

2010 FCA 348  
A-209-09

2010 CAF 348  
A-209-09

**Sirius Canada Inc.** (*Applicant*)

**Sirius Canada Inc.** (*demanderesse*)

v.

c.

**CMRRA/SODRAC Inc., Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Canadian Satellite Radio Inc. and Neighbouring Rights Collective of Canada** (*Respondents*)

**CMRRA/SODRAC Inc., Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Canadian Satellite Radio Inc. et Société canadienne de gestion des droits voisins** (*défenderesses*)

A-210-09

A-210-09

**CMRRA/SODRAC Inc. (CSI)** (*Applicant*)

**CMRRA/SODRAC Inc. (CSI)** (*demanderesse*)

v.

c.

**Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC), Sirius Canada Inc. and Canadian Satellite Radio Inc.** (*Respondents*)

**Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV), Sirius Canada Inc. et Canadian Satellite Radio Inc.** (*défenderesses*)

**INDEXED AS: SIRIUS CANADA INC. v. CMRRA/SODRAC INC.**

**RÉPERTORIÉ : SIRIUS CANADA INC. c. CMRRA/SODRAC INC.**

Federal Court of Appeal, Sharlow, Dawson and Stratas JJ.A.—Ottawa, September 7, 8 and December 16, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Dawson et Stratas, J.C.A.—Ottawa, 7 et 8 septembre, 16 décembre 2010.

*Copyright — Judicial reviews of Copyright Board of Canada decision certifying royalty tariffs, pursuant to Copyright Act, s. 70.15, payable by Sirius Canada Inc., Canadian Satellite Radio Inc. (XM Canada) in relation to satellite radio services provided — While agreeing that CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) entitled to reproduction royalties, applicants challenging extent of CSI's royalty entitlement — In Sirius application, tariffs at issue imposed in respect of satellite radio receivers with "extended buffer", block recording feature — Meaning of closing words of Act, s. 3 regarding authorization of acts in s. 3(1) examined — Where person authorizing use of equipment that may be used both lawfully, unlawfully to infringe copyright, person presumed to authorize only lawful use of equipment — In circumstances herein, presumption against authorization of infringing act rebutted by degree of control exercised by satellite radio service providers over broadcast content, features included in radio receivers supplied to subscribers — Board not erring when concluding that satellite radio service providers, by supplying subscriber with radio receiver having extended buffer or block recording*

*Droit d'auteur — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur du Canada homologuant des tarifs de redevances en vertu de l'art. 70.15 de la Loi sur le droit d'auteur, payables par Sirius Canada Inc., Canadian Satellite Radio Inc. (XM Canada) à l'égard de leurs services de radio par satellite — Les demanderesse ont reconnu le droit de la CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) de percevoir de redevances pour la reproduction, mais ont contesté l'étendue de ce droit — Dans la demande de Sirius, le tarif en cause est imposé à l'égard des récepteurs de radio par satellite dotés d'une fonction de « tampon prolongé » ou d'une fonction d'enregistrement de blocs de programmation — Examen du sens de la dernière partie de l'art. 3 de la Loi, faisant état du droit d'autoriser les actes mentionnés à l'art. 3(1) — La personne qui autorise l'utilisation d'un appareil pouvant être utilisé de façon licite ou illicite pour violer le droit d'auteur, est présumée n'avoir autorisé que l'utilisation licite de l'appareil — Dans les circonstances de l'espèce, la présomption contre l'autorisation d'un acte de violation est réfutée par le degré de contrôle qu'exercent les fournisseurs de services de radio par*

*feature, authorizing subscriber to copy all broadcast content, including broadcast content subject to copyright — As to CSI application, Board correctly finding that making of copy not complete until copy existing in some material form (Act, s. 3(1)), that electronic copies of works stored in U.S. main server not within Board's jurisdiction, even if copying initiated in Canada — Therefore, Board compelled to conclude having no jurisdiction to impose royalty tariff in relation to authorization of that copying even if authorization taking place in Canada — Applications dismissed.*

These were two applications, one by Sirius Canada Inc. and the other by CMRRA/SODRAC Inc. (CSI), for judicial review of a Copyright Board of Canada decision certifying certain royalty tariffs pursuant to section 70.15 of the *Copyright Act*, payable by Sirius and Canadian Satellite Radio Inc. (XM Canada) in relation to their satellite radio services. The tariffs, as certified, are payable for the use of the repertoires of three collective societies: Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) and CSI. It was undisputed that SOCAN and NRCC were entitled to communication royalties from Sirius and XM Canada and that CSI was entitled to certain reproduction royalties. The two applications challenged the Board's determination of a number of legal issues relating to CSI's royalty entitlement.

The Board set tariffs constituting percentages of the total revenues of Sirius and XM Canada. Two tariff components were at issue in the Sirius application: one imposed in respect of satellite radio receivers with an "extended buffer" and the other imposed in respect of the block recording feature. As for determining the location of the copying of a work, an issue raised by CSI, the Board concluded that, when an electronic copy of a work is transmitted to and stored on the United States main server solely as a result of the act of a person in Canada, the copying occurs in the United States and therefore the Board has no jurisdiction to impose a royalty tariff in respect of that copying.

*satellite sur le contenu de leur radiodiffusion et sur les fonctions incluses dans les récepteurs de radio qu'ils fournissent à leurs abonnés — La Commission n'a pas fait erreur lorsqu'elle a conclu que les fournisseurs de services de radio par satellite, en fournissant à l'abonné un récepteur radio comportant un tampon prolongé ou une fonction d'enregistrement par blocs, autorisaient de ce fait l'abonné à copier tout le contenu radiodiffusé, y compris le contenu assujéti au droit d'auteur — En ce qui concerne la demande de CSI, la Commission a correctement conclu que la réalisation d'une copie n'est pas achevée tant que la copie n'existe pas sous une forme matérielle quelconque (Loi, art. 3(1)), que les copies électroniques d'œuvres stockées dans le serveur principal situé aux États-Unis ne relèvent pas de la compétence de la Commission, même si l'acte de copie a été entrepris au Canada — La Commission n'avait donc d'autre choix que de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour imposer un tarif de redevances relativement à l'autorisation d'effectuer cette copie, même si l'autorisation a été donnée au Canada — Demandes rejetées.*

La Cour devait statuer sur deux demandes de contrôle judiciaire, l'une présentée par Sirius Canada Inc. et l'autre par CMRRA/SODRAC Inc. (CSI), d'une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada homologuant certains tarifs de redevances en vertu de l'article 70.15 de la *Loi sur le droit d'auteur*, payables par Sirius et Canadian Satellite Radio Inc. (XM Canada) à l'égard de leurs services de radio par satellite. Les tarifs homologués doivent être versés pour l'utilisation des répertoires de trois sociétés de gestion : la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) et CSI. Le droit de la SOCAN et de la SCGDV de percevoir des redevances de communication de Sirius et XM Canada n'a pas été contesté, non plus que le droit de la société CSI de recevoir certaines redevances de reproduction. Les deux demandes attaquent la décision de la Commission sur une série de questions juridiques afférentes au droit de CSI de recevoir des redevances.

La Commission a établi les tarifs sous forme de pourcentage des revenus totaux de Sirius et XM Canada. Deux composantes du tarif étaient en cause dans la demande de Sirius : l'une imposée à l'égard des récepteurs de radio par satellite dotés d'une fonction de « tampon prolongé », et l'autre imposée à l'égard d'une fonction d'enregistrement de blocs de programmation. En ce qui concerne la détermination du lieu où une œuvre est copiée, une question soulevée par CSI, la Commission a conclu que lorsqu'une copie électronique d'une œuvre est transmise au serveur principal aux États-Unis et y est stockée uniquement par suite de l'acte posé par une personne au Canada, la copie est produite aux États-Unis. La Commission n'avait donc pas compétence pour imposer un tarif de redevances applicable à cette copie.

The main issue in the Sirius application was whether the Board erred in law in concluding that a satellite radio service provider, by supplying a subscriber with a receiver having an extended buffer or a block recording feature, necessarily authorizes the subscriber to copy works that are subject to copyright. The main issues in the CSI application were whether the Board erred in law in concluding that: it had no jurisdiction to impose a royalty tariff in respect of a copy of a work made in the United States as a direct result of an act taken by XM Canada in Canada; that it had no jurisdiction to impose a royalty tariff in respect of XM Canada's authorization in Canada of the making in the United States of a copy of a work; and that Sirius and XM Canada did not authorize the copying in the United States of any works.

*Held*, the applications should be dismissed.

The resolution of the main issue raised in the Sirius application turned on the meaning to be given to the closing words of section 3 of the Act, which refer to the authorization of any of the acts set out in the opening words of subsection 3(1) or in paragraphs 3(1)(a) to (i). There is a long and consistent line of case law that gives a relatively narrow meaning to the closing words of subsection 3(1) of the Act. Where a person authorizes the use of equipment that may be used lawfully but may also be used unlawfully to infringe copyright, it must be presumed that the person authorized only the lawful use of the equipment. The presumption may be rebutted if the person authorizing the use of equipment is, by virtue of its relationship with the user of the equipment, in a position to control the use of the equipment such that it can be said to have sanctioned any infringement resulting from the use of the equipment. In the present case, satellite radio service providers may be said to authorize their subscribers to use all features of the radio receivers with which they are supplied. It is appropriate that the satellite radio service providers be given, *prima facie*, the benefit of the presumption against the authorization of the use of the receivers to infringe copyright. Whether the presumption had been rebutted had to be determined in this case. The relationship in this case is one of satellite radio service provider and subscriber. The service provider supplies the subscriber with broadcast content and a receiver that must be used to receive the broadcast content. Thus, the subscriber cannot prevent the copying of broadcast content without turning the receiver off or, if the receiver has a block recording feature, by disengaging it. While not all broadcast content is subject to copyright, in practical terms, the use of a satellite radio receiver, as it is intended to be used, will always result in the making of infringing copies because of the technological choices made by satellite radio service providers. Therefore, in the circumstances of this

En ce qui concerne la demande de Sirius, la question était de savoir si la Commission a commis une erreur de droit en concluant que le fournisseur de service de radio par satellite qui met à la disposition d'un abonné un récepteur doté d'une fonction de tampon prolongé ou d'enregistrement par blocs autorise nécessairement cet abonné à copier des œuvres visées par le droit d'auteur. Les principales questions soulevées dans la demande de CSI étaient de savoir si la Commission a commis une erreur de droit en concluant qu'elle n'avait pas compétence pour imposer un tarif de redevances à l'égard de la copie d'une œuvre effectuée aux États-Unis par suite d'un acte accompli directement par XM Canada au Canada; qu'elle n'avait pas compétence pour imposer un tarif de redevances à l'égard de l'autorisation donnée au Canada de faire une copie d'une œuvre aux États-Unis; et que Sirius et XM Canada n'ont autorisé la copie d'aucune œuvre aux États-Unis.

*Arrêt* : les demandes doivent être rejetées.

La réponse à la principale question soulevée par la demande de Sirius dépend du sens à donner à la dernière partie de l'article 3 de la Loi, qui renvoie au droit d'autoriser les actes mentionnés au début du paragraphe 3(1) ou aux alinéas 3(1)(a) à (i). Une jurisprudence abondante et constante donne un sens relativement restreint à la dernière partie du paragraphe 3(1) de la Loi. Lorsqu'une personne autorise l'utilisation d'un appareil qui peut être utilisé dans la légalité, mais dont l'utilisation illicite peut aussi violer le droit d'auteur, il faut présumer que la personne n'a autorisé que l'utilisation licite de l'appareil. La présomption peut être réfutée si la personne qui autorise l'utilisation de l'appareil est en mesure, en raison de sa relation avec l'utilisateur de l'appareil, d'exercer sur l'utilisation de celui-ci un contrôle permettant de conclure qu'elle a sanctionné toute violation du droit d'auteur découlant de l'utilisation de l'appareil. En l'espèce, on peut dire que les fournisseurs de services de radio par satellite autorisent leurs abonnés à utiliser toutes les fonctions des récepteurs radio qui leur sont fournis. Il convient d'accorder de prime abord aux fournisseurs de services de radio par satellite le bénéfice de la présomption contre l'autorisation d'utiliser les récepteurs pour violer le droit d'auteur. La Cour devait décider en l'espèce si la présomption avait été réfutée. En l'occurrence, la relation est celle de fournisseur de service de radio par satellite et d'abonné. Le fournisseur de service offre à l'abonné le contenu de la radiodiffusion et un récepteur qu'il faut utiliser pour capter le contenu radiodiffusé. Ainsi, l'abonné ne peut empêcher la copie du contenu radiodiffusé à moins de mettre le récepteur hors tension ou, si celui-ci est doté d'une fonction d'enregistrement par blocs, de désactiver cette fonction. Tout le contenu de radiodiffusion n'est certes pas assujéti au droit d'auteur, mais, concrètement, le fait d'utiliser un récepteur de radio par satellite selon le mode de fonctionnement prévu entraînera invariablement

case, the presumption against the authorization of an infringing act was rebutted by the degree of control exercised by the satellite radio service providers over their broadcast content and the features included in the radio receivers supplied to their subscribers.

While there were disclaimer-type notices to users in this case, the satellite radio service providers could not realistically have advised their subscribers against making infringing copies because copying was automatic in the case of both types of receivers. Therefore, the Board did not err in law when it concluded that the satellite radio service providers, by supplying a subscriber with a radio receiver having an extended buffer or a block recording feature, authorized the subscriber to copy all broadcast content, including broadcast content that was subject to copyright.

As to the CSI application, the Board correctly found that the making of a copy is not complete until it exists in some material form (subsection 3(1) of the Act) and that the electronic copies of works stored in the United States main server are outside the Board's jurisdiction even if the copying was initiated in Canada. It also correctly concluded that, based on subsection 3(1), the act of authorizing in Canada is not actionable under the Act where the primary infringement occurs outside Canada. Based on the closing words of subsection 3(1), the authorization of a particular act infringes copyright only if the authorized act is itself an act of infringement. Therefore, when the Board concluded correctly that it has no jurisdiction to impose a royalty tariff in relation to the copying of a work located in the United States, it was compelled to conclude that it has no jurisdiction to impose a royalty tariff in relation to the authorization of that copying, even if the authorization took place in Canada.

la réalisation de copies illicites en raison des choix technologiques faits par les fournisseurs de ces services. Par conséquent, dans les circonstances de l'espèce, la présomption contre l'autorisation d'un acte de violation est réfutée par le degré de contrôle qu'exercent les fournisseurs de services de radio par satellite sur le contenu de leur radiodiffusion et sur les fonctions incluses dans les récepteurs de radio qu'ils fournissent à leurs abonnés.

Malgré la présence d'avis d'exonération de responsabilité, les fournisseurs de services de radio par satellite n'auraient pu réalistement mettre en garde leurs abonnés contre la confection de copies violant le droit d'auteur, puisque la copie se faisait automatiquement dans le cas des deux types de récepteurs. En conséquence, la Commission n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'elle a décidé que les fournisseurs de services de radio par satellite, en fournissant à l'abonné un récepteur radio comportant un tampon prolongé ou une fonction d'enregistrement par blocs, autorisaient de ce fait l'abonné à copier tout le contenu radiodiffusé, y compris le contenu assujéti au droit d'auteur.

En ce qui concerne la demande de CSI, la Commission a à bon droit conclu que la réalisation d'une copie n'est pas achevée tant que la copie n'existe pas sous une forme matérielle quelconque (paragraphe 3(1) de la Loi) et que les copies électroniques d'œuvres stockées dans le serveur principal situé aux États-Unis ne relèvent pas de la compétence de la Commission, même si l'acte de copie a été entrepris au Canada. Elle a également correctement conclu que, suivant le paragraphe 3(1), l'acte d'autorisation au Canada ne confère pas de droit d'action en vertu de la Loi lorsque la contrefaçon principale survient à l'extérieur du Canada. Selon la partie finale du paragraphe 3(1), l'autorisation à l'égard d'un acte particulier ne viole le droit d'auteur que si l'acte autorisé constitue lui-même un acte de contrefaçon. Par conséquent, dès lors que la Commission a conclu, à juste titre, qu'elle n'a pas compétence pour imposer un tarif de redevances relativement à la copie d'une œuvre située aux États-Unis, elle devait conclure qu'elle n'a pas compétence pour imposer un tarif de redevances relativement à l'autorisation d'effectuer cette copie, même si l'autorisation a été donnée au Canada.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 "copyright" (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 1), "infringing" (as am. *idem*), "musical work" (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 53), 3 (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1993, c. 23, s. 2, c. 44, s. 55; 1997, c. 24, s. 3), 27(1) (as am. *idem*, s. 15), 70.15 (as enacted *idem*, s. 46).  
*Income Tax Act*, R.C.S., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.6 (as am. by S.C. 2000, c. 30, s. 177).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « contrefaçon » (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 1), « droit d'auteur » (mod., *idem*), « œuvre musicale » (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 53), 3 (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1993, ch. 23, art. 2, ch. 44, art. 55; 1997, ch. 24, art. 3), 27(1) (mod., *idem*, art. 15), 70.15 (édicte, *idem*, art. 46).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231.6 (mod. par L.C. 2000, ch. 30, art. 177)

## CASES CITED

## DISTINGUISHED:

*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, 236 D.L.R. (4th) 395, 30 C.P.R. (4th) 1.

## CONSIDERED:

*eBay Canada Ltd. v. M.N.R.*, 2008 FCA 348, [2010] 1 F.C.R. 145, 330 D.L.R. (4th) 360, 53 B.L.R. (4th) 202.

## REFERRED TO:

*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, 240 D.L.R. (4th) 193, 32 C.P.R. (4th) 1.

APPLICATIONS for judicial review of a Copyright Board of Canada decision (*Satellite Radio Services—SOCAN (2005-2009); NRCC (2007-2010); CMRRA/SODRAC Inc. (2006-2009)*), online: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/20090408-m-b.pdf>>) certifying certain royalty tariffs pursuant to section 70.15 of the *Copyright Act*, payable by Sirius Canada Inc. and Canadian Satellite Radio Inc. in relation to their satellite radio services. Applications dismissed.

## APPEARANCES

*Andrew Reddon* and *Daniel G. C. Glover* for Sirius Canada Inc. (applicant in A-209-09, respondent in A-210-09).

*Colette Matteau* and *David R. Collier* for CMRRA/SODRAC Inc. (applicant in A-210-09, respondent in A-209-09).

*J. Aidan O'Neill* for respondent Canadian Satellite Radio Inc. (in A-209-09 and A-210-09).

No one appearing for respondents Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada and Neighbouring Rights Collective of Canada (in A-209-09 and A-210-09).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*eBay Canada Ltd. c. M.R.N.*, 2008 CAF 348, [2010] 1 R.C.F. 145.

## DÉCISION CITÉE :

*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427.

DEMANDES de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada (*Services de radio par satellite—SOCAN (2005-2009); SCGDV (2007-2010); CMRRA/SODRAC inc. (2006-2009)*), en ligne : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/20090408-m-b.pdf>>) homologuant certains tarifs de redevances en vertu de l'article 70.15 de la *Loi sur le droit d'auteur*, payables par Sirius Canada Inc. et Canadian Satellite Radio Inc. à l'égard de leurs services de radio par satellite. Demandes rejetées.

## ONT COMPARU

*Andrew Reddon* et *Daniel G. C. Glover* pour Sirius Canada Inc. (demanderesse dans le dossier A-209-09, défenderesse dans le dossier A-210-09).

*Colette Matteau* et *David R. Collier* pour CMRRA/SODRAC Inc. (demanderesse dans le dossier A-210-09, défenderesse dans le dossier A-209-09).

*J. Aidan O'Neill* pour la défenderesse Canadian Satellite Radio Inc. (dans les dossiers A-209-09 et A-210-09).

Personne n'a comparu pour les défenderesses Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique et Société canadienne de gestion des droits voisins (dossiers A-209-09 et A-210-09).

## SOLICITORS OF RECORD

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for applicant Sirius Canada Inc. (applicant in A-209-09, respondent in A-210-09).

*Matteau Poirier Avocats Inc.* and *Ogilvy Renault LLP*, Montréal, for CMRRA/SODRAC Inc. (applicant in A-210-09, respondent in A-209-09).

*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Ottawa, for respondent Canadian Satellite Radio Inc. (in A-209-09 and A-210-09).

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

[1] SHARLOW J.A.: These are two applications for judicial review of a decision of the Copyright Board of Canada [Board] dated April 8, 2009 (corrected May 6, 2009). The decision, reported as *Satellite Radio Services—SOCAN (2005-2009); NRCC (2007-2010); CMRRA/SODRAC Inc. (2006-2009)*, certified certain royalty tariffs pursuant to section 70.15 [as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 46] of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, payable by Sirius Canada Inc. (Sirius) and Canadian Satellite Radio Inc. (XM Canada) in relation to their satellite radio services.

[2] The tariffs as certified are payable for the use of the repertoires of three collective societies: Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) for the communication of musical or dramatico-musical works (2005–2009); Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) for the communication of published sound recordings embodying musical works and performers' performances of such works (2007–2010); and CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) for the reproduction of musical works (2006–2009).

[3] It was undisputed before the Board that SOCAN and NRCC were entitled to communication royalties from Sirius and XM Canada, the only dispute being the

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour la demanderesse Sirius Canada Inc. (demanderesse dans le dossier A-209-09, défenderesse dans le dossier A-210-09).

*Matteau Poirier Avocats Inc.* et *Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour CMRRA/SODRAC Inc. (demanderesse dans le dossier A-210-09, défenderesse dans le dossier A-209-09).

*Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour la défenderesse Canadian Satellite Radio Inc. (dans les dossiers A-209-09 et A-210-09).

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : La Cour doit statuer sur deux demandes de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada [la Commission] rendue le 8 avril 2009 (corrigée le 6 mai 2009). Dans cette décision, répertoriée sous l'intitulé *Services de radio par satellite—SOCAN (2005-2009); SCGDV (2007-2010); CMRRA/SODRAC inc. (2006-2009)*, la Commission a homologué, en vertu de l'article 70.15 [édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 46] de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, certains tarifs de redevances payables par Sirius Canada Inc. (Sirius) et Canadian Satellite Radio Inc. (XM Canada) relativement à leurs services de radio par satellite.

[2] Les tarifs homologués doivent être versés pour l'utilisation des répertoires de trois sociétés de gestion : la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) pour la communication d'œuvres musicales ou dramatico-musicales (2005-2009); la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) pour la communication d'enregistrements sonores publiés constitués d'œuvres musicales et de prestations de ces œuvres (2007-2010); CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) pour la reproduction d'œuvres musicales (2006-2009).

[3] Le droit de la SOCAN et la SCGDV de percevoir des redevances de communication de Sirius et de XM Canada n'a pas été contesté devant la Commission,

amount. It was also undisputed that CSI was entitled to certain reproduction royalties, but the extent of its entitlement was in dispute. The present applications, one by Sirius (A-209-09) and the other by CSI (A-210-09), challenge the Board's determination of a number of legal issues relating to the royalty entitlement of CSI. The applications were heard together. These reasons address both applications.

### Facts

[4] The specific facts relating to each of the issues raised in these applications are set out with the analysis of each issue. The general background relating to the satellite radio services offered by Sirius and XM Canada during the years relevant to these applications is described by the Board in paragraphs 8 to 26 of its decision. The accuracy of that description is undisputed and it is reproduced here (footnotes omitted):

The satellite radio services industry originated in the United States. XM Satellite Radio (XM) launched its operation on September 25, 2001 and Sirius Satellite Radio (Sirius U.S.) launched its operation on July 1, 2002. They were the first and remain the largest operators in the world.

XM uses two high-powered geostationary satellites that rotate in synchronization with the earth and provide blanket coverage of the entire U.S. mainland and southern Canada.

Sirius uses three satellites that move around the earth in an elliptical orbit. These satellites are called geosynchronous and orbit above the equator for 16 hours a day and below the equator for 8 hours permitting the satellite to sleep and conserve energy.

The multiplex signal sent by satellite to the mobile receivers is encrypted so that only those receivers equipped with a decryption key which permits the unscrambling of the signal can receive and play the signal.

la seule question en litige portant sur le montant des redevances. Il n'a pas non plus été contesté que la société CSI a droit de recevoir certaines redevances de reproduction, mais l'étendue de ce droit est en litige. Les demandes en l'espèce, introduites respectivement par Sirius (A-209-09) et CSI (A-210-09), attaquent la décision de la Commission sur une série de questions juridiques afférentes au droit de CSI de recevoir des redevances. Les deux demandes ont été instruites ensemble. Les présents motifs visent à la fois l'une et l'autre.

### Les faits

[4] Les faits particuliers à chacune des questions soulevées en l'espèce sont exposés parallèlement à l'analyse de chaque question. Le contexte général dans lequel s'inscrivent les services de radio par satellite offerts par Sirius et XM Canada au cours des années en cause dans les présentes demandes est décrit aux paragraphes 8 à 26 de la décision de la Commission. L'exactitude de cette description, reproduite ci-dessous (les renvois étant omis), n'est pas contestée :

L'industrie des services de radio par satellite a pris naissance aux États-Unis. XM Satellite Radio (XM) a commencé ses opérations le 25 septembre 2001 et Sirius Satellite Radio (Sirius U.S.), le 1<sup>er</sup> juillet 2002. Ces entreprises ont été les premières et demeurent les plus importantes du monde dans ce domaine.

XM utilise deux satellites géostationnaires de grande puissance dont l'orbite autour de la terre est en phase et qui procurent une couverture englobant toute la partie continentale des États-Unis et le sud du Canada.

Sirius utilise trois satellites qui circulent autour de la terre selon une orbite elliptique. Ces satellites sont appelés géosynchrones et sont placés en orbite au-dessus de l'équateur durant 16 heures par jour et sous celui-ci, pour les autres 8 heures, permettant ainsi au satellite d'entrer en état de veille et de conserver de l'énergie.

Le signal multiplex transmis par satellite aux récepteurs mobiles est codé de telle sorte que seuls les récepteurs munis d'une clé de déchiffrement permettant de débrouiller le signal peuvent le recevoir et le jouer.

The American services were able to expand into Canada by forming exclusive partnerships with Canadian corporations. On June 16, 2005, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) issued broadcasting licences to [XM Canada] and Sirius to offer satellite radio services across Canada. [XM Canada] launched its operation on November 22, 2005 and Sirius on December 1, 2005.

At the end of 2004, XM reported over 3.2 million subscribers, and Sirius U.S. had reached the one million subscriber level. At the time of the hearing, Sirius and [XM Canada] had 200,000 and 120,000 subscribers respectively. By the summer of 2008, those numbers had increased to 750,000 and 440,000. Satellite radio services quickly penetrated the market. It took Sirius U.S. 3.6 years to have 5,000,000 units in the hands of American customers, while DVDs took 2.5 years to reach the same amount, MP3 players 4.8 years, cellular phones 10 years and satellite television 10.6 years.

For our purposes, the infrastructure and operations of the two American services, on which the Canadian services rely, are fairly similar. In order to provide an uninterrupted radio broadcast service, the U.S. satellite services augment their satellite signal through the use of a network of ground transmitters. This technique, which is said to create “space diversity”, prevents signal dropouts. With this combined infrastructure, the satellite services are able to deliver all of their programming to all subscribers, regardless of their location in North America at the time of reception.

In terms of programming content, although each satellite service has developed its own micro-niche programming, both offer a large selection of commercial-free music channels covering a wide range of genres as well as channels of news, children’s programs, sports, comedy, talk and traffic. Additionally, a subscription to the satellite services offers the following innovative features: text display providing artists’ name, songs’ title, scores, stock quotations, a tagging mechanism alerting listeners when a song or an artist is playing on another channel, temporary and permanent recording options, pause and replay of live radio content, Internet service delivery of some audio channels over the Web as a streaming service as well as allowing the receiver to be used as a MP3 player.

Programming of the U.S. services is created and delivered using a content management system (CMS) located at their main broadcast studio. The objective of this system is to store once and deliver many times.

L’expansion des services américains chez nous a été rendue possible par la formation de coentreprises exclusives avec des sociétés canadiennes. Le 16 juin 2005, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a délivré à [XM Canada] et Sirius des licences de radiodiffusion pour offrir des services de radio par satellite partout au Canada. [XM Canada] a commencé ses opérations le 22 novembre 2005 et Sirius, le 1<sup>er</sup> décembre 2005.

À la fin de 2004, XM déclarait plus de 3,2 millions d’abonnés, et Sirius U.S. avait atteint le plateau du million d’abonnés. Lors de l’audience, Sirius et [XM Canada] avaient respectivement 200 000 et 120 000 abonnés. À l’été 2008, ces chiffres avaient augmenté à 750 000 et 440 000. Les services de radio satellitaire ont connu une pénétration rapide du marché. Il aura fallu 3,6 années à Sirius U.S. pour placer 5 000 000 d’unités entre les mains de clients américains, alors que le DVD a atteint le même nombre en 2,5 années, le lecteur MP3 en 4,8 années, le téléphone cellulaire en 10 années et la télévision par satellite en 10,6 années.

Pour les besoins de l’espèce, l’infrastructure et l’exploitation des deux services américains, sur lesquels les services canadiens reposent, sont assez semblables. De façon à fournir un service radio ininterrompu, les services américains augmentent leur signal satellitaire en utilisant un réseau d’émetteurs terrestres. La technique qui, dit-on, crée de la « diversité d’espace » évite les interruptions de signal. Avec cette infrastructure mixte, les services sont en mesure de livrer toute leur programmation à tous leurs abonnés, peu importe où ils se trouvent en Amérique du Nord lors de la réception.

Sur le plan du contenu de la programmation, même si chaque service a conçu ses propres micro-créneaux de programmation, les deux offrent un vaste choix de canaux de musique sans message publicitaire dans un large éventail de genres, de même que des canaux d’actualités, d’émissions pour enfants, de sports, de comédie, d’infovariété et de circulation. De plus, l’abonnement aux services par satellite offre les innovations suivantes : affichage texte du nom des artistes, du titre des chansons, des résultats sportifs et des cotes de la bourse, une fonction de repérage avertissant l’auditeur qu’une chanson ou un artiste tourne sur un autre canal, la possibilité de faire un enregistrement temporaire ou permanent, l’arrêt-reprise de contenu audio en direct, le service Internet de transmission sur demande de certains canaux audio par le Web ainsi que l’utilisation du récepteur comme lecteur MP3.

La programmation des services américains est créée et livrée au moyen d’un système de gestion de contenu (SGC) situé à leur studio principal de radiodiffusion. L’objectif de ce système est de mettre en mémoire une fois et de livrer plusieurs fois.



[XM Canada] uses a CMS provided by Delat Digital Media System. [XM Canada] produces and delivers 12 channels originating in Canada at studios located in Toronto and Montreal. Music directors at these two sites select the music to be used which is then injected in the system using functions of the Delat workstations located in these two cities. These workstations are directly connected to the main Delat CMS located in Washington, D.C. by a fibre optic line (OC3 line).

Sirius uses a CMS called Nex Gen but does not produce any programming in Canada. All Sirius' content in Canada is produced by Canadian third-party content providers. These providers generate and deliver the content to the Sirius master control centre located in New York City.

XM has a complex of 82 studios in Washington as well as studios in New York, Nashville and Chicago. Sirius U.S. is based out of New York and has other studios in Los Angeles and Memphis. Programming is not typically delivered live, with the obvious exception of live sporting events. Essentially, before programming can be uplinked to the satellites for delivery, programming directors must store a copy of all music and audio files required onto the main server. These files are compressed, encoded and combined to complete the process commonly referred to as "multiplexing". Selection and scheduling of programming content are done using specialized software that instructs the main server when and in what order it must play the various music or audio files. The server also serves the alternative delivery channels, including Internet and cellular phone streaming services.

Although the Canadian satellite services rely heavily on their U.S. partner's programming, the terms of their CRTC licence require them to include in their subscription package a minimum of content produced in Canada. Accordingly, out of the 130 channels [XM Canada] offers, 13 are produced in Canada while out of the 110 channels Sirius offers, 11 are produced in Canada. The Satellite Radio Services differ slightly in the way they create and deliver their Canadian content. It is useful, in light of the legal issues raised, to highlight the distinctive features of each Service.

[XM Canada] creates its own programming. A digital communication link from the Canadian offices to the U.S. infrastructure allows the work stations in Canada to send instructions directly to the servers and the scheduling software sitting in U.S. headquarters in Washington. Thus, [XM Canada] programming is conceived and controlled in Canada but produced from Washington.

[XM Canada] utilise un SGC fourni par Delat Digital Media System. [XM Canada] produit et livre 12 canaux en provenance du Canada de studios situés à Toronto et à Montréal. Les directeurs musicaux à ces deux sites sélectionnent les pièces qui sont par la suite injectées dans le système par des fonctions des postes de travail Delat situés dans ces deux villes. Ces postes sont reliés directement au SGC principal situé à Washington, D.C. par un lien de fibre optique (lien OC3).

Sirius utilise un SGC connu sous le nom de Nex Gen mais ne produit aucune programmation au Canada. Tout son contenu canadien est produit par des tiers canadiens fournisseurs de contenu. Ces derniers génèrent et livrent le contenu au centre de contrôle principal de Sirius, situé à New York.

XM dispose d'un ensemble de 82 studios à Washington ainsi que des studios à New York, Nashville et Chicago. La principale place d'affaires de Sirius U.S. est à New York et elle a d'autres studios à Los Angeles et Memphis. La programmation n'est habituellement pas livrée en direct, sauf bien sûr les événements sportifs en direct. Essentiellement, avant que la programmation ne soit transmise au satellite en vue de sa livraison, les directeurs de programmation doivent mettre en mémoire dans le serveur principal une copie de tous les fichiers de musique et audio. Les fichiers sont comprimés, encodés et compilés afin de réaliser le processus communément appelé « multiplexage ». Le choix et la programmation du contenu se font au moyen de logiciels spécialisés qui commandent au serveur principal le moment et l'ordre dans lesquels celui-ci doit faire entendre les divers fichiers de musique ou audio. Le serveur dessert également les canaux alternatifs de livraison, dont les services de transmission sur demande sur Internet et aux cellulaires.

Bien que les services par satellite canadiens utilisent abondamment la programmation de leurs partenaires américains, les conditions de leur licence du CRTC les obligent à inclure dans leur bouquet d'abonnement un minimum de contenu produit au Canada. En conséquence, des 130 canaux offerts par [XM Canada], 13 sont produits au Canada, alors que des 110 offerts par Sirius, 11 le sont. Les services de radio par satellite créent et livrent leur contenu canadien de façon quelque peu différente. Compte tenu des questions de droit soulevées, il est utile de souligner les caractéristiques qui différencient chaque service.

[XM Canada] crée sa propre programmation. Un lien de communication numérique reliant les bureaux canadiens à l'infrastructure américaine permet aux stations de travail de transmettre des instructions directement du Canada aux serveurs et au logiciel d'ordonnancement situés dans les quartiers généraux de Washington. La programmation de [XM Canada] est donc conçue et contrôlée au Canada, mais produite de Washington.

[XM Canada] receives audio content in the form of CDs or through DMDS-Musicrypt service provided by the sound recording industry. When dealing with a new CD, the production team makes a copy directly on the server in the U.S. using the digital connection, without making any back up or archival copies. New music obtained through DMDS-Musicrypt is received as digital audio files from a server that sits in Canada. In this case, an intermediary copy of the file is stored on a work station located in Canada. If the Canadian production team selects the song, then that file is “transferred” onto the main server in Washington via the digital communication link.

When it comes time to scheduling program content, the programming director instructs the U.S. scheduling software to play specific songs and recorded voice elements in a certain order and at the appropriate time; the Washington server plays them off its local hard drives, combining the Canadian channels with the American ones into the common multiplex signal that is sent up to the satellite.

Unlike [XM Canada], Sirius does not produce any programming itself; it acquires all of its Canadian content from Canadian third-party content providers. Standard Radio Inc. provides Sirius with a Canadian rock music channel called Iceberg 95 created in studios located in Toronto. The content is available in CD and DMDS-Musicrypt. The music is scheduled from Toronto, loaded onto the Sirius master server where it is encoded and digitized for delivery to the server’s master control centre in New York City. Astral Media provides Sirius with two Canadian rock music channels, *Rock Velours* and *Énergie*, pursuant to a subcontract with Standard Radio. The programming is created in Montreal using the same technology used by Standard Radio. The music is scheduled from Montreal on a six-hour loop for broadcast each day by a program called Music Master. Content providers store the music files and create the programming on a server located in their respective broadcast studio. Again, if musical works are provided on a CD, a digital copy is made on the content provider’s server. If musical works are provided through DMDS-Musicrypt, a digital link to that service is used to copy that file onto the Canadian server. Sirius’ Canadian content providers do not make archival copies of musical works.

Sirius’ content providers use a specialized scheduling software that is part of their server complex to determine which songs and other recorded voice elements will be played and when. When it is time for a show to air, the scheduling system

[XM Canada] reçoit le contenu audio sous forme de CD ou par l’intermédiaire d’un service SDMN-Musicrypt fourni par l’industrie de l’enregistrement sonore. À la réception d’un nouveau CD, l’équipe de production en fait une copie directement sur le serveur aux États-Unis au moyen du lien numérique, sans en faire de copies de sauvegarde ou d’archivage. La nouvelle musique obtenue grâce au SDMN-Musicrypt est reçue sous forme de fichiers audionumériques d’un serveur situé au Canada. Dans ce cas, une copie intermédiaire du fichier est mémorisée dans une station de travail située au Canada. Si l’équipe de production canadienne choisit la chanson, ce fichier est alors « transféré » dans le serveur principal à Washington par le lien de communication numérique.

Le moment venu de programmer le signal, le directeur de la programmation donne des instructions aux logiciels de répartition américains de jouer des chansons et des enregistrements vocaux donnés, dans un certain ordre et au moment opportun; le serveur situé à Washington les fait alors jouer à même ses propres disques durs en mixant les canaux canadiens et américains en un signal multiplex commun qui est transmis au satellite.

Contrairement à [XM Canada], Sirius ne produit pas elle-même de programmation; elle acquiert la totalité de son contenu canadien de tiers canadiens fournisseurs de contenu. Standard Radio Inc. fournit à Sirius un canal de musique rock canadienne connu sous le nom de Iceberg 95, produit dans des studios situés à Toronto. Le contenu est disponible sur CD et SDMN-Musicrypt. La musique est répartie de Toronto, stockée dans le serveur principal de Sirius où elle est encodée et numérisée pour sa livraison au serveur du centre de contrôle principal à New York. Astral Media fournit à Sirius deux canaux de musique rock canadienne, *Rock Velours* et *Énergie*, en vertu d’un contrat de sous-traitance avec Standard Radio. La programmation est créée à Montréal avec la même technologie que celle utilisée par Standard Radio. La musique est répartie de Montréal en boucle de six heures pour radiodiffusion quotidienne au moyen d’un logiciel appelé *Music Master*. Les fournisseurs de contenu compilent les fichiers de musique et créent la programmation sur un serveur situé dans leur studio de radiodiffusion respectif. Encore une fois, si des œuvres musicales sont fournies sur CD, une copie numérisée en est faite sur le serveur du fournisseur de contenu. Si des œuvres musicales sont fournies par SDMN-Musicrypt, un lien numérique auquel ce service est branché est utilisé pour reproduire ce fichier dans le serveur canadien. Les fournisseurs canadiens de contenu de Sirius ne font pas de copie d’archives des œuvres musicales.

Les fournisseurs de contenu de Sirius utilisent un logiciel de répartition spécialisé intégré à leur ensemble de serveurs pour déterminer les chansons et autres enregistrements vocaux qui seront joués ainsi que le moment où ils le seront. Lorsque vient

automatically plays it off the copies on the Canadian servers. That output is linked by communication lines to the U.S. facility, combined with the other American channels and uplinked to the satellites. The content used on the Canadian originated signals is never actually stored on the Sirius U.S. server.

In both cases, once the programming has been multiplexed and uplinked to the satellites, programming is delivered to the subscribers' respective receivers in Canada and the U.S. The Satellite Services' management system tells the Canadian receivers which channels a subscriber is entitled to receive and the U.S. satellite services' management system does the same for its American subscribers. Although the signal that Canadian subscribers receive holds all the channels offered by both the U.S. and Canadian Satellite Services, because the signal is encrypted, they will only have access to a subset of channels.

[5] The tariffs set by the Board are stated as a percentage of the total revenues of Sirius and XM Canada. They are summarized in a table appended to its reasons. The main part of the table is reproduced below with an additional column added on the right to give an identifying designation to each tariff component:

	Full rates	Designation
<b>SOCAN</b>	4.26%	S
<b>NRCC</b>	1.18%	N
<b>CSI</b>		
Programming (with play copies)	0.10%	C1
Extended buffer and replay	1.87%	C2
Storing individual songs and block programming	2.90%	C3
<b>TOTAL</b>		
Receiver with no copying functionality (with play copies)	5.54%	S + N + C1 = T1
Receiver with extended buffer and replay	7.41%	T1 + C2 = T2

le temps de diffuser une émission, le système de répartition la transmet à partir des copies dans les serveurs canadiens. Ces sorties de données sont intégrées aux installations américaines par des lignes de communication, mixées aux autres canaux américains et transmises aux satellites par liaison ascendante. Le contenu utilisé dans les signaux provenant du Canada n'est jamais vraiment stocké dans le serveur de Sirius U.S.

Dans les deux cas, une fois que la programmation a été multiplexée et transmise aux satellites par liaison ascendante, elle est livrée aux récepteurs respectifs des abonnés au Canada et aux États-Unis. Les systèmes de gestion des services par satellite indiquent aux récepteurs canadiens les canaux qu'un abonné est en droit de capter; ceux des systèmes américains font de même pour les abonnés américains. Bien que le signal reçu par les abonnés canadiens contienne tous les canaux offerts par les services américain et canadien, parce que le signal est chiffré, les abonnés n'auront accès qu'à un sous-ensemble de canaux.

[5] Les tarifs établis par la Commission sont énoncés sous forme de pourcentage des revenus totaux de Sirius et XM Canada. Ils sont résumés dans un tableau annexé aux motifs de la Commission. La principale partie de ce tableau est reproduite ci-dessous, avec une colonne additionnelle, à droite, pour fournir une désignation qui correspond à chaque composante des tarifs :

	Pleins taux	Désignation
<b>SOCAN</b>	4,26 %	S
<b>SCGDV</b>	1,18 %	N
<b>CSI</b>		
Programmation (avec copies de diffusion)	0,10 %	C1
Tampon prolongé et écoute différée	1,87 %	C2
Stockage de pistes individuelles et de blocs de programmation	2,90 %	C3
<b>TOTAL</b>		
Appareil ne pouvant copier (avec copies de diffusion)	5,54 %	S + N + C1 = T1
Appareil avec tampon prolongé et écoute différée	7,41 %	T1 + C2 = T2

MP3-like receiver	10.31%	T2 + C3 = T3
<b>TOTAL (Average)</b>	6.19%	

[6] The notes accompanying the full table in the Board's decision explain that: (a) the C1 rate (0.10%) is subject to a 95% discount when no play copies are being made; (b) the C3 rate (2.90%) assumes that the receiver is also enabled for extended buffer and replay; and (c) the computed average rate (6.19%) is based on the assumption that 30 percent of subscribers have receivers with buffer and replay functions and 3 percent have MP3-like receivers.

### Copyright Act

[7] These applications require consideration of the territorial scope of the *Copyright Act*, and consideration of what constitutes the "authorization" of a reproduction of a work. The relevant provisions of the *Copyright Act* read as follows [ss. 2 "copyright" (as enacted by S.C. 1997, ch. 24, s. 1), "infringing" (as am. *idem*), "musical work" (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 53), 3(1) (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 3), 27(1) (as am. *idem*, s. 15)]:

Definitions      2. In this Act,

...

"copyright"  
« droit  
d'auteur »      "copyright" means the rights described in  
  
(a) section 3, in the case of a work,

...

"infringing"  
« contrefa-  
çon »      "infringing" means  
  
(a) in relation to a work in which copyright  
subsists, any copy, including any colourable  
imitation, made or dealt with in contravention  
of this Act,

Appareil de type MP3	10,31 %	T2 + C3 = T3
<b>TOTAL (Moyen)</b>	6,19 %	

[6] Les notes qui accompagnent le tableau complet dans la décision de la Commission expliquent ce qui suit : a) un escompte de 95 p. 100 s'applique au taux C1 (0,10 %) lorsque aucune copie de diffusion n'est effectuée; b) le taux C3 (2,90 %) suppose que l'appareil possède aussi les fonctions de tampon prolongé et d'écoute différée; c) le taux moyen (6,19 %) est fondé sur le postulat que 30 p. 100 des abonnés possèdent un récepteur équipé des fonctions de tampon et d'écoute différée, et que 3 p. 100 possèdent un récepteur de type MP3.

### Loi sur le droit d'auteur

[7] Pour trancher les présentes demandes, il est nécessaire d'examiner la portée territoriale de la *Loi sur le droit d'auteur* et d'établir ce que comporte l'« autorisation » de reproduire une œuvre. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur le droit d'auteur* sont rédigées comme suit [art. 2 « contrefaçon » (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 1), « droit d'auteur » (édicte, *idem*), « œuvre musicale » (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 53), 3(1) (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 3), 27(1) (mod., *idem*, art. 15)] :

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.      Définitions

[...]

« contrefaçon »      « contrefa-  
çon »  
"infringing"  
  
a) À l'égard d'une œuvre sur laquelle existe  
un droit d'auteur, toute reproduction, y compris  
l'imitation déguisée, qui a été faite contrairement  
à la présente loi ou qui a fait l'objet  
d'un acte contraire à la présente loi ;

[...]

« droit d'auteur » S'entend du droit visé :      « droit  
d'auteur »  
"copyright"  
  
a) dans le cas d'une œuvre, à l'article 3 ;

	...	[...]	
“musical work” « œuvre musicale »	“musical work” means any work of music or musical composition, with or without words, and includes any compilation thereof;	« œuvre musicale » Toute œuvre ou toute composition musicale — avec ou sans paroles — et toute compilation de celles-ci.	« œuvre musicale » “musical work”
	...	[...]	
Copyright in works	3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right	3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :	Droit d’auteur sur l’œuvre
	...	[...]	
	and to authorize any such acts.	Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes.	
	...	[...]	
Infringement generally	27. (1) It is an infringement of copyright for any person to do, without the consent of the owner of the copyright, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do.	27. (1) Constitue une violation du droit d’auteur l’accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d’un acte qu’en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d’accomplir.	Règle générale

### Standard of review

[8] The core of the Board’s statutory mandate is the determination of an appropriate royalty tariff. Such determinations, when challenged on judicial review, are generally entitled to deference. However, such determinations sometimes require the Board to determine legal issues of general significance, including questions of the interpretation of the *Copyright Act*. A challenge to the Board’s determination of such legal issues are reviewed on the standard of correctness: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at paragraphs 49 and 50 (the *Tariff 22* case).

### Norme de contrôle

[8] La détermination de tarifs de redevances appropriés constitue l’élément essentiel du mandat que la loi confie à la Commission. En général, l’examen de ces décisions, lorsqu’elles sont contestées par voie de contrôle judiciaire, commande la déférence. Toutefois, pour arrêter ces décisions, la Commission doit parfois se prononcer sur des questions de droit de portée générale, notamment des questions touchant l’interprétation de la *Loi sur le droit d’auteur*. La contestation de décisions de la Commission portant sur de telles questions de droit donne lieu à un examen fondé sur la norme de la décision correcte : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, aux paragraphes 49 et 50 (l’affaire du *tarif 22*).

[9] Most of the issues in this case are similar in nature to the issues raised in the *Tariff 22* case, in that the applicants are alleging that the Board has incorrectly determined general questions of copyright law. I have reviewed those issues on the standard of correctness. Other issues have been reviewed on the standard of reasonableness.

[10] I propose to deal first with the Sirius application (A-209-09) and then with the CSI application (A-210-09).

#### Sirius application (A-209-09)

[11] Two tariff components are in issue in the Sirius application. One is the 1.87% component designated C2 in the table above. It is imposed in respect of satellite radio receivers with an “extended buffer” that automatically stores 44 to 60 minutes of programming that is broadcast on the channel to which the subscriber chooses to listen. The models with this feature are the Starmate Replay, the Starmate 4, the Sportster Replay, and the Stiletto (SL10 and SL100). A subscriber who has a satellite radio receiver with an extended buffer may press a button that causes live content to be paused and replaced with a replay of the stored content. Because the storage space in an extended buffer is limited, the oldest stored content is automatically replaced with new content once the buffer is full. The stored content is lost if the subscriber turns off the receiver, removes it from its docking station, or changes the channel.

[12] The other tariff component in issue in the Sirius application is the 2.90% component designated C3 in the table above. It is imposed in respect of the block recording feature included in the “Stiletto” models of satellite radio receiver (SL10 and SL100). When a subscriber engages the block recording feature, the receiver stores several hours of broadcast content for later replay (the SL10 stores up to 10 hours of programming in 6-hour

[9] La nature de la plupart des questions soulevées en l’espèce est semblable à celles soulevées dans l’affaire du *tarif 22*, en ce sens que les demandesses allèguent que la Commission a rendu une décision incorrecte sur des questions générales de droit d’auteur. J’ai examiné ces questions suivant la norme de la décision correcte. Les autres questions ont été examinées selon la norme de la décision raisonnable.

[10] Je traiterai d’abord de la demande de Sirius (A-209-09) et me pencherai ensuite sur celle de CSI (A-210-09).

#### La demande de Sirius (A-209-09)

[11] Deux composantes du tarif sont en cause dans la demande de Sirius. L’une est le taux de 1,87 p. 100 désigné comme étant C2 dans le tableau exposé ci-dessus. Ce taux est imposé à l’égard des récepteurs de radio par satellite munis d’une fonction de « tampon prolongé » qui met automatiquement en mémoire de 44 à 60 minutes de programmation diffusée sur le canal que l’abonné choisit d’écouter. Les modèles comportant cette fonction sont le Starmate Replay, le Starmate 4, le Sportster Replay et le Stiletto (SL 10 et SL 100). L’abonné qui possède un récepteur de radio par satellite doté de la fonction de tampon prolongé peut appuyer sur un bouton qui permet d’arrêter le contenu en direct et de le remplacer par l’écoute différée du contenu stocké en mémoire. Du fait que l’espace de mémoire dans un tampon prolongé est limité, le contenu en mémoire le plus ancien est automatiquement remplacé par du contenu nouveau une fois que l’espace tampon est entièrement occupé. Le contenu stocké en mémoire est perdu dès lors que l’abonné ferme le récepteur, le retire de sa station d’accueil ou change de canal.

[12] L’autre composante du tarif soulevée dans la demande de Sirius est le taux de 2,90 p. 100 désigné comme étant C3 dans le tableau exposé ci-dessus. Ce taux est imposé à l’égard de la fonction d’enregistrement de blocs de programmation, qui est incluse dans les modèles de récepteurs de radio par satellite « Stiletto » (SL 10 et SL 100). Lorsqu’un abonné active la fonction d’enregistrement de blocs, l’appareil met en

blocks, the SL100 stores up to 100 hours of programming in 6-hour blocks). If the subscriber presses the “love” button during a broadcast, the content then being played (plus whatever is accessible from the replay buffer) is stored in a “library”. The saved content may be played back by accessing the library. The stored content is automatically replaced by content newly stored from a broadcast and any MP3 files downloaded by the subscriber.

[13] It appears that some Sirius receivers may also be used as MP3 players. The MP3 feature does not enable a satellite radio subscriber to record satellite radio broadcast content. However, the Board noted that Sirius markets itself as an alternative to iPods or MP3 players, apparently on the basis that the MP3 feature employs the buffer capacity of Sirius radio receiver as described above. In my view, the fact that some satellite radio receivers may function as MP3 players is not relevant to the issues considered in the Sirius application.

[14] It is convenient at the outset to deal with a relatively minor preliminary point. The Board said that it relied in part on the agreement of the parties that what is stored in the extended buffer of a radio receiver is a copy of the content that is made by the subscriber (see the Board’s reasons, at paragraph 110). Sirius denies that it made any such concession, but it has not argued that the stored content is not a copy. Rather, Sirius has argued in one of its alternative arguments that the Board breached its duty to provide adequate reasons on the question of whether the content in the extended buffer—which Sirius characterizes as “ephemeral storage”—is a reproduction of a substantial part of a work. In my view, it was open to the Board to determine, based on the record, that stored broadcast content in the extended buffer is a copy made by the subscriber. Further, given that the extended buffer stores 44 to 60 minutes of

mémoire plusieurs heures de contenu radiodiffusé qui pourra être écouté plus tard (le modèle SL 10 met en mémoire jusqu’à 10 heures de programmation en blocs de 6 heures, et le modèle SL 100, jusqu’à 100 heures de programmation en blocs de 6 heures). Si l’abonné appuie sur le bouton « *love* » pendant la diffusion d’une émission, le contenu diffusé à compter de ce moment (en plus de tout ce qui est accessible dans le tampon d’écoute différée) est mis en mémoire dans une « bibliothèque ». Le contenu gardé en mémoire peut être écouté en accédant à la bibliothèque. Il est automatiquement remplacé par le contenu d’une émission nouvellement mise en mémoire et par tout fichier MP3 téléchargé par l’abonné.

[13] Il semble que certains récepteurs de Sirius puissent aussi être utilisés comme lecteurs MP3. La fonction MP3 ne permet pas à un abonné de radio par satellite d’enregistrer le contenu de la programmation diffusée sur radio par satellite. Néanmoins, la Commission a relevé que Sirius se présente sur le marché comme une solution de remplacement aux iPods ou aux lecteurs MP3, du fait, apparemment, que la fonction MP3 utilise la capacité de tampon du récepteur radio de Sirius décrite ci-dessus. À mon avis, le fait que certains appareils de radio par satellite peuvent être utilisés comme des lecteurs MP3 est sans pertinence au regard des questions en cause dans la demande de Sirius.

[14] Il est utile de régler d’entrée de jeu un point préliminaire d’importance relativement secondaire. La Commission a déclaré qu’elle s’appuyait en partie sur le fait que les parties ont convenu que ce qui est mis en mémoire dans le tampon prolongé d’un récepteur radio est une copie du contenu qui est faite par l’abonné (voir les motifs de décision de la Commission, au paragraphe 110). Sirius nie avoir convenu de ce point, mais n’a pas plaidé que le contenu stocké en mémoire n’est pas une copie. Elle a plutôt soutenu dans un de ses arguments subsidiaires que la Commission a manqué à son devoir de fournir des motifs suffisants sur la question de savoir si le contenu mémorisé dans le tampon prolongé—que Sirius qualifie de [TRADUCTION] « mémorisation éphémère »—est une reproduction d’une partie importante d’une œuvre. J’estime qu’il était loisible à la Commission de conclure, à la lumière du dossier, que le

broadcast content that can be replayed by the subscriber, the Board could not reasonably have concluded that what is stored in the extended buffer at any point in time is not a substantial part of a copied work.

[15] The heart of the Sirius application is its challenge to the Board's conclusion that a satellite radio service provider, by supplying a subscriber with a receiver having an extended buffer or a block recording feature, necessarily authorizes the subscriber to copy works that are subject to copyright. The issue for this Court is whether the Board erred in law in reaching that conclusion.

[16] The Board's analysis of this point is encapsulated in paragraph 113 of its reasons, which reads as follows:

In our opinion, [Sirius and XM Canada] have authorized a reproduction in the present circumstances. All the recording options contained in the "Stiletto" and similar receivers sold by [XM Canada] are dependent on the subscriber's decision to use those features. The [contention of Sirius and XM Canada] that they authorize the mere use of equipment that may or may not be used to infringe copyright which entitles them to presume that subscribers use the device in accordance with the law is not in accord with the evidence in this case. Here [Sirius and XM Canada] are not passive. They control the programming sent to the subscribers by encrypting the signal, and by decrypting it they grant to their subscriber the right to access the full programming including the right to use all of those services. [Sirius and XM Canada] can program their receivers to permit or prevent copying. With respect to block copying, pause and replay and other features, access to the content copied in the extended buffers is controlled by [Sirius and XM Canada]. Subscribers who stop paying for the service no longer have access to the content stored in their receivers. In addition, some end-user licence agreements contemplate the possibility that subscribers will use the receiver software to copy content programming or even individual songs based on which a subscriber could presume that [Sirius and XM Canada] purport to have the authority to allow private copying.

contenu d'une émission mémorisé dans le tampon prolongé est une copie faite par l'abonné. De plus, étant donné que le tampon prolongé mémorise 44 à 60 minutes de contenu radiodiffusé que l'abonné peut écouter en différé, la Commission n'aurait pu raisonnablement conclure que le contenu stocké à un moment quelconque dans le tampon prolongé ne constitue pas une partie importante de l'œuvre reproduite.

[15] Le cœur même de la demande de Sirius réside dans sa contestation de la conclusion de la Commission selon laquelle le fournisseur d'un service de radio par satellite qui met à la disposition d'un abonné un récepteur doté d'une fonction de tampon prolongé ou d'enregistrement par blocs autorise nécessairement cet abonné à copier des œuvres visées par le droit d'auteur. La question que doit trancher la Cour est de savoir si la Commission a commis une erreur de droit en tirant cette conclusion.

[16] L'analyse de la Commission sur ce point est comprise dans le paragraphe 113 de ses motifs, que voici :

À notre avis, [Sirius et XM Canada] ont autorisé une reproduction dans les présentes circonstances. Toutes les fonctions d'enregistrement dont sont dotés le « Stiletto » et les récepteurs semblables vendus par [XM Canada] sont tributaires de la décision de l'abonné de les utiliser. L'argument [de Sirius et XM Canada] selon lequel [celles-ci] ne font que permettre l'utilisation d'équipement, laquelle peut s'avérer illicite ou non, et s'autorisant de ce fait pour supposer que les abonnés se servent des appareils dans le respect de la loi, n'est pas conforme à la preuve versée au présent dossier. [Sirius et XM Canada] ne sont pas passives. [Elles] contrôlent la programmation transmise aux abonnés en chiffrant le signal; en le déchiffrant, [elles] leur accordent le droit d'accéder à toute la programmation, y compris le droit d'utiliser tous ces services. [Sirius et XM Canada] peuvent programmer leurs récepteurs pour autoriser ou empêcher la copie. En ce qui concerne la copie de bloc, la pause, l'écoute différée et autres fonctions, l'accès au contenu reproduit dans le tampon prolongé est contrôlé par [Sirius et XM Canada]. L'abonné qui cesse de payer pour le service n'a alors plus accès au contenu stocké dans son récepteur. De plus, certains contrats de licence d'utilisation prévoient la possibilité pour les abonnés d'utiliser le logiciel du récepteur pour copier du contenu de programmation ou même des chansons ce qui autoriserait un abonné à supposer que [Sirius et XM Canada] sont censées disposer du pouvoir d'autoriser les copies privées.



[17] The resolution of the main issue raised in the Sirius application turns on the meaning to be given to the closing words of section 3 [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1993, c. 23, s. 2; c. 44, s. 55; 1997, c. 24, s. 3] of the *Copyright Act*, which refer to the authorization of any of the acts set out in the opening words of subsection 3(1) or in paragraphs 3(1)(a) to (i). The relevant portions of subsection 3(1) read as follows (emphasis added):

Copyright in works      3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever ...

...

and to authorize any such acts.

[18] There is a long and consistent line of jurisprudence that gives a relatively narrow meaning to the closing words of subsection 3(1) of the *Copyright Act*. That jurisprudence is reflected in what is the leading Canadian authority on that point, *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (the *CCH* case).

[19] One of the issues in the *CCH* case was whether the Law Society of Upper Canada, by providing self-service photocopiers for the use of its patrons in the Great Library and not monitoring their use, had authorized the patrons to copy the works in the Great Library collection, thereby breaching the copyright of the owners and publishers of the works. The Law Society had posted [at paragraph 39] the following notice above each photocopier: “The copyright law of Canada governs the making of photocopies or other reproductions of copyright material. Certain copying may be an infringement of the copyright law. This library is not responsible for infringing copies made by the users of these machines.”

[17] La réponse à la principale question soulevée dans la demande de Sirius dépend du sens à donner à la dernière partie de l’article 3 [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1993, ch. 23, art. 2; ch. 44, art. 55; 1997, ch. 24, art. 3] de la *Loi sur le droit d’auteur*, qui fait état du droit d’autoriser les actes mentionnés au début du paragraphe 3(1) ou aux alinéas 3(1)a) à i). Les parties pertinentes du paragraphe 3(1) prévoient (non souligné dans l’original) :

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque [...]

Droit d’auteur sur l’œuvre

[...]

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

[18] Une jurisprudence abondante et constante donne un sens relativement restreint à la dernière partie du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Cette jurisprudence est mise en relief dans le jugement qui constitue l’arrêt de principe sur ce point en droit canadien, *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (l’affaire *CCH*).

[19] Une des questions qui se posait dans l’affaire *CCH* était de savoir si le Barreau du Haut-Canada, en mettant à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque des photocopieuses libre-service et en ne surveillant pas l’utilisation de ces photocopieuses, avait autorisé les usagers à copier les œuvres de la collection de la Grande bibliothèque, violant ainsi le droit d’auteur des propriétaires et des éditeurs de ces œuvres. Le Barreau avait affiché [au paragraphe 39] l’avis suivant au-dessus de chaque photocopieuse : [TRADUCTION] « La législation sur le droit d’auteur au Canada s’applique aux photocopies et autres reproductions qui sont faites de documents protégés. Certaines reproductions peuvent constituer une violation du droit d’auteur. La bibliothèque n’assume aucune responsabilité en cas de violations susceptibles d’être commises par les utilisateurs des photocopieuses. »

[20] The Chief Justice, writing for the Court, explained the meaning of “authorize” as follows (at paragraph 38 of her reasons):

“Authorize” means to “sanction, approve and countenance”: *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182, at p. 193; *De Tervagne v. Belœil (Town)*, [1993] 3 F.C. 227 (T.D.). Countenance in the context of authorizing copyright infringement must be understood in its strongest dictionary meaning, namely, “[g]ive approval to; sanction, permit; favour, encourage”: see *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), vol. 1, at p. 526. Authorization is a question of fact that depends on the circumstances of each particular case and can be inferred from acts that are less than direct and positive, including a sufficient degree of indifference: *CBS Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812 (Ch. D.), at pp. 823-24. However, a person does not authorize infringement by authorizing the mere use of equipment that could be used to infringe copyright. Courts should presume that a person who authorizes an activity does so only so far as it is in accordance with the law: *Muzak, supra*. This presumption may be rebutted if it is shown that a certain relationship or degree of control existed between the alleged authorizer and the persons who committed the copyright infringement: *Muzak, supra*; *De Tervagne, supra*; see also J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 21-104, and P. D. Hitchcock, “Home Copying and Authorization” (1983), 67 C.P.R. (2d) 17, at pp. 29-33.

[21] Applying these principles, the Chief Justice concluded that the Law Society had not authorized any copying in breach of the right of any copyright holder. I summarize as follows the analysis leading to that conclusion.

[22] Where a person authorizes the use of equipment that may be used lawfully but may also be used unlawfully to infringe copyright, it must be presumed that the person authorized only the lawful use of the equipment (see paragraph 43). Although patrons of the Great Library could have used the photocopiers to infringe copyright, it is equally plausible that the patrons used the photocopiers without infringing copyright. Therefore, the Law Society was *prima facie* entitled to the benefit of the presumption against the authorization of an infringing act.

[20] La juge en chef, s’exprimant au nom de la Cour, a expliqué en ces termes le sens du mot « autoriser » (au paragraphe 38 de ses motifs) :

« Autoriser » signifie « sanctionner, appuyer ou soutenir » (« *sanction, approve and countenance* ») : *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182, p. 193; *De Tervagne c. Belœil (Ville)*, [1993] 3 C.F. 227 (1<sup>re</sup> inst.). Lorsqu’il s’agit de déterminer si une violation du droit d’auteur a été autorisée, il faut attribuer au terme « *countenance* » son sens le plus fort mentionné dans le dictionnaire, soit [TRADUCTION] « approuver, sanctionner, permettre, favoriser, encourager » : voir *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), vol. 1, p. 526. L’autorisation est néanmoins une question de fait qui dépend de la situation propre à chaque espèce et peut s’inférer d’agissements qui ne sont pas des actes directs et positifs, et notamment d’un degré suffisamment élevé d’indifférence : *CBS Inc. c. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812 (Ch. D.), p. 823-824. Toutefois, ce n’est pas autoriser la violation du droit d’auteur que de permettre la simple utilisation d’un appareil susceptible d’être utilisé à cette fin. Les tribunaux doivent présumer que celui qui autorise une activité ne l’autorise que dans les limites de la légalité : *Muzak, précité*. Cette présomption peut être réfutée par la preuve qu’il existait une certaine relation ou un certain degré de contrôle entre l’auteur allégué de l’autorisation et les personnes qui ont violé le droit d’auteur : *Muzak, précité*; *De Tervagne, précité*. Voir également J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 21-104, et P. D. Hitchcock, « Home Copying and Authorization » (1983), 67 C.P.R. (2d) 17, p. 29-33.

[21] Appliquant ces principes, la juge en chef a conclu que le Barreau n’avait autorisé aucune copie en violation du droit d’auteur de qui que ce soit. Je résumerai comme suit l’analyse qui a conduit à cette conclusion.

[22] Lorsqu’une personne autorise l’utilisation d’un appareil qui peut être utilisé dans la légalité mais dont l’utilisation illicite peut aussi violer le droit d’auteur, il faut présumer que la personne n’a autorisé que l’utilisation licite de l’appareil (voir le paragraphe 43). Bien que des usagers de la Grande bibliothèque aient pu utiliser les photocopieuses pour violer le droit d’auteur, il est tout aussi plausible que les usagers les aient utilisées sans violer le droit d’auteur. Partant, le Barreau avait droit, à première vue, au bénéfice de la présomption contre l’autorisation d’un acte illicite.

[23] That presumption is not rebutted by a notice warning a person who is permitted to use equipment that certain uses could infringe copyright (paragraph 44). Specifically, the “disclaimer notices” posted near the photocopiers in the Great Library did not constitute express acknowledgement by the Law Society that the photocopiers would be used in an unlawful manner.

[24] The presumption may be rebutted if the person authorizing the use of equipment is, by virtue of its relationship with the user of the equipment, in a position to control the use of the equipment such that it can be said to have sanctioned, approved, or countenanced any infringement resulting from the use of the equipment. However, even if some patrons of the Great Library used its photocopiers to infringe copyright, the Law Society lacked the degree of control over the Great Library’s patrons that would rebut the presumption. This point is explained in more detail, at paragraph 45 (citation omitted):

The Law Society and Great Library patrons are not in a master-servant or employer-employee relationship such that the Law Society can be said to exercise control over the patrons who might commit infringement . . . . Nor does the Law Society exercise control over which works the patrons choose to copy, the patron’s purposes for copying or the photocopiers themselves.

[25] In this case, satellite radio service providers may be said to authorize their subscribers to use all features of the radio receivers with which they are supplied. It is appropriate that the satellite radio service providers be given, *prima facie*, the benefit of the presumption against the authorization of the use of the receivers to infringe copyright. The issue for this Court is whether the presumption has been rebutted.

[26] In the circumstances of this case, the question of rebuttal turns on the degree to which satellite radio service providers control the use of the satellite radio receivers they supply to their subscribers. In that regard, I do not read the *CCH* case as authority for the proposition that the degree of control required to rebut the presumption necessarily requires a particular legal

[23] Cette présomption n’est pas réfutée par la présence d’un avis notifiant à toute personne autorisée à utiliser l’appareil que certaines utilisations pourraient violer le droit d’auteur (paragraphe 44). Plus particulièrement, les « avis d’exonération de responsabilité » affichés près des photocopieuses dans la Grande bibliothèque ne constituaient pas une reconnaissance expresse, de la part du Barreau, de ce que les photocopieuses seraient utilisées de manière illicite.

[24] La présomption peut être réfutée si la personne qui autorise l’utilisation de l’appareil est en mesure, en raison de sa relation avec l’utilisateur de l’appareil, d’exercer sur l’utilisation de l’appareil un contrôle permettant de conclure qu’elle a sanctionné, appuyé ou soutenu toute violation du droit d’auteur découlant de l’utilisation de l’appareil. Cependant, même si certains usagers de la Grande bibliothèque ont utilisé ses photocopieuses pour violer le droit d’auteur, le Barreau n’exerce pas sur les usagers de la Grande bibliothèque un contrôle de nature à réfuter la présomption. La Cour explique ce point de façon plus détaillée au paragraphe 45 (renvoi omis) :

Il n’existe pas entre le Barreau et les usagers de la bibliothèque une relation employeur-employé permettant de conclure que le Barreau exerce un contrôle sur les usagers susceptibles de violer le droit d’auteur [...] Le Barreau n’exerce pas non plus de contrôle sur les œuvres que les usagers décident de copier, sur les fins auxquelles ils les copient, ni sur les photocopieuses elles-mêmes.

[25] En l’espèce, on peut dire que les fournisseurs de services de radio par satellite autorisent leurs abonnés à utiliser toutes les fonctions des récepteurs radio qui leur sont fournis. Il convient d’accorder de prime abord aux fournisseurs de services de radio par satellite le bénéfice de la présomption contre l’autorisation d’utiliser les récepteurs pour violer le droit d’auteur. La Cour doit décider si cette présomption a été réfutée.

[26] Dans les circonstances de la présente affaire, la réfutation dépend de la mesure dans laquelle les fournisseurs de services de radio par satellite contrôlent l’utilisation des récepteurs de radio satellitaire qu’ils fournissent à leurs abonnés. À cet égard, je ne crois pas que l’affaire *CCH* étaye la proposition selon laquelle le degré de contrôle requis pour réfuter la présomption

relationship between the user of equipment and the person authorizing its use. In my view, while the requisite degree of control may exist if there is, for example, a master-servant relationship or an employer-employee relationship, it may also exist in other circumstances.

[27] Here, the relationship is one of satellite radio service provider and subscriber. The service provider supplies the subscriber with broadcast content (some of which, but not all, is subject to copyright) and a receiver that must be used to receive the broadcast content. The use of a receiver with an extended buffer automatically causes 44 to 60 minutes of broadcast content to be copied, and the use of a receiver with block recording feature that is engaged automatically causes up to 10 or 100 hours of broadcast content to be copied.

[28] It is important, in my view, that the subscriber cannot prevent the copying of broadcast content without turning the receiver off or, if the receiver has a block recording feature, by disengaging it. Because the copying is automatic, the only control that can be exercised over copying initiated by the subscriber rests with the satellite radio service providers. They alone know what is being broadcast and when, and what broadcast content is subject to copyright. They alone have chosen to supply their subscribers with receivers that preclude them from exercising any choice as to what is copied in the extended buffer once the receiver is turned on, and any choice as to what is copied when the block recording feature, if any, is engaged.

[29] It is true that not all broadcast content is subject to copyright. However, it is equally true that when a particular work is being broadcast on a particular channel, and a satellite radio receiver is turned on and tuned to that channel, some or all of that work will necessarily be copied to the extended buffer or, in the case of a receiver with a block recording feature that is engaged, to the block recording memory. In practical terms, the use of a satellite radio receiver as it is intended to be used

suppose nécessairement l'existence d'une relation juridique particulière entre l'utilisateur de l'appareil et la personne qui en autorise l'usage. À mon avis, bien que le degré de contrôle requis puisse exister dans le cas, par exemple, d'une relation commettant-préposé ou employeur-employé, il peut également exister en d'autres circonstances.

[27] En l'occurrence, la relation est celle de fournisseur de service de radio par satellite et d'abonné. Le fournisseur de service offre à l'abonné le contenu de la radiodiffusion (dont une partie, mais non la totalité, est assujettie au droit d'auteur) et un récepteur qu'il faut utiliser pour capter le contenu radiodiffusé. L'utilisation d'un récepteur qui inclut une fonction de tampon prolongé déclenche automatiquement la copie du contenu de 44 à 60 minutes de radiodiffusion, et l'utilisation d'un récepteur doté d'une fonction d'enregistrement par blocs activée entraîne automatiquement la copie de 10 à 100 heures de radiodiffusion.

[28] Fait important, à mon avis, l'abonné ne peut empêcher la copie du contenu radiodiffusé à moins de mettre le récepteur hors tension ou, si celui-ci est doté d'une fonction d'enregistrement par blocs, de désactiver cette fonction. Comme la copie se fait automatiquement, le seul contrôle susceptible d'être exercé sur la copie effectuée par un abonné relève des fournisseurs de services de radio par satellite. Eux seuls savent ce qui est diffusé et quand, et quel contenu radiodiffusé est protégé par le droit d'auteur. Eux seuls ont choisi de fournir à leurs abonnés des récepteurs qui empêchent ceux-ci de faire un choix sur ce qui est copié dans le tampon prolongé une fois le récepteur mis sous tension, et de choisir ce qui est copié au moyen de la fonction d'enregistrement par blocs lorsque celle-ci est activée, le cas échéant.

[29] Il est vrai que tout le contenu de radiodiffusion n'est pas assujéti au droit d'auteur. Par contre, il est tout aussi vrai que lorsqu'une œuvre particulière est diffusée sur un canal donné et qu'un récepteur de radio par satellite est sous tension et syntonisé à ce canal, une partie ou la totalité de cette œuvre sera nécessairement copiée dans le tampon prolongé ou, dans le cas d'un appareil comportant une fonction d'enregistrement par blocs qui est activée, dans la mémoire d'enregistrement de blocs.

will always result in the making of infringing copies because of the technological choices made by satellite radio service providers.

[30] The element of *automatic copying* by a satellite radio receiver is a factor that was not present in the *CCH* case. Each patron of the Great Library could choose what to copy and what not to copy. By contrast, in this case a subscriber causes the copying of *all* received broadcast content merely by using the satellite radio receiver as it is intended to be used. In my view, in the circumstances of this case, the presumption against the authorization of an infringing act is rebutted in this case by the degree of control exercised by the satellite radio service providers over their broadcast content and the features included in the radio receivers supplied to their subscribers.

[31] This leads me to consider the question of disclaimer notices, which were the subject of considerable discussion in the hearing of these applications. Notices that are somewhat analogous to the disclaimer notices in the *CCH* case appear in the “user guide” and the “end user licence agreement” for Stiletto receivers. CSI argues statements from those documents could be interpreted by users as a “signal” that the copying of copyright material on the receiver is permitted. The Board appeared to accept this submission at paragraph 113 of its reasons, the last sentence of which reads as follows:

In addition, some end-user licence agreements contemplate the possibility that subscribers will use the receiver software to copy content programming or even individual songs based on which a subscriber could presume that the Satellite Services purport to have the authority to allow private copying.

[32] The notices to which this Court was referred read as follows:

Concrètement, le fait d'utiliser un récepteur de radio par satellite conformément au mode de fonctionnement prévu entraînera invariablement la réalisation de copies illicites en raison des choix technologiques faits par les fournisseurs de ces services.

[30] L'élément de copie automatique effectuée par un récepteur de radio satellitaire est un facteur qui n'existait pas dans l'affaire *CCH*. Chaque usager de la Grande bibliothèque était libre de choisir ce qu'il convenait de copier ou de ne pas copier. Dans le cas présent, en revanche, tout abonné enclenche la reproduction de tout le contenu radiodiffusé reçu du seul fait de l'utilisation du récepteur de radio satellitaire tel qu'il est censé être utilisé. J'estime que dans les circonstances de l'espèce, la présomption contre l'autorisation d'un acte de violation est réfutée par le degré de contrôle qu'exercent les fournisseurs de services de radio par satellite sur le contenu de leur radiodiffusion et sur les fonctions incluses dans les récepteurs de radio qu'ils fournissent à leurs abonnés.

[31] Cela m'amène à examiner la question des avis d'exonération de responsabilité, longuement débattue au cours de l'audience sur les présentes demandes. Des avis plus ou moins semblables aux avis d'exonération de responsabilité en cause dans l'affaire *CCH* sont formulés dans le [TRADUCTION] « guide de l'utilisateur » et dans le [TRADUCTION] « contrat de licence de l'utilisateur final » des récepteurs Stiletto. CSI soutient que certains énoncés, dans ces documents, pourraient être interprétés par les utilisateurs comme une [TRADUCTION] « indication » que la reproduction, dans le récepteur, de matériel assujéti au droit d'auteur, est autorisée. La Commission semble avoir souscrit à cet argument au paragraphe 113 de ses motifs, dont la dernière phrase est la suivante :

De plus, certains contrats de licence d'utilisation prévoient la possibilité pour les abonnés d'utiliser le logiciel du récepteur pour copier du contenu de programmation ou même des chansons ce qui autoriserait un abonné à supposer que les services par satellite sont censés disposer du pouvoir d'autoriser les copies privées.

[32] Les avis qui ont été invoqués devant notre Cour sont rédigés comme suit :

*From the Stiletto User Guide:*

Several features of the Stiletto 10 [or 100] enable you to record and store broadcast content for playback. Broadcast content is subject to copyright laws, and distribution of copyrighted material is prohibited by law without the express permission of the copyright holder. To prevent unlawful distribution of copyrighted material, the Stiletto 10 [or 100] prevents you from electronically copying stored (recorded) songs or shows to another device.

*From the Stiletto 10 End User Licence Agreement:*

You may use the Software only for your private, non-commercial use. You may not use the Software in any way to provide, or as part of, any commercial service or application. Copies of content files, including without limitation songs and other audio recordings, which are stored and/or transferred using the Software, and which are protected by the copyright laws or related laws of any jurisdiction, are for your own personal use only and you may not publicly perform them or distribute them to third parties.

[33] As I read these notices, they are intended primarily to warn subscribers about certain impermissible uses of copies of broadcast content stored in the satellite radio receiver that may be subject to copyright. The notices might have been more thorough if they had expressly informed subscribers that merely receiving broadcast content on a receiver equipped with an extended buffer or a receiver equipped with a block recording feature that is engaged may result in the making of an infringing copy of broadcast content that is subject to copyright. Nevertheless, I am not inclined to conclude, as the Board apparently did [at paragraph 113], that the absence of that information justifies the conclusion that a subscriber might presume that the satellite radio service providers “purport to have the authority to allow private copying.” I would say, however, that the satellite radio service providers could not realistically have advised their subscribers against making infringing copies, because copying was automatic in the case of a receiver with an extended buffer, and in the case of a receiver with a block recording feature when it was engaged.

*Extrait du guide de l'utilisateur de Stiletto :*

Plusieurs fonctions du Stiletto 10 [ou 100] permettent d'enregistrer et de mémoriser le contenu d'émissions pour écoute ultérieure. Le contenu diffusé est soumis aux lois sur les droits d'auteur et la diffusion de matériel protégé par droits d'auteur est interdite sans la permission expresse du détenteur des droits d'auteur. Afin d'éviter la diffusion illégale du matériel protégé par droits d'auteur, le Stiletto 10 [ou 100] vous empêche de copier électroniquement (enregistrer) les chansons ou émissions sur un autre appareil.

*Extrait du contrat de licence d'utilisateur :*

Vous pouvez utiliser le logiciel seulement à des fins personnelles et non commerciales. Vous ne pouvez utiliser le logiciel pour offrir un service commercial ou dans le cadre d'une application commerciale. Les copies de fichiers de contenu, dont notamment les chansons et autres enregistrements sonores, sauvegardés et/ou transférés à l'aide du logiciel, et qui sont protégés par les lois sur les droits d'auteur ou les lois connexes d'une juridiction, sont réservées à un usage personnel et vous ne pouvez les diffuser publiquement ni les distribuer à des tiers.

[33] Ces avis, selon moi, visent principalement à mettre les abonnés en garde contre certaines utilisations interdites des copies de contenu radiodiffusé qui est stocké dans le récepteur de radio satellitaire et qui est susceptible d'être assujéti au droit d'auteur. Les avis auraient pu être plus complets s'ils avaient expressément informé les abonnés que le seul fait de recevoir du contenu radiodiffusé sur un appareil muni d'un tampon prolongé ou d'une fonction activée d'enregistrement par blocs peut donner lieu à la création d'une copie illicite du contenu radiodiffusé qui est protégé par le droit d'auteur. Néanmoins, je ne suis pas disposée à conclure, comme semble l'avoir fait la Commission [au paragraphe 113], que l'absence de cette information justifie la conclusion qu'un abonné pourrait présumer que les fournisseurs de services de radio par satellite « sont censés disposer du pouvoir d'autoriser les copies privées ». Je dirais toutefois que les fournisseurs de services de radio par satellite n'auraient pu réalistement mettre en garde leurs abonnés contre la confection de copies violant le droit d'auteur, puisque la copie se faisait automatiquement dans le cas d'un récepteur muni d'un tampon prolongé de même que dans le cas d'un récepteur comportant une fonction d'enregistrement par blocs lorsque cette fonction était activée.

[34] For these reasons, I conclude that the Board did not err in law when it concluded that the satellite radio service providers, by supplying a subscriber with a radio receiver having an extended buffer or a block recording feature, thereby authorized the subscriber to copy all broadcast content, including broadcast content that was subject to copyright. It follows that the Sirius application cannot succeed.

#### CSI application (A-210-09)

[35] CSI asserts a number of challenges to the Board's decision. Its challenges fall into two general categories. The first category relates to the determination of the location of the copying of a work and whether an infringing authorization can occur in relation to a copy made outside Canada. The second category relates to the copies of broadcast content made in the four-, six- or ten-second buffer memory found in all satellite radio receivers.

##### *(1) The location of the copying of a work, and the authorization of copying outside Canada*

[36] A copy of each work available for broadcast by Sirius and XM Canada resides in a main server located in the United States. When Sirius and XM Canada instruct their scheduling software to play a specific work, the instruction is sent to the United States main server, and the track for that work is uplinked from the United States main server to the satellite for transmission to Canada in the course of their Canadian broadcast activities.

[37] Some of the electronic copies of works residing in the United States main server are created by transmission from a party located in the United States based on instructions from Sirius and XM Canada. Others are transmitted from the Canadian studios of XM Canada as a step in the programming of its Canadian channels.

[34] Pour ces motifs, je conclus que la Commission n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'elle a décidé que les fournisseurs de services de radio par satellite, en fournissant à l'abonné un récepteur radio comportant un tampon prolongé ou une fonction d'enregistrement par blocs, autorisaient de ce fait l'abonné à copier tout le contenu radiodiffusé, y compris le contenu assujéti au droit d'auteur. En conséquence, la Cour ne saurait faire droit à la demande de Sirius.

#### La demande de CSI (A-210-09)

[35] CSI conteste la décision de la Commission à divers égards. Ses motifs de contestation se répartissent en deux catégories générales. La première porte sur la détermination du lieu où une œuvre est copiée et la question de savoir si une autorisation violant le droit d'auteur peut être donnée relativement à une copie faite à l'extérieur du Canada. La seconde a trait aux copies de contenu radiodiffusé effectuées dans la mémoire tampon d'une durée de quatre, six ou dix secondes que l'on trouve dans tous les récepteurs de radio par satellite.

##### *1) Le lieu où une œuvre est copiée, et l'autorisation de copier à l'extérieur du Canada*

[36] Une copie de chaque œuvre qui peut être radiodiffusée par Sirius et par XM Canada est hébergée dans un serveur principal situé aux États-Unis. Quand Sirius et XM Canada commandent à leur logiciel d'ordonnement de jouer une œuvre précise, la commande est envoyée au serveur principal aux États-Unis, et la piste correspondant à cette œuvre est transmise par liaison ascendante du serveur principal aux États-Unis au satellite pour être diffusée au Canada dans le cadre des activités canadiennes de radiodiffusion de Sirius et de XM Canada.

[37] Certaines des copies électroniques d'œuvres hébergées dans le serveur principal aux États-Unis sont créées par l'intermédiaire d'une partie qui se trouve aux États-Unis et qui en effectue la transmission suivant les instructions reçues de Sirius et XM Canada. D'autres sont transmises à partir des studios canadiens de

[38] Programming entails the selection of works, some obtained in the form of CDs and some by direct electronic transfer from DMDS-Musicrypt to XM Canada's computer in Canada. Once the XM Canada music director in Canada selects a work to be added to the XM Canada playlist, he or she engages a technological device that causes the electronic file to be transferred from Canada to a main server located in the United States, where it remains permanently available for up-link to the satellite and transmission to Canada.

[39] The issues raised by CSI in relation to the copies of works residing in the United States main server are whether the Board erred in law when it concluded that: (a) the Board has no jurisdiction to impose a royalty tariff in respect of a copy of a work made in the United States as a direct result of an act taken by XM Canada in Canada; (b) the Board has no jurisdiction to impose a royalty tariff in respect of XM Canada's authorization in Canada of the making in the United States of a copy of a work; (c) Sirius and XM Canada did not authorize the copying in the United States of any works.

[40] The Board concluded that, when an electronic copy of a work is transmitted to and stored on the United States main server solely as a result of the act of a person in Canada, the copying occurs in the United States and therefore the Board has no jurisdiction to impose a royalty tariff in respect of that copying. In reaching that conclusion, the Board reasoned that the act of reproduction occurs in the place where the creation of the copy is completed, so that an electronic copy of a work comes into existence in the United States when it is received by the server located in the United States. Therefore, that copy is made in the United States even if the mechanism by which the copy was created was activated in Canada.

XM Canada, ce qui représente une étape dans la programmation des canaux canadiens de celle-ci.

[38] La programmation comporte la sélection d'œuvres, dont certaines sont obtenues sous forme de disques compacts et d'autres par transfert électronique direct du SDMN-Musicrypt à l'ordinateur de XM Canada au Canada. Après avoir sélectionné une œuvre pour l'ajouter à la liste de diffusion de XM Canada, le directeur musical de XM Canada active du Canada un dispositif technologique qui fait en sorte que le fichier électronique de musique est transféré du Canada à un serveur principal situé aux États-Unis, où il demeure accessible en permanence pour être transmis par liaison ascendante au satellite et de là, au Canada.

[39] CSI a soulevé les questions suivantes concernant les copies d'œuvres hébergées dans le serveur principal aux États-Unis : la Commission a-t-elle commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu a) que la Commission n'a pas compétence pour imposer un tarif de redevances à l'égard de la copie d'une œuvre effectuée aux États-Unis par suite d'un acte accompli par XM Canada au Canada; b) que la Commission n'a pas compétence pour imposer un tarif de redevances à l'égard de l'autorisation donnée par XM Canada au Canada de faire une copie d'une œuvre aux États-Unis; c) que Sirius et XM Canada n'ont autorisé la copie d'aucune œuvre aux États-Unis?

[40] La Commission a conclu que lorsqu'une copie électronique d'une œuvre est transmise au serveur principal aux États-Unis et y est stockée uniquement par suite de l'acte posé par une personne au Canada, la copie est produite aux États-Unis et la Commission n'a donc pas compétence pour imposer un tarif de redevances applicable à cette copie. Pour parvenir à cette conclusion, la Commission a estimé que l'acte de reproduction se produit à l'endroit où la création de la copie est achevée, de sorte que la copie électronique d'une œuvre se concrétise aux États-Unis lorsqu'elle est reçue par le serveur situé aux États-Unis. Partant, la copie est faite aux États-Unis même si le mécanisme à l'origine de sa création a été actionné au Canada.



[41] CSI argues that where the copying is initiated in Canada, the act of copying occurs in Canada because there is no person outside Canada who can be held responsible for it. This argument assumes that the making of the copy in these circumstances cannot be subject to the copyright laws of the United States, and that the owner of the United States server who permits it to be used as the repository for copies of musical works cannot be held liable under the copyright laws of the United States. This Court was referred to nothing in the record and no jurisprudence that could support this assumption, and I see no basis for accepting it.

[42] CSI also relies on the decision of *eBay Canada Ltd. v. M.N.R.*, 2008 FCA 348, [2010] 1 F.C.R. 145, at paragraph 52, for the proposition that information stored on a computer in the United States is in law capable of being located in Canada for the purpose of section 231.6 [as am. by S.C. 2000, c. 30, s. 177] of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1. CSI argues that, based on the reasoning in that case, the electronic copy of a musical work stored on the United States server may be treated as being located in Canada for the purposes of the *Copyright Act*.

[43] Nothing in *eBay* compels the conclusion that, for the purposes of the *Copyright Act*, an electronic copy of a musical work stored in a server in a particular country is also located in another country merely because there is a person in that other country who can access the copy. I would reject any such interpretation because it would necessarily mean that a specific copy of a work may, at the same moment, be within the territorial scope of the *Copyright Act* and the territorial scope of any number of the copyright laws of any number of other countries. That would not be consistent with the well established and well understood territorial limitation of the *Copyright Act* (see the *Tariff 22* case, at paragraph 56).

[44] Nor can I accept the argument of CSI that the copying occurred in both Canada and the United States, so that the location of the copying for purposes of the

[41] CSI soutient que lorsque la reproduction est amorcée au Canada, l'acte de copier se produit au Canada parce que personne à l'extérieur du Canada ne peut être tenu responsable de cette copie. Cet argument suppose que la création de la copie, dans ces circonstances, ne peut être assujettie aux lois américaines sur le droit d'auteur et que le propriétaire du serveur situé aux États-Unis qui permet l'utilisation de son serveur pour le stockage de copies d'œuvres musicales ne peut être tenu responsable en vertu des lois sur le droit d'auteur des États-Unis. CSI n'a mentionné à la Cour aucun élément du dossier ni aucun précédent susceptibles d'étayer ce postulat, et je ne vois aucune raison de le retenir.

[42] CSI s'appuie également sur l'arrêt *eBay Canada Ltd. c. M.R.N.*, 2008 CAF 348, [2010] 1 R.C.F. 145, au paragraphe 52, pour soutenir que l'information stockée dans un ordinateur aux États-Unis peut en droit être dite située au Canada pour l'application de l'article 231.6 [mod. par L.C. 2000, ch. 30, art. 177] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1. CSI prétend que, suivant le raisonnement adopté dans cette affaire, la copie électronique d'une œuvre musicale gardée en mémoire sur le serveur aux États-Unis peut être considérée comme étant située au Canada pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[43] Rien, dans l'arrêt *eBay*, ne commande de conclure qu'aux fins de la *Loi sur le droit d'auteur*, une copie électronique d'une œuvre musicale stockée sur un serveur dans un pays donné se trouve aussi dans un autre pays du seul fait qu'une personne, dans cet autre pays, peut avoir accès à la copie. Je rejeterais une telle interprétation, parce qu'elle signifierait nécessairement qu'une copie particulière d'une œuvre peut être visée par la portée territoriale de la *Loi sur le droit d'auteur* et celle de lois sur le droit d'auteur d'un grand nombre de pays. Cette situation serait incompatible avec la limitation territoriale bien établie et bien comprise de la *Loi sur le droit d'auteur* (voir l'affaire du *tarif 22*, au paragraphe 56).

[44] Je ne peux non plus accepter l'argument de CSI selon lequel la copie s'est produite à la fois au Canada et aux États-Unis, de sorte que le lieu de création de la

*Copyright Act* should be determined on the basis of the “real and substantial connection” test as applied in the *Tariff 22* case. The *Tariff 22* case required a determination, for the purposes of the *Copyright Act*, of the location of a communication initiated in one country and received in another. Given that a communication cannot be complete without both a sender and receiver, it was necessary to adopt a principled basis for choosing whether the communication would be situated at the location of the sender or the location of the receiver. The principle applied in that case—the real and substantial connection test—is not required to determine the location of the act of copying where, as in this case, the completed copy exists only in one location.

[45] I agree with the Board that the making of a copy is not complete until it exists in some material form (see subsection 3(1) of the *Copyright Act*). I also agree that the electronic copies of works stored in the United States main server are outside the Board’s jurisdiction, even if the copying was initiated in Canada. I am compelled to conclude that CSI’s challenge to that aspect of the Board’s decision cannot succeed.

[46] CSI argues in the alternative that a person who initiates, in Canada, the making of an electronic copy of a work in the United States has authorized the copying, and has thereby infringed in Canada the copyright attached to the work by virtue of the closing words of subsection 3(1) of the *Copyright Act*. The Board, based on its interpretation of subsection 3(1), concluded that the act of authorizing in Canada is not actionable under the *Copyright Act* where the primary infringement occurs outside Canada. I agree.

[47] As I interpret the closing words of subsection 3(1), the authorization of a particular act infringes copyright only if the authorized act is itself an act of infringement. Therefore, when the Board concluded correctly that it has no jurisdiction to impose a royalty

copie, aux fins de la *Loi sur le droit d’auteur*, devrait être déterminé en fonction du critère du « lien réel et substantiel » appliqué dans l’affaire du *tarif 22*. Cette affaire nécessitait la détermination, pour l’application de la *Loi sur le droit d’auteur*, du lieu où s’était produite une communication engagée dans un pays et reçue dans un autre. Une communication ne pouvant être établie sans qu’il y ait à la fois un expéditeur et un destinataire, il fallait adopter un critère fondé sur un principe pour établir si la communication serait située à l’endroit où se trouvait l’expéditeur ou à celui où se trouvait le destinataire. Il n’est pas nécessaire d’appliquer le principe retenu dans cette affaire — le critère du lien réel et important — pour déterminer le lieu de création de la copie lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, la copie complétée n’existe qu’en un seul endroit.

[45] Je conviens avec la Commission que la réalisation d’une copie n’est pas achevée tant que la copie n’existe pas sous une forme matérielle quelconque (voir le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*). Je suis également d’accord pour dire que les copies électroniques d’œuvres stockées dans le serveur principal situé aux États-Unis ne relèvent pas de la compétence de la Commission, même si l’acte de copie a été entrepris au Canada. Je n’ai d’autre choix que de conclure que la contestation par CSI de cet aspect de la décision de la Commission doit être rejetée.

[46] CSI plaide subsidiairement qu’une personne qui, au Canada, entreprend de faire une copie électronique d’une œuvre se trouvant aux États-Unis, en a autorisé la copie et a de ce fait violé au Canada le droit d’auteur associé à l’œuvre, par application de la partie finale du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Se fondant sur son interprétation du paragraphe 3(1), la Commission a conclu que l’acte d’autorisation au Canada ne confère pas de droit d’action en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur* lorsque la contrefaçon principale survient à l’extérieur du Canada. Je suis d’accord.

[47] Selon mon interprétation de la partie finale du paragraphe 3(1), l’autorisation à l’égard d’un acte particulier ne viole le droit d’auteur que si l’acte autorisé constitue lui-même un acte de contrefaçon. Par conséquent, dès lors que la Commission a conclu, à juste titre,

tariff in relation to the copying of a work located in the United States, it was compelled to conclude that it has no jurisdiction to impose a royalty tariff in relation to the authorization of that copying, even if the authorization took place in Canada.

[48] CSI also argues that the Board should have concluded that Sirius and XM Canada authorize the copying of all musical works on the United States servers, including copies created by the act of a person in the United States. That argument too must fail, based on the interpretation of subsection 3(1) of the *Copyright Act* set out in the previous paragraph.

(2) *Copies in the four- to ten-second buffer*

[49] The remaining challenges by CSI to the Board's decision relate to the four- to ten-second buffer memory found in all satellite radio receivers supplied by Sirius and XM Canada to its subscribers. The buffer memory automatically records four to ten seconds of broadcast content. The recorded content is continuously replaced as new content is received so that at any point in time, only the last four to ten seconds of broadcast content is in the buffer. The content is played to the listener in a "rolling" fashion to provide for smooth listening, with none of the interruptions that might be caused by momentary interruptions in transmission.

[50] The specific questions are whether the Board erred in concluding that: (a) a work is not copied when four- to ten-second segments of the work are copied in the buffer memory of a satellite radio receiver or a personal computer; and (b) a four- to ten-second segment of a work is not a substantial part of the work.

qu'elle n'a pas compétence pour imposer un tarif de redevances relativement à la copie d'une œuvre située aux États-Unis, elle devait conclure qu'elle n'a pas compétence pour imposer un tarif de redevances relativement à l'autorisation d'effectuer cette copie, même si l'autorisation a été donnée au Canada.

[48] Par ailleurs, de l'avis de CSI, la Commission aurait dû conclure que Sirius et XM Canada autorisent la copie de toutes les œuvres musicales stockées dans les serveurs aux États-Unis, y compris les copies créées par le fait d'une personne se trouvant aux États-Unis. Cet argument doit aussi être rejeté, compte tenu de l'interprétation du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* exposée dans le paragraphe qui précède.

2) *Copies enregistrées dans le tampon d'une durée de quatre à dix secondes*

[49] Les autres questions soulevées par CSI à l'encontre de la décision de la Commission ont trait à la mémoire tampon d'une durée de quatre à dix secondes incluse dans tous les récepteurs de radio par satellite fournis par Sirius et XM Canada à leurs abonnés. La mémoire tampon enregistre automatiquement de quatre à dix secondes de contenu de radiodiffusion. Le contenu enregistré est continuellement remplacé par le nouveau contenu reçu, de sorte qu'en tout temps, seules les quatre à dix dernières secondes de contenu radiodiffusé sont inscrites dans le tampon. Le contenu est joué pour l'auditeur en « défilement vertical » afin d'assurer une écoute harmonieuse sans aucune des interruptions qui pourraient être causées par des coupures momentanées dans la transmission.

[50] Les questions posées à la Cour sont de savoir si la Commission a commis une erreur en concluant : a) qu'il n'y a pas copie d'une œuvre lorsque des segments de quatre à dix secondes de cette œuvre sont copiés dans la mémoire tampon d'un récepteur de radio par satellite ou d'un ordinateur personnel; b) qu'un segment d'une durée de quatre à dix secondes ne constitue pas une partie importante de l'œuvre.

[51] CSI argues that the Board erred in law in determining that the rolling four to ten seconds of broadcast content stored momentarily in the temporary memory of a satellite radio receiver is not a copy of the work, or a copy of a substantial part of a work. The Board's conclusion on this point is primarily a finding of mixed law and fact but CSI argues, in essence, that the Board misdirected itself by reasoning that a copy of a work or a substantial part of a work would exist only if a complete reproduction of the work exists at one point in time.

[52] While the Board clearly considered it relevant that the four- to ten-second buffer does not cause a copy of the entire work to exist at any point in time, I do not read its reasons as indicating that this was determinative. As I understand the Board's reasons, its conclusion was influenced, not only by the fact that a copy of no more than four to ten seconds of content could exist in the buffer at any one time, but also by the fact that there would at no time be a choice as to what goes into the buffer and when it comes out. In my view, the Board's conclusion that the buffered content was not a copy of an entire work or a copy of a substantial part of a work was reasonably open to it on the record and was not based on an error of law. CSI's application cannot succeed on this ground.

### Conclusion

[53] I would dismiss both applications for judicial review with costs.

DAWSON J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

[51] CSI est d'avis que la Commission a commis une erreur de droit en statuant que les quatre à dix secondes de contenu de radiodiffusion stockées momentanément en défilement dans la mémoire temporaire d'un récepteur de radio par satellite ne représentent ni une copie de l'œuvre, ni une copie d'une partie importante d'une œuvre. La conclusion de la Commission sur ce point est principalement une conclusion mixte de droit et de fait, mais CSI soutient essentiellement que la Commission a commis une erreur en estimant qu'une copie d'une œuvre ou d'une partie importante d'une œuvre existe uniquement si une reproduction complète de l'œuvre existe à un moment quelconque.

[52] Bien que la Commission ait clairement jugé pertinent que le tampon d'une durée de quatre à dix secondes ne donne naissance à aucun moment à une copie de l'œuvre complète, je ne crois pas, à la lecture de ses motifs, qu'elle ait estimé ce point déterminant. Si je comprends bien les motifs de la Commission, sa conclusion tient non seulement à ce qu'une copie d'une durée maximale de quatre à dix secondes peut exister dans le tampon à tout moment, mais aussi à ce qu'en aucun moment un choix ne peut être exercé quant à ce qui entre dans la mémoire tampon ni quant au moment où le segment stocké est joué. À mon avis, il était raisonnablement loisible à la Commission de conclure des faits au dossier que le contenu du tampon ne constituait ni une copie d'une œuvre complète ni une copie d'une partie importante d'une œuvre, et cette conclusion n'est pas fondée sur une erreur de droit. La demande de CSI fondée sur ce moyen ne peut être accueillie.

### Conclusion

[53] Je rejetterais les deux demandes de contrôle judiciaire, avec dépens.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

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