on a correctness standard: see especially, *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, and *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793 (*CUPE, Local 301*).

[54] However, unlike the labour boards under review in *Royal Oak Mines* and *CUPE, Local 301*, the Copyright Board's decisions are not protected by a preclusive clause. Nonetheless, the grant of discretion to the Board to certify a tariff as approved, with such alterations to the royalties and the terms and conditions attached thereto as it considers necessary, is unusually broad. The matters to which the Board is to have regard in considering the exercise of the power conferred by subsection 68(3) include those referred to in subsection 68(2), which, for NRCC tariffs, include "any factor that [the Board] considers appropriate": paragraph 68(2)(b). The unusual breadth of the Board's statutory discretion indicates a legislative intention that the Board's view of its scope should be given deference: *Dr. Q, supra*, at paragraph 31.

[55] Third, to the extent that the Supreme Court of Canada continues to have regard to a statutory provision's "jurisdictional" nature in the *l'Acadie, supra*,

déterminer la norme de contrôle applicable et l'adoption d'une démarche formaliste visant à circonscrire certaines dispositions législatives justifiant un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte parce qu'elles décrivent, énumèrent ou limitent les pouvoirs d'un organisme administratif. Le fait est que toute disposition législative précisant les conditions devant être réunies ou prises en considération pour qu'un organisme rende une décision ou prenne une mesure peut être considérée comme décrivant, énumérant ou limitant les pouvoirs de l'organisme.

[53] Deuxièmement, dans des arrêts postérieurs à *Bibeault*, la Cour suprême du Canada a indiqué que l'interprétation, par un organisme spécialisé, de ses pouvoirs de réparation n'ouvre pas nécessairement droit à un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte: voir en particulier *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369 et *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793 (*SCFP, section locale 301*).

[54] Or, contrairement à celles des organismes visés par la demande de contrôle judiciaire dans *Royal Oak Mines* et *SCFP, section locale 301*, les décisions de la Commission du droit d'auteur ne sont pas protégées par une clause privative. Néanmoins, la portée du pouvoir discrétionnaire accordé à la Commission pour homologuer un projet de tarif après avoir apporté aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires, est inhabituellement large. Les éléments dont la Commission doit tenir compte pour décider d'exercer ou non le pouvoir conféré au paragraphe 68(3) comprennent ceux mentionnés au paragraphe 68(2), ce qui, pour les besoins des tarifs de la SCGDV, englobe «tout facteur [que la Commission] estime indiqué»: alinéa 68(2)b). L'étendue inhabituelle du pouvoir discrétionnaire dont la loi investit la Commission traduit l'intention du législateur que les décisions de la Commission concernant l'étendue de ce pouvoir appellent la déférence: *Dr Q, précité*, au paragraphe 31.

[55] Troisièmement, lorsque, pour décider de la norme de contrôle applicable, la Cour suprême du Canada tient compte du fait qu'une disposition législative touche à la

sense when determining the standard of review, it is only as one part of one factor of the pragmatic and functional analysis, namely the nature of the problem before the agency: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraphs 22 and 24.

[56] Taking into account both the relative expertise of the Board and the Court, and the nature of the problem before it, I have concluded that the Board is better placed than the Court to determine if its powers include the certification of a single tariff when the parties have neither submitted, nor consented to one. This is not a question of law that is relevant to copyright infringement proceedings, but is of a specialized nature that arises in the course of proceedings that Parliament has entrusted to the exclusive jurisdiction of the Board. And, as the Board's reasons in *Tariff 17* indicate, the issue engages the Board's regulatory expertise to a greater extent than any of the general principles of statutory interpretation developed by the courts as the bases on which they interpret legislation.

[57] Thus, the Board explained in its reasons (at pages 85-87) that a single tariff document containing both the amount that service providers must pay to each collective, and one set of terms and conditions, would ease the administrative burden on providers who might otherwise have to consult more than one document to determine both their total liability and the different terms and conditions attaching to the multiple royalties.

[58] The Board considered NRCC's objections, but concluded on the basis of the experience with the single tariff that has been in place for retransmission rights, that a single tariff for DPA was unlikely to cause significant problems for NRCC and that the advantages of a single tariff were considerable. Nonetheless, the Board decided not to designate a single agent to collect the royalties, but to leave it to NRCC and SOCAN to reach an agreement on an integrated royalty payment system.

[59] It seems clear to me from the Board's reasons that whether its broad powers over the royalties and the terms

«compétence» au sens de l'arrêt *l'Acadie*, précité, ce n'est que dans le cadre d'un volet de l'un des facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, soit la nature de la question dont est saisi l'organisme: *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, aux paragraphes 22 et 24.

[56] Compte tenu, d'une part, de l'expertise relative de la Commission et de la Cour et, d'autre part, de la nature de la question à trancher, j'arrive à la conclusion que la Commission est plus à même que la Cour de décider si ses pouvoirs lui permettent d'homologuer un tarif unique que les parties n'ont ni proposé ni accepté. Il ne s'agit pas d'une question de droit intéressant une instance en violation du droit d'auteur, mais d'une question de nature technique soulevée dans le cadre d'une instance sur laquelle le législateur a conféré à la Commission une compétence exclusive. Et comme l'indiquent les motifs de la Commission dans l'affaire relative au *Tarif 17*, la question fait intervenir l'expertise de la Commission en matière de réglementation bien plus que les principaux généraux d'interprétation législative établis par les tribunaux.

[57] Ainsi, aux pages 85 à 87 de ses motifs, la Commission explique qu'un tarif unique fixant le montant que les fournisseurs de services doivent verser à chacune des sociétés de gestion et renfermant un seul ensemble de conditions afférentes facilitera la tâche aux fournisseurs qui, autrement, pourraient devoir consulter plus d'un document pour déterminer leur obligation totale et les différentes modalités afférentes aux multiples redevances.

[58] La Commission a examiné les motifs d'opposition de la SCGDV, mais a conclu que, comme pour le cas des droits de retransmission, l'application d'un tarif unique pour les SSPN ne causera pas de difficultés majeures à la SCGDV et que les avantages d'un tarif unique étaient considérables. Toutefois, elle n'a pas désigné un agent unique pour la perception des redevances, mais a plutôt laissé à la SCGDV et à la SOCAN le soin de convenir d'un système de paiement intégré.

[59] Il ressort selon moi des motifs de la Commission que la question de savoir si ses larges pouvoirs en

and conditions attached to them enable it to certify a single tariff is intimately linked to the performance of its statutory functions, including issues of regulatory efficiency and fairness. Although this question has an importance that extends beyond the facts of this case, and is thus likely to have precedential effect, the Board's understanding of the administration of tariffs and of balancing the competing economic interests at stake, is more relevant than any general knowledge of law or legal principles to determining whether subsection 68(3) authorizes the Board unilaterally to certify a single tariff.

[60] Accordingly, the relative expertise of the agency and the reviewing court on the issue in dispute, often described as the most important factor in the pragmatic and functional analysis (see, for example, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraphs 32-33), indicates a legislative intention that the Court should exercise considerable restraint in reviewing the Board's decision to certify a single tariff.

(c) purpose of the statute

[61] This factor in the pragmatic and functional analysis requires a consideration of the purposes of the statutory scheme as a whole, as well as those of the particular provision in dispute. The purpose of the *Copyright Act* as a whole is to ensure that the creators of literary, musical and other works are compensated for others' use of them. More particularly, the provisions of Part VII of the *Copyright Act* establishing a scheme for the collective administration of the various copyrights that may inhere in a particular work are presumably intended to minimize the costs of enforcement. The Act seeks to balance in the public interest the competing claims of producers, users and consumers.

[62] To this end, Parliament established the Copyright Board to administer the scheme by approving royalties and invested it with the powers necessary for it to discharge its regulatory responsibilities in a complex area. Rapid and profound technological developments

matière d'attribution des redevances et d'établissement des modalités afférentes l'autorisent à homologuer un seul tarif est intimement liée à l'exécution de son mandat légal, y compris l'efficacité et l'équité de la régulation. Même si cette question revêt une importance qui déborde du cadre de la présente espèce et que son règlement est donc susceptible de faire jurisprudence, la manière dont la Commission conçoit l'administration des tarifs et la mise en balance des intérêts économiques opposés qui sont en jeu importe davantage que toute connaissance générale du droit ou des principes juridiques pour déterminer si le paragraphe 68(3) autorise l'homologation unilatérale d'un seul tarif.

[60] L'expertise relative de l'organisme et celle de la cour chargée du contrôle à l'égard de la question en litige, souvent considérée comme le facteur le plus important de l'analyse pragmatique et fonctionnelle (voir par exemple *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, aux paragraphes 32 à 33), donne donc à penser que l'intention du législateur était que la Cour fasse preuve d'une grande déférence envers la décision de la Commission de n'homologuer qu'un seul tarif.

c) Objet de la loi

[61] Ce facteur de l'analyse pragmatique et fonctionnelle exige que l'on examine l'objet du régime législatif dans son ensemble de même que celui de la disposition en cause. L'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* dans son ensemble est de faire en sorte que les créateurs d'œuvres littéraires, musicales et autres soient rémunérés pour l'utilisation de leurs œuvres par autrui. Plus particulièrement, les dispositions de la partie VII établissant le cadre de la gestion collective des divers droits d'auteur que confère une œuvre en particulier visent présumément à limiter le coût d'application. La Loi a pour objectif de pondérer, dans l'intérêt public, les intérêts concurrents des producteurs, des utilisateurs et des consommateurs.

[62] C'est pourquoi le législateur a mis sur pied la Commission du droit d'auteur et l'a chargée de l'administration du régime par l'approbation des redevances et lui a conféré les pouvoirs nécessaires pour s'acquitter de ses obligations de régulation dans un

are reshaping the market and require sophisticated regulatory responses in order to ensure that all who contribute value to the recording of a musical work are fairly compensated, and that consumers are not prejudiced. In *Dr. Q, supra*, at paragraph 31, the Supreme Court recently re-emphasized that deference is indicated by a statutory scheme in which a specialized tribunal is granted broad discretion to balance in the public interest competing rights and economic interests.

[63] As for the purpose of subsection 68(3) itself, Parliament presumably intended it to equip the Board with the powers necessary to enable it to implement its decisions in an effective and efficient manner. Hence, it conferred a very wide discretion on the Board to certify royalties, including, in the case of NRCC tariffs, the power to take into account such factors as it considers appropriate. Review on a standard of correctness would be incompatible with these purposes.

(d) conclusion

[64] On the basis of this analysis, I have concluded that whether the Board may unilaterally merge tariffs is not a question that is reviewable on the correctness standard. I have given particular weight to two factors. First, although the question is ultimately one of statutory interpretation, it also concerns the crafting of appropriate remedial or procedural devices. Hence, the question is very much within the area of the expertise of the Board, which enjoys exclusive jurisdiction over the approval of tariffs submitted by collective societies. Second, the statutory discretion conferred on the Board to enable it to perform its functions is very broad.

[65] Finally, the emergence of the pragmatic and functional analysis for determining the standard of review has overtaken the purely “jurisdictional” approach adopted in *Performing Rights, supra*, for

domaine complexe. L'évolution rapide et radicale de la technologie refaçonne le marché et exige la prise de mesures de régulation élaborées afin que tous ceux qui contribuent à la valeur de l'enregistrement d'une œuvre musicale touchent une rémunération équitable et que les consommateurs ne soient pas lésés. Dans *Dr Q, précité*, la Cour suprême du Canada a récemment confirmé (au paragraphe 31) que lorsqu'un tribunal spécialisé est investi d'un grand pouvoir discrétionnaire pour pondérer, dans l'intérêt public, des droits opposés et des droits économiques, ses décisions commandent la déférence.

[63] En ce qui concerne l'objet du paragraphe 68(3) comme tel, l'on peut présumer que le législateur a voulu doter la Commission des pouvoirs nécessaires pour appliquer efficacement ses décisions. Partant, il l'a investie d'un très large pouvoir discrétionnaire dans l'homologation de tarifs de redevances, y compris, dans le cas des tarifs de la SCGDV, du pouvoir de tenir compte de tout facteur qu'elle juge indiqué. Un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte serait incompatible avec ces objectifs.

d) Conclusion

[64] Compte tenu de cette analyse, je conclus que la question de savoir si la Commission peut unilatéralement fusionner deux projets de tarif n'ouvre pas droit au contrôle fondé sur la norme de la décision correcte. J'accorde une importance particulière à deux facteurs. Premièrement, bien qu'il s'agisse en fin de compte d'une question d'interprétation législative, la question soulevée touche également à l'élaboration de mécanismes appropriés en matière de réparation ou de procédure. En conséquence, la question relève tout à fait du domaine d'expertise de la Commission, qui a compétence exclusive pour approuver les projets de tarif que soumettent à son examen les sociétés de gestion. Deuxièmement, le pouvoir discrétionnaire que la loi confère à la Commission pour lui permettre de s'acquitter de son mandat est très étendu.

[65] Enfin, le recours à l'analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable l'a emporté sur la démarche axée purement sur la «compétence» que l'on a privilégiée dans l'arrêt

determining whether the former Copyright Appeal Board had a power to merge tariffs.

[66] On the other hand, courts seem generally reluctant to select patent unreasonableness as the standard of review applicable to the determination of questions of law by adjudicative tribunals that are not protected by a strong preclusive clause. However, I would make an exception in this case and have concluded that patent unreasonableness is the appropriate standard of review. My reasons are as follows.

[67] First, as I have already noted, subsection 68(3) and, in this case, paragraph 68(2)(b) confer the widest possible regulatory discretion on the Board so that it can balance in the public interest the competing economic interests of copyright holders, service providers and consumers. Writing for the majority in *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, at paragraphs 57-58, Binnie J. observed that patent unreasonableness would normally be the appropriate standard for reviewing the exercise of a broad subjective grant of discretion. In this regard, he referred to *Sheehan v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1974), 52 D.L.R. (3d) 728 (Ont. C.A.), where the Board was to “have regard to all such circumstances as it considers relevant”, and, for this reason, would be entitled to “enhanced” deference, that is, its decisions should be reviewed only for patent unreasonableness.

[68] Second, the interpretation of a remedial or procedural power of the Board should be afforded particular latitude because the exercise of the power is integral to a complex regulatory scheme and can have only an indirect and limited effect on individuals’ economic interests.

relatif aux *droits d’exécution* pour décider si l’ancienne Commission d’appel du droit d’auteur avait le pouvoir de fusionner des tarifs.

[66] Par contre, les cours de justice paraissent généralement peu enclines à opter pour le caractère manifestement déraisonnable comme norme de contrôle applicable au règlement d’une question de droit par un tribunal d’arbitrage ne bénéficiant pas d’une clause privative non équivoque. Cependant, je fais une exception en l’espèce et conclus que le caractère manifestement déraisonnable est la norme de contrôle applicable. Voici pourquoi.

[67] Tout d’abord, je le répète, le paragraphe 68(3) et, en l’espèce, l’alinéa 68(2)b), confèrent le pouvoir discrétionnaire le plus large qui soit en matière de régulation, de sorte que la Commission peut, dans l’intérêt public, pondérer les intérêts économiques concurrents des titulaires du droit d’auteur, des fournisseurs de services et des consommateurs. S’exprimant au nom des juges majoritaires dans *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, aux paragraphes 57 et 58, le juge Binnie a fait observer que le caractère manifestement déraisonnable est habituellement la norme qu’il convient d’appliquer pour le contrôle de l’exercice d’un large pouvoir discrétionnaire inféré du libellé de la loi. Il a renvoyé à l’arrêt *Sheehan c. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1974), 52 D.L.R. (3d) 728 (C.A. Ont.), où la Commission devait [TRADUCTION] «tenir compte de toutes les circonstances qu’elle considère pertinentes» et où, pour ce motif, sa décision commandait une déférence «plus grande», c’est-à-dire qu’elle ne pouvait faire l’objet d’un contrôle qu’en fonction de la norme du manifestement déraisonnable.

[68] Deuxièmement, l’interprétation du pouvoir de la Commission en matière de réparation ou de procédure doit comporter une certaine marge de manœuvre, parce que l’exercice du pouvoir fait partie intégrante d’un régime de régulation complexe et ne peut avoir qu’une incidence indirecte et limitée sur les intérêts économiques individuels.

(iii) Is it patently unreasonable to interpret subsection 68(3) as authorizing the Board to merge tariffs?

[69] Although the reasons in *Tariff 17* do not expressly refer to the legal basis of the power to certify a single tariff, the Board presumably assumed that subsection 68(3) provided it with the necessary authority to do so. While the reasons do not explicitly engage in an analysis of the relevant statutory provision, they do provide a cogent explanation of why the Board decided to certify a single tariff. In order to satisfy the Court that it is patently unreasonable to conclude that subsection 68(3) confers on the Board the power to certify a single tariff without the consent of the parties, NRCC must establish that it is obvious that the Board's decision lacks any rational basis. This is a very difficult test for an applicant for judicial review to meet and I am not persuaded that NRCC has succeeded.

[70] First, it is not immediately apparent from the language of the statutory provision that altering the proposed tariffs by certifying a single tariff containing the total royalties payable by DPA providers, and the terms and conditions with which they must comply, cannot rationally be considered to be within the Board's broad discretion to make "such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto as the Board considers necessary". Merging multiple tariffs has the effect of informing DPA providers of their total liability for royalties and of subjecting them to a single set of terms and conditions with which they must comply.

[71] Second, the reasons given by the Board for its decision, namely, lightening the administrative burdens of DPA providers and the absence of any significant prejudice to the collective societies, are rationally related to the Board's discharge of its regulatory function of balancing in the public interest the competing interests of copyright holders and service providers.

[72] Third, while NRCC may find a single tariff inconvenient and may be potentially prejudiced by it, it

(iii) Est-il manifestement déraisonnable de conclure que le paragraphe 68(3) autorise la Commission à fusionner les tarifs?

[69] Même si les motifs de la décision relative au *Tarif 17* ne renvoient pas expressément au fondement légal du pouvoir d'homologuer un seul tarif, la Commission a vraisemblablement supposé que le paragraphe 68(3) lui conférerait ce pouvoir. Dans ses motifs, la Commission ne procède pas explicitement à l'analyse des dispositions législatives applicables, mais elle explique de manière convaincante sa décision d'homologuer un seul tarif. Pour convaincre la Cour qu'il est manifestement déraisonnable de conclure que le paragraphe 68(3) confère à la Commission le pouvoir d'homologuer un seul tarif sans le consentement des parties, la SCGDV doit établir que, de toute évidence, la décision de la Commission n'a aucun fondement rationnel. Il est très difficile, pour l'auteur d'une demande de contrôle judiciaire, de faire une telle preuve, et je ne suis pas persuadé que la SCGDV y est parvenue.

[70] Tout d'abord, à première vue, le libellé de la disposition législative ne permet pas de conclure que modifier le projet de tarif en homologuant un seul tarif établissant le total des redevances payables par les fournisseurs de SSPN, ainsi que les modalités qu'ils doivent observer, ne peut rationnellement être considéré comme ressortissant au large pouvoir discrétionnaire de la Commission d'apporter «aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires». L'existence d'un tarif unique permet aux fournisseurs de SSPN de connaître le montant total des redevances qu'ils doivent verser et les assujettit à un seul ensemble de modalités.

[71] Deuxièmement, les motifs que donne la Commission à l'appui de sa décision, notamment l'allègement des contraintes administratives des fournisseurs de SSPN et l'absence de préjudice important causé aux sociétés de gestion, ont un lien rationnel avec l'accomplissement de sa fonction de régulation qui consiste à pondérer, dans l'intérêt public, les intérêts concurrents des titulaires du droit d'auteur et des fournisseurs de services.

[72] Troisièmement, bien qu'un tarif unique puisse paraître peu commode à la SCGDV et susceptible de lui

does not make some startling inroad into highly prized private legal rights. Indeed, the Board's wide power over the amount and allocation of the royalties payable to copyright holders is far more significant for the interested parties than an ancillary power with respect to the form of the tariff certified.

[73] In any event, if NRCC is adversely affected by the certification of a single tariff in *Tariff 17*, any prejudice is likely to be small. Each tariff is of limited duration and the parties are not thereby required to submit a joint tariff for subsequent years in which they must present common evidence on value, propose a tariff for the same number of years and target the same distributors. Indeed, NRCC has already proposed a separate tariff on behalf of its members in respect of the period starting January 1, 2003.

[74] Further, NRCC will be at liberty to argue before the Board that, in light of any actual or potential difficulties caused by a single tariff, the Board should certify separate tariffs next time. The principle that an agency may not fetter the exercise of its discretion prevents the Board from refusing to consider such submissions on the ground that it is unalterably committed to a single tariff policy.

D. CONCLUSIONS

[75] For these reasons, I would dismiss the application for judicial review with costs payable by NRCC to SOCAN.

LINDEN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

infliger un préjudice, il n'en résulte pas un empiètement excessif sur des droits privés très prisés. En effet, le pouvoir étendu de la Commission de décider du montant et de la répartition des redevances payables aux titulaires du droit d'auteur revêt une importance beaucoup plus grande pour les intéressés que son pouvoir accessoire de décider de la forme du tarif homologué.

[73] De toute manière, si la SCGDV est lésée par l'homologation d'un seul tarif dans la décision relative au *Tarif 17*, le préjudice est minime. Tout tarif a une durée limitée, et les parties ne sont pas tenues de présenter un projet de tarif conjoint pour les années subséquentes et d'offrir une preuve commune concernant la valeur, de prévoir l'application du tarif pendant le même nombre d'années et de cibler les mêmes distributeurs. En fait, la SCGDV a déjà déposé, pour le compte de ses membres, un projet de tarif distinct pour la période débutant le 1^{er} janvier 2003.

[74] De plus, il sera loisible à la SCGDV de préconiser devant la Commission, compte tenu des difficultés actuelles ou éventuelles causées par l'application d'un tarif unique, l'homologation de tarifs distincts. Le principe voulant qu'un organisme ne puisse entraver l'exercice de son pouvoir discrétionnaire empêche la Commission de refuser d'entendre de tels arguments au motif qu'elle a définitivement opté pour l'homologation de tarifs uniques.

D. CONCLUSIONS

[75] Pour ces motifs, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire avec dépens payables par la SCGDV à la SOCAN.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je souscris.