

2017 FCA 249  
A-472-16

2017 CAF 249  
A-472-16

**Bell Canada and Bell Media Inc. (Appellants)**

**Bell Canada et Bell Media Inc. (appelantes)**

v.

c.

**Attorney General of Canada (Respondent)**

**Procureur général du Canada (intimé)**

and

et

**Association of Canadian Advertisers and Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (Intervenors)**

**Association canadienne des annonceurs et Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (intervenantes)**

A-471-16

A-471-16

**National Football League, NFL International LLC and NFL Productions LLC (Appellants)**

**National Football League, NFL International LLC et NFL Productions LLC (appelantes)**

v.

c.

**Attorney General of Canada (Respondent)**

**Procureur général du Canada (intimé)**

and

et

**Association of Canadian Advertisers and Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (Intervenors)**

**Association canadienne des annonceurs et Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (intervenantes)**

**INDEXED AS: BELL CANADA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : BELL CANADA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Webb, Near and Gleason JJ.A.—Toronto, October 17; Ottawa, December 18, 2017.

Cour d'appel fédérale, les juges Webb, Near et Gleason, J.C.A.—Toronto, 17 octobre; 18 décembre 2017.

*Broadcasting — Consolidated appeals from Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) order excluding Super Bowl from simultaneous substitution regime — Under that regime, Canadian commercials substituted for those of American broadcasters on American channels — As a result of CRTC's order, Canadians now able to watch Super Bowl on Canadian stations with Canadian advertisements or on American stations with American advertisements — Appellants Bell Canada, Bell Media Inc. (Bell) arguing, inter alia, that because Broadcasting Act, s. 9(1)(h) referring to “programming services”, CRTC not having jurisdiction to single out individual “program” such as Super*

*Radiodiffusion — Appels réunis contre l'ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) excluant le Super Bowl du régime de substitution simultanée — Sous ce régime, les publicités canadiennes étaient substituées à celles d'un radiodiffuseur américain sur les chaînes américaines — Du fait de l'ordonnance du CRTC, les Canadiens sont maintenant en mesure de regarder le Super Bowl sur des chaînes canadiennes avec les publicités canadiennes ou sur des chaînes américaines avec les publicités américaines — Les appelantes Bell Canada et Bell Media Inc. (Bell) ont fait valoir notamment que, du fait que l'art. 9(1)h de la Loi sur la radiodiffusion vise les*

Bowl; term “program” as used in Broadcasting Act referring to entire television channel, not individual shows — Bell also arguing that order operating retrospectively, interfering with Bell’s vested right to be exclusive broadcaster of Super Bowl in Canada — Appellant National Football League (NFL) arguing, *inter alia*, that order conflicting with Copyright Act, s. 31(2)(c), Canada-United States Free Trade Agreement (CUSFTA), Art. 2006(1) — Whether reasonable for CRTC to determine that its order within its jurisdiction, not retrospective, not interfering with vested rights; whether correct for CRTC to determine that its order not conflicting with Copyright Act, international trade law — CRTC’s determination having jurisdiction to make order under Broadcasting Act, s. 9(1)(h) reasonable — Meaning of term “programming service” depending on context — CRTC’s explanation “that ‘programming service’ ... may be taken to include all programs” necessarily meaning that in other circumstances same term may be taken to include single program — Also instructive that Simultaneous Programming Service Deletion and Substitution Regulations, s. 1(2) defining “programming service” to include a program — Not demonstrated herein that legislator or Federal Court of Appeal excluding programs from meaning of “programming service” — Reasonable to conclude that program included where terms, conditions being added preventing substitution of advertisements — Broadcasting Act having numerous disparate objectives — Parliament intending for CRTC, not Court, to decide how best to balance those competing policy objectives — No reviewable error in CRTC’s interpretation of Broadcasting Act on issue of retrospectivity — CRTC’s powers to make orders, regulations cannot be limited by contract made between private parties — Bell’s vested right argument failing — Not NFL’s right that program will be simultaneously substituted — Consequently, this could not have been a term of the licence granted to Bell — Broadcasting regime conferring benefits, not rights — Bell only having privilege to request simultaneous substitution — Having no legal entitlement to specific sum of revenue from selling advertisements under its contract with NFL — CRTC’s order not conflicting with Copyright Act — Broadcaster not infringing copyright if meeting enumerated conditions under s. 31(f) — CUSFTA, Art. 2006(1) concerned with copyright holder’s ability to be remunerated for retransmission, not simultaneous substitution of commercials — CRTC’s order complying with each of enumerated requirements in s. 31(2) — No operational conflict between order, Copyright Act, s. 31(2)(c) — Appeal dismissed.

« services de programmation », le CRTC n’a pas compétence pour cibler une « émission » en particulier; comme le Super Bowl; et que l’expression « émission », telle qu’elle est utilisée dans la Loi sur la radiodiffusion, désigne une chaîne de télévision en entier, et non des événements télévisuels particuliers — Bell a fait valoir en outre que l’ordonnance avait un effet rétrospectif et portait atteinte à son droit acquis d’être le radiodiffuseur exclusif du Super Bowl au Canada — L’appelante, la National Football League (NFL), a fait valoir notamment que l’ordonnance contrevenait à l’art. 31(2)(c) de la Loi sur le droit d’auteur et à l’art. 2006(1) de l’Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis (ALECEU) — Il s’agissait de savoir si la conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre son ordonnance, que cette ordonnance n’était pas rétrospective et qu’elle ne portait pas atteinte à des droits acquis, était raisonnable; et si la conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance n’entraînait en conflit ni avec la Loi sur le droit d’auteur, ni avec le droit commercial international, était correcte — La conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre l’ordonnance en vertu de l’art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion était raisonnable — Le sens de l’expression « service de programmation » dépend du contexte — L’explication du CRTC voulant que le « “service de programmation” [...] peut englober toutes les émissions » signifiait nécessairement que, en d’autres circonstances, la même expression peut désigner une seule émission — Il était également instructif que la définition de l’expression « service de programmation » à l’art. 1(2) du Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation inclut une émission — Il n’a pas été établi en l’espèce que le législateur ou la Cour d’appel fédérale a voulu exclure les émissions de l’expression « service de programmation » — Il était raisonnable de conclure qu’une émission serait comprise lorsqu’il est question d’ajouter des modalités interdisant la substitution de publicités — La Loi sur la radiodiffusion énonce de nombreux objectifs disparates — Le législateur avait l’intention de laisser au CRTC, et non à la Cour, le soin de trouver le meilleur équilibre entre ces objectifs concurrents — Il n’y a eu aucune erreur susceptible de contrôle dans l’interprétation qu’a fait le CRTC de la Loi sur la radiodiffusion quant à la question de la rétrospectivité — Les pouvoirs du CRTC lui permettant de rendre des ordonnances et d’édicter des règlements ne peuvent pas être limités par un contrat convenu entre des parties privées — L’argument de Bell portant sur son droit acquis ne tenait pas — La NFL n’avait pas le droit à la substitution simultanée de cette émission — Par conséquent, cela ne pouvait pas constituer une modalité de la licence accordée à Bell — Le régime de radiodiffusion canadien ne confère pas des droits, mais des avantages — Bell a seulement le privilège de demander la substitution simultanée — Bell n’a pas juridiquement droit à des revenus d’un montant précis issus de la vente de publicités au titre de son contrat avec la NFL — L’ordonnance

*rendue par le CRTC n'était pas contraire à la Loi sur le droit d'auteur — Le radiodiffuseur qui respecte les conditions énumérées à l'art. 31f) ne contrevient pas au droit d'auteur — L'art. 2006(1) de l'ALECEU porte sur la capacité du titulaire d'un droit d'auteur sur une émission d'être rémunéré lors de la retransmission de cette dernière, et non sur la substitution simultanée des publicités — L'ordonnance du CRTC était conforme à chacune des exigences énumérées à l'art. 31(2) — Elle n'était pas contraire, sur le plan de l'application, à l'art. 31(2)c) de la Loi sur le droit d'auteur — Appel rejeté.*

These were consolidated appeals from an order of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) made pursuant to paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* by which the CRTC excluded the Super Bowl, the annual championship game of the National Football League (NFL), from the simultaneous substitution regime.

Under the simultaneous substitution regime, the operator of a Canadian television station may require a Canadian broadcasting distribution undertaking to substitute the Canadian feed for a non-Canadian programming service, which results in Canadian commercials being substituted for those of an American broadcaster so that Canadian viewers watching an American channel will see Canadian commercials. In its order, the CRTC explained that it had decided to no longer authorize simultaneous substitution because it was not in the public interest. As of January 2017, Canadians can watch the Super Bowl on Canadian stations with Canadian advertisements or on American stations with American advertisements. The appellants Bell Canada and Bell Media Inc. (Bell) argued, *inter alia*, that because paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* refers to “programming services”, the CRTC only has jurisdiction to make orders and regulations regarding programming services and does not have jurisdiction to single out an individual “program”, such as the Super Bowl. Bell also argued that the *Broadcasting Act* uses the term “program” to refer to an entire television channel and not individual shows. Bell further argued that the order operated retrospectively and interfered with its vested right to be the exclusive broadcaster of the Super Bowl in Canada. The appellant NFL argued, *inter alia*, that the order conflicted with paragraph 31(2)(c) of the *Copyright Act* and Article 2006(1) of the Canada-United States Free Trade Agreement (CUSFTA).

At issue was whether it was reasonable for the CRTC to determine that its order was within its jurisdiction, was not retrospective and did not interfere with vested rights; and whether

Il s'agissait d'appels réunis contre l'ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) rendue en vertu de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*, par laquelle le CRTC a exclu le Super Bowl, le match du championnat annuel de la National Football League (NFL), du régime de substitution simultanée.

Sous le régime de substitution simultanée, l'exploitant d'une station de télévision canadienne peut exiger d'une entreprise canadienne de distribution de radiodiffusion qu'elle substitue un signal canadien aux services de programmation non canadiens, de sorte que les publicités canadiennes seront substituées à celles d'un radiodiffuseur américain. Ainsi, les téléspectateurs canadiens regardant une chaîne américaine verront des publicités canadiennes. Dans son ordonnance, le CRTC a expliqué avoir décidé de ne plus autoriser la substitution simultanée parce qu'elle n'était pas dans l'intérêt public. Depuis le mois de janvier 2017, les Canadiens sont en mesure de regarder le Super Bowl sur des chaînes canadiennes avec les publicités canadiennes ou sur des chaînes américaines avec les publicités américaines. Les appelantes Bell Canada et Bell Media Inc. (Bell) ont fait valoir notamment que, du fait que l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* vise les « services de programmation », le CRTC a seulement compétence pour rendre des ordonnances et prendre des règlements quant aux services de programmation, et non pour cibler une « émission » en particulier, comme le Super Bowl. Bell a soutenu également que la *Loi sur la radiodiffusion* utilise l'expression « émission » pour désigner une chaîne de télévision en entier, et non des événements télévisuels particuliers. Bell a fait valoir en outre que l'ordonnance avait un effet rétroactif et portait atteinte à son droit acquis d'être le radiodiffuseur exclusif du Super Bowl au Canada. L'appelante, la NFL, a fait valoir notamment que l'ordonnance contrevient à l'alinéa 31(2)c) de la *Loi sur le droit d'auteur* et au paragraphe 2006(1) de l'Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis (ALECEU).

Il s'agissait de savoir si la conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre son ordonnance, que cette ordonnance n'était pas rétroactive et qu'elle ne portait

it was correct for the CRTC to determine that its order did not conflict with the *Copyright Act* and/or international trade law.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The CRTC's determination that it had jurisdiction to make its order under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* was reasonable. In *Distribution on omnibus high definition channels by Star Choice and Cancom*, Broadcasting Decision CRTC 2005-195 (*Star Choice*), the CRTC explained that the meaning of the term "programming service" depends on the context in which it is used. The CRTC's explanation therein "that 'programming service' ... may be taken to include all programs" necessarily means that, in other circumstances, the same term may be taken to include a single program. It is also instructive and informs the context that the definition of "programming service" in subsection 1(2) of the *Simultaneous Programming Service Deletion and Substitution Regulations* (which adopts the definition in section 1 of the *Broadcasting Distribution Regulations*) defines "programming service" to include a program. It was not demonstrated herein that the legislator or the Federal Court of Appeal has excluded programs from the meaning of "programming service". It is reasonable to conclude that a program would be included where terms and conditions are being added preventing the substitution of advertisements. There was no inconsistency between the CRTC's finding in *Star Choice* and this matter. There is a certain irony that legislation that has the protection of the Canadian broadcasting industry and its employees as one of its important objectives is being used to allow for the broadcasting of American advertisements during the Super Bowl to the apparent detriment of the Canadian industry and its employees. But there are numerous disparate objectives set out in the *Broadcasting Act* and Parliament intended that the CRTC decide how best to balance competing policy objectives related to broadcasting in Canada. It is not for the Court to engage in weighing these competing policy objectives and substituting its own view in deciding which policy objectives should be pursued.

There was no reviewable error in the CRTC's interpretation of the *Broadcasting Act* on the issue of retrospectivity. Legislators often make legislation and regulations that interfere with expectations. The CRTC's powers to make orders and regulations cannot be limited by a contract made between private parties. In this case, Bell's argument that the CRTC interfered with its vested right to be the exclusive broadcaster of the Super Bowl in Canada failed. Although it is the NFL's right to licence its program to Bell, it is not the NFL's right that the program will be simultaneously substituted—this is

pas atteinte à des droits acquis, était raisonnable, et si la conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance n'entraînait en conflit ni avec la *Loi sur le droit d'auteur*, ni avec le droit commercial international, était correcte.

*Arrêt* : L'appel doit être rejeté.

La conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre l'ordonnance en vertu de l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* était raisonnable. Dans la décision de radiodiffusion CRTC 2005-195 *Distribution de canaux omnibus haute définition par Star Choice et Cancom (Star Choice)*, le CRTC a expliqué que le sens de l'expression « service de programmation » dépend du contexte de son utilisation. L'explication du CRTC dans cette affaire voulant que le « "service de programmation" [...] peut englober toutes les émissions » signifie nécessairement que, en d'autres circonstances, la même expression peut désigner une seule émission. Il est également instructif, et révélateur du contexte, que la définition de l'expression « service de programmation » au paragraphe 1(2) du *Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation* (lequel adopte la définition figurant à l'article 1 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*) inclut une émission. Il n'a pas été établi que le législateur ou la Cour d'appel fédérale a voulu exclure les émissions de l'expression « service de programmation ». Il est raisonnable de conclure qu'une émission serait comprise lorsqu'il est question d'ajouter des modalités interdisant la substitution de publicités. Il n'y a aucune incohérence entre la conclusion du CRTC dans *Star Choice* et celle dans la présente affaire. Il y a une certaine ironie à ce qu'une loi dont l'un des objectifs importants est de protéger l'industrie de la radiodiffusion canadienne et ses employés soit utilisée pour permettre la diffusion de publicités américaines durant le Super Bowl au détriment, apparemment, de l'industrie canadienne et de ses employés. Or, la *Loi sur la radiodiffusion* énonce de nombreux objectifs disparates, et le législateur avait l'intention de laisser au CRTC le soin de trouver le meilleur équilibre entre des objectifs concurrents en lien avec la radiodiffusion au Canada. La Cour n'a pas pour rôle d'entreprendre une pondération de ces objectifs stratégiques concurrents et de substituer ses propres conclusions quant aux objectifs à atteindre.

Il n'y a eu aucune erreur susceptible de contrôle dans l'interprétation qu'a fait le CRTC de la *Loi sur la radiodiffusion* quant à la question de la rétroactivité. Les législateurs adoptent souvent des lois et des règlements qui déjouent les attentes. Les pouvoirs du CRTC lui permettant de rendre des ordonnances et d'édicter des règlements ne peuvent pas être limités par un contrat conclu entre des parties privées. Dans la présente affaire, l'argument de Bell voulant que le CRTC ait porté atteinte à son droit acquis d'être le radiodiffuseur exclusif du Super Bowl au Canada ne tenait pas. Bien que

a benefit conferred by Canada's broadcasting regulatory regime. Consequently, this could not have been a term of the licence granted to Bell. Canada's broadcasting regime confers benefits, not rights. Bell only ever had the privilege to request simultaneous substitution, a privilege which flows from the *Broadcasting Act* and regulations. In this case, there was no existing obligation as there was no vested right because Bell has no legal entitlement to a specific sum of revenue from selling advertisements under its contract with the NFL. This private agreement under which no right to simultaneously substitute commercials has vested cannot prevent the CRTC from issuing an order.

The CRTC's order did not conflict with the *Copyright Act* in both purpose and operation. Paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* grants a copyright holder the exclusive right to produce or reproduce copyrighted works, including retransmission rights. However, subsection 31(2) creates an exception to this exclusive right when a work is retransmitted in accordance with the enumerated conditions. As long as a broadcaster meets each of the enumerated conditions, it does not infringe copyright. Article 2006(1) of the CUSFTA is concerned with the copyright holder's ability to be remunerated for its copyright where its program is retransmitted and not with simultaneous substitution of commercials. The NFL was trying to elevate a principle limited to a small section in Article 2006(1) of the CUSFTA pertaining to the remuneration for retransmission to a principle of general application across the *Copyright Act*. The CRTC's order complied with each of the enumerated requirements in subsection 31(2) of the *Copyright Act* and so met the requirements of the exception to the exclusive transmission rights. Finally, there was no operational conflict between the order and paragraph 31(2)(c) of the *Copyright Act*.

la NFL ait le droit d'accorder une licence à Bell au regard de son émission, elle n'a pas le droit à la substitution simultanée de celle-ci — il s'agit là d'un avantage que confère le cadre réglementaire canadien régissant la radiodiffusion. Par conséquent, cela ne pouvait pas constituer une modalité de la licence accordée à Bell. Le régime de radiodiffusion canadien ne confère pas des droits, mais des avantages. Bell a toujours eu seulement le privilège de demander la substitution simultanée, lequel découle de la *Loi sur la radiodiffusion* et de ses règlements. En l'espèce, il n'y avait aucune obligation existante, puisqu'il n'y avait aucun droit acquis en cause, parce que Bell n'avait pas juridiquement droit à des revenus d'un montant précis issus de la vente de publicités au titre de son contrat avec la NFL. Cet accord privé, qui ne donne naissance à aucun droit acquis à la substitution simultanée des publicités, ne peut pas empêcher le CRTC de rendre une ordonnance.

L'ordonnance rendue par le CRTC n'était pas contraire à la *Loi sur le droit d'auteur* sur le plan tant de l'objet que de l'application. L'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* confère au titulaire du droit d'auteur le droit exclusif de production ou de reproduction de l'œuvre protégée, ce qui comprend la retransmission. Toutefois, le paragraphe 31(2) prévoit une exception à ce droit exclusif lorsque l'œuvre est retransmise conformément aux conditions énumérées. Le radiodiffuseur qui respecte chacune des conditions énumérées ne contrevient pas au droit d'auteur. Le paragraphe 2006(1) de l'ALECEU porte sur la capacité du titulaire d'un droit d'auteur sur une émission d'être rémunéré lors de la retransmission de cette dernière, et non sur la substitution simultanée des publicités. La NFL a tenté de magnifier un principe confiné à une petite partie du paragraphe 2006(1) de l'ALECEU portant sur la rémunération en lien avec la retransmission pour en faire un principe d'application générale concernant toute la *Loi sur le droit d'auteur*. L'ordonnance du CRTC était conforme à chacune des exigences énumérées au paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* et, de ce fait, elle respectait les exigences de l'exception aux droits exclusifs de transmission. Finalement, l'ordonnance n'était pas contraire, sur le plan de l'application, à l'alinéa 31(2)c) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) “program”, 3, 5(1), 9(1)(h), 18(3), 31(2).  
*Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555, ss. 1 “programming service”, 7(a).  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 3(1)(f), 31(2), 71–74.  
*Simultaneous Programming Service Deletion and Substitution Regulations*, SOR/2015-240, ss. 1(2), 4(1), (3).  
*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

- Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « émission », 3, 5(1), 9(1)(h), 18(3), 31(2).  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3(1)f), 31(2), 71 à 74.  
*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38.  
*Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555, art. 1 « service de programmation », 7a).  
*Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation*, DORS/2015-240, art. 1(2), 4(1), (3).

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Free Trade Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America*, [1989] Can. T.S. No. 3, Art. 2006(1).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

## DISTINGUISHED:

*Bell Canada v. Amtelecom Limited Partnership*, 2015 FCA 126, [2016] 1 F.C.R. 29.

## CONSIDERED:

*Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 217, 402 D.L.R. (4th) 551; *Distribution on omnibus high definition channels by Star Choice and Cancom* (12 May 2005), Broadcasting Decision CRTC 2005-195; *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, (1975), 66 D.L.R. (3d) 449.

## REFERRED TO:

*2251723 Ontario Inc. (VMedia) v. Rogers Media Inc.*, 2017 FCA 186, 414 D.L.R. (4th) 750; *Zulkoskey v. Canada (Employment and Social Development)*, 2016 FCA 268, 2017 C.L.L.C. 230-010; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339.

## AUTHORS CITED

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. "Let's Talk TV: A conversation with Canadians about the future of television" (24 October 2013), Broadcasting Notice of Invitation CRTC 2013-563, online: <<https://crtc.gc.ca/eng/archive/2013/2013-563.htm>>.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Measures to address issues related to simultaneous substitution* (29 January 2015), Broadcasting

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, [1989] R.T. Can. n° 3, art. 2006(1).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Bell Canada c. Amtelecom Limited Partnership*, 2015 CAF 126, [2016] 1 R.C.F. 29.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 217; *Distribution de canaux omnibus haute définition par Star Choice et Cancom* (12 mai 2005), Décision de radiodiffusion CRTC 2005-195; *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

## DÉCISIONS CITÉES :

*2251723 Ontario Inc. (VMedia) c. Rogers Media Inc.*, 2017 CAF 186; *Zulkoskey c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2016 CAF 268; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339.

## DOCTRINE CITÉE

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Mesures visant à traiter des problèmes de substitution simultanée* (29 janvier 2015), Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-25, en ligne : <<https://crtc.gc.ca/fra/archive/2015/2015-25.htm>>.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. « Parlons télé : une conversation avec les Canadiens sur l'avenir de la télévision »

Regulatory Policy CRTC 2015-25, online: <<https://crtc.gc.ca/eng/archive/2015/2015-25.htm>>.

(24 octobre 2013), avis d'invitation de radiodiffusion CRTC 2013-563, en ligne : <<https://crtc.gc.ca/fra/archive/2013/2013-563.htm>>.

CONSOLIDATED APPEALS from an order of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2016-334 and Broadcasting Order CRTC 2016-335) made pursuant to paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* excluding the Super Bowl from the simultaneous substitution regime. Appeals dismissed.

APPELS RÉUNIS qui ont été présentés contre une ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2016-334 et ordonnance de radiodiffusion CRTC 2016-335) rendue en vertu de l'alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion*, par laquelle le CRTC a exclu le Super Bowl du régime de substitution simultanée. Appels rejetés.

#### APPEARANCES

*Andrew Bernstein and Vitali Berditchevski* for appellants Bell Canada and Bell Media Inc.  
*Steven Mason, Brandon Kain, Daniel G.C. Glover and Richard Lizius* for appellants National Football League, NFL International LLC and NFL Productions LLC.  
*Michael H. Morris, Roger Flaim and Laura Tausky* for respondent.  
*J. Thomas Curry and James S.S. Holtom* for intervener.

#### ONT COMPARU :

*Andrew Bernstein et Vitali Berditchevski*, pour les appelantes Bell Canada et Bell Media Inc.  
*Steven Mason, Brandon Kain, Daniel G.C. Glover et Richard Lizius*, pour les appelantes National Football League, NFL International LLC et NFL Productions LLC.  
*Michael H. Morris, Roger Flaim et Laura Tausky*, pour l'intimé.  
*J. Thomas Curry et James S.S. Holtom*, pour l'intervenante.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Torys LLP*, Toronto, for appellants Bell Canada and Bell Media Inc.  
*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for appellants National Football League, NFL International LLC and NFL Productions LLC.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.  
*Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP*, Toronto, for intervener.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Torys LLP*, Toronto, pour les appelantes Bell Canada et Bell Media Inc.  
*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, pour les appelantes National Football League, NFL International LLC et NFL Productions LLC.  
*La sous-procureure générale du Canada*, pour l'intimé.  
*Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP*, Toronto, pour l'intervenante.

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

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

Near J.A.:

LE JUGE NEAR, J.C.A. :

#### I. Overview

#### I. Aperçu

[1] This is a consolidation of two statutory appeals under subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, S.C.

[1] La Cour est saisie de deux appels réunis, présentés en vertu du paragraphe 31(2) de la *Loi sur la*

1991, c. 11. The appellants, Bell Canada and Bell Media Inc. (Bell) and the National Football League, NFL International LLC, and NFL Productions LLC (NFL), appeal an order of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) by which the CRTC excluded the Super Bowl from the simultaneous substitution regime ([*Simultaneous substitution for the Super Bowl* (19 August 2016)] Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2016-334 (Final Decision) and Broadcasting Order CRTC 2016-335 (Final Order)).

[2] The appeals A-472-16 and A-471-16 were consolidated in an order dated January 12, 2017 with A-472-16 designated as the lead appeal. Accordingly, the following reasons will be filed in the lead file and a copy will be filed as reasons for judgment in file number A-471-16.

## II. Background

[3] The appellant, the NFL, is the copyright holder for the television production of the Super Bowl, the annual championship game of the NFL. The NFL has an agreement with the other appellant, Bell, granting Bell the exclusive rights to broadcast the Super Bowl in Canada. The Super Bowl was the most watched single event on television in Canada in 2015.

[4] For more than 40 years, the Super Bowl has been broadcast subject to Canada's simultaneous substitution regime. Regulations promulgated under the *Broadcasting Act* provide that Canadian broadcasters shall not delete or alter signals when retransmitting programming services originating outside of Canada unless granted permission under the simultaneous substitution regime (*Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555, paragraph 7(a)). Under the simultaneous substitution regime, unless the CRTC determines otherwise, the operator of a Canadian television station may require a Canadian broadcasting distribution undertaking to substitute the Canadian feed for a non-Canadian programming service, which results in Canadian commercials being substituted for those of an American broadcaster so that Canadian viewers watching an American channel will

*radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11. Les appelantes, Bell Canada et Bell Media Inc. (Bell) ainsi que la National Football League, NFL International LLC et NFL Productions LLC (la NFL), ont interjeté appel de l'ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC), par laquelle celui-ci a exclu le Super Bowl du régime de substitution simultanée ([*Substitution simultanée lors du Super Bowl* (19 août 2016)] politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2016-334 (la décision définitive) et ordonnance de radiodiffusion CRTC 2016-335 (l'ordonnance définitive)).

[2] Les appels A-472-16 et A-471-16 ont été réunis par une ordonnance du 12 janvier 2017 désignant le dossier A-472-16 comme l'appel principal. Par conséquent, les présents motifs seront déposés au dossier principal et une copie sera déposée en tant que motifs du jugement au dossier A-471-16.

## II. Le contexte

[3] L'appelante la NFL détient les droits d'auteur sur la production télévisuelle du Super Bowl, le match du championnat annuel de la NFL. La NFL a une entente avec l'autre appelante, Bell, lui accordant les droits exclusifs de diffusion du Super Bowl au Canada. Le Super Bowl a été l'événement unique le plus regardé à la télévision au Canada en 2015.

[4] Depuis plus de 40 ans, la diffusion du Super Bowl au Canada est assujettie au régime de substitution simultanée. Un règlement pris en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit que les radiodiffuseurs canadiens ne peuvent pas supprimer ou modifier les signaux lorsqu'ils retransmettent des services de programmation provenant de l'extérieur du Canada, à moins d'en obtenir l'autorisation en conformité avec le régime de substitution simultanée (*Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555, alinéa 7a)). Sous le régime de substitution simultanée, sauf décision contraire du CRTC, l'exploitant d'une station de télévision canadienne peut exiger d'une entreprise canadienne de distribution de radiodiffusion qu'elle substitue un signal canadien aux services de programmation non canadiens, de sorte que les publicités canadiennes seront

see Canadian commercials. The Canadian broadcaster of the Super Bowl made such simultaneous substitution requests for many years and so, up until the order that is the subject of this judicial review, the Super Bowl was broadcast in Canada with Canadian commercials on both Canadian and American channels.

[5] On October 24, 2013, the CRTC launched a public consultation called “Let’s Talk TV: A conversation with Canadians about the future of television” (Broadcasting Notice of Invitation CRTC 2013-563). This was followed by a series of consultations throughout which some Canadians complained about not being able to watch the American commercials during the Super Bowl (Final Decision, at paragraph 5). These consultations culminated in the Final Decision and the Final Order under appeal.

### III. Decision of the CRTC

[6] On August 19, 2016, the CRTC issued the Final Order “through which simultaneous substitution will no longer be authorized for the Super Bowl, effective 1 January 2017” (Final Decision, at paragraph 69). It explained that it made this decision because simultaneous substitution for the Super Bowl is not in the public interest (Final Decision, at paragraph 46). Effectively, as of January 1, 2017, Canadians are now able to watch the Super Bowl on Canadian stations with Canadian advertisements or on American stations with American advertisements.

[7] In its reasons, the CRTC considered five legal issues raised by the parties: (1) the CRTC’s jurisdiction to issue the Final Order; (2) whether administrative law discrimination (the principle that an administrative tribunal is not permitted to make its rules applicable to different persons based on a distinction not explicitly authorized by its legislation) has been applied; (3) the targeting of a specific program; (4) the retrospective application of a regulatory regime, and vested rights; and (5) copyright and international trade (Final Decision, at

substituées à celles d’un radiodiffuseur américain. Ainsi, les téléspectateurs canadiens regardant une chaîne américaine verront des publicités canadiennes. Le radiodiffuseur canadien du Super Bowl a formulé de telles demandes de substitution simultanée pendant de nombreuses années. Donc, jusqu’à l’ordonnance visée par le présent contrôle judiciaire, le Super Bowl a été diffusé au Canada avec des publicités canadiennes tant sur les chaînes américaines que sur les chaînes canadiennes.

[5] Le 24 octobre 2013, le CRTC a lancé un processus de consultation publique appelé « Parlons télé : une conversation avec les Canadiens sur l’avenir de la télévision » (avis d’invitation de radiodiffusion CRTC 2013-563). S’en est suivi une série de consultations au cours desquelles certains Canadiens se sont plaints de ne pas pouvoir voir les publicités américaines durant le Super Bowl (décision définitive, au paragraphe 5). Ces consultations ont mené à la décision définitive et à l’ordonnance définitive faisant l’objet du présent appel.

### III. La décision du CRTC

[6] Le 19 août 2016, le CRTC a rendu l’ordonnance définitive « selon laquelle la substitution simultanée ne sera plus autorisée lors du Super Bowl, laquelle entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 » (décision définitive, au paragraphe 69). Le CRTC a expliqué avoir rendu cette décision parce que la substitution simultanée du Super Bowl n’était pas dans l’intérêt public (décision définitive, au paragraphe 46). En fait, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, les Canadiens sont en mesure de regarder le Super Bowl sur des chaînes canadiennes avec les publicités canadiennes ou sur des chaînes américaines avec les publicités américaines.

[7] Dans ses motifs, le CRTC a examiné cinq questions juridiques soulevées par les parties : 1) la compétence du CRTC pour rendre l’ordonnance définitive; 2) l’existence d’une discrimination administrative illégale (le principe selon lequel un tribunal administratif ne peut décider que ses règles s’appliquent à certaines personnes et non à d’autres si cette distinction n’est pas explicitement autorisée par sa loi habilitante); 3) le ciblage d’une émission en particulier; 4) l’application rétrospective d’un régime réglementaire et les droits

paragraph 44). I will discuss the CRTC’s determination on each of the issues under appeal in my analysis.

#### IV. Issues

[8] I would characterize the issues on appeal as follows:

1. Was it reasonable for the CRTC to determine that its Final Order—made pursuant to paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*—was within its jurisdiction?
2. Was it reasonable for the CRTC to determine that its Final Order is not retrospective and does not interfere with vested rights?
3. Was it correct for the CRTC to determine that its Final Order does not conflict with the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 and/or international trade law?

#### V. Analysis

##### A. *Jurisdiction of the CRTC*

###### (1) Standard of Review

[9] The standard of review is reasonableness where an administrative decision maker interprets its home statutes or statutes closely related to its functions and this “extends to the delineation of its own jurisdiction in applying its home statutes” (*Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 217, 402 D.L.R. (4th) 551, at paragraph 42 (*Bell Canada*); *Bell Canada v. Amtelecom Limited Partnership*, 2015 FCA 126, [2016] 1 F.C.R. 29 (*Amtelecom*), at paragraphs 37–39; 2251723 *Ontario Inc. (VMedia) v. Rogers Media Inc.*, 2017 FCA 186, 414 D.L.R. (4th) 750 (*VMedia*), at paragraph 29). In my view, the standard of review for this issue is reasonableness. The appellants strenuously argue for a limited margin of appreciation and a narrow view as to

acquis; 5) le droit d’auteur et le commerce international (décision définitive, au paragraphe 44). J’analyserai la décision du CRTC quant à chacune des questions en litige dans le présent appel.

#### IV. Les questions en litige

[8] Je formulerais ainsi les questions en litige dans le présent appel :

1. La conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre son ordonnance définitive, en vertu de l’alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion*, était-elle raisonnable?
2. La conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance définitive n’était pas rétrospective et ne portait pas atteinte à des droits acquis était-elle raisonnable?
3. La conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance définitive n’entraînait en conflit ni avec la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, ni avec le droit commercial international était-elle correcte?

#### V. Analyse

##### A. *La compétence du CRTC*

###### 1) La norme de contrôle

[9] La norme de contrôle applicable aux décisions d’un décideur interprétant ses lois habilitantes ou les lois étroitement liées à sa mission est la décision raisonnable, et ceci « lui permet de déterminer son champ de compétence dans l’application de ses lois habilitantes » (*Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 217 (*Bell Canada*), au paragraphe 42; *Bell Canada c. Amtelecom Limited Partnership*, 2015 CAF 126, [2016] 1 R.C.F. 29 (*Amtelecom*), aux paragraphes 37 à 39; 2251723 *Ontario Inc. (VMedia) c. Rogers Media Inc.*, 2017 CAF 186 (*VMedia*), au paragraphe 29). À mon avis, la norme de contrôle applicable à l’égard de cette question est la décision raisonnable. Les appelantes ont énergiquement plaidé pour une marge de manœuvre

what would be reasonable which, in my view, is an analysis of limited assistance. The determination to be made is whether the decision is reasonable under the circumstances; nothing more and nothing less (*Zulkoskey v. Canada (Employment and Social Development)*, 2016 FCA 268, 2017 C.L.L.C. 230-010, at paragraph 15 citing *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at paragraphs 18, 73). Thus, the principles in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47 apply. As long as the CRTC's decision demonstrates "justification, transparency and intelligibility within the decision-making process" and "falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law", the Court will treat it with deference.

- (2) Was it reasonable for the CRTC to determine that its Final Order—made pursuant to paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*—was within its jurisdiction?

[10] It is important to understand the interplay between the *Broadcasting Act* and its regulations with respect to simultaneous substitution for the purposes of this appeal. The CRTC issued its Final Order pursuant to paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*. Paragraph 9(1)(h) reads:

**Licences etc.**

**9 (1)** Subject to this Part, the Commission may, in furtherance of its objects,

...

**(h)** require any licensee who is authorized to carry on a distribution undertaking to carry, on such terms and conditions as the Commission deems appropriate, programming services specified by the Commission.

[11] Further, subsection 4(1) of the *Simultaneous Programming Service Deletion and Substitution Regulations*, SOR/2015-240 (Sim Sub Regulations) outlines the circumstances in which simultaneous substitution is required:

limitée et une conception étroite du caractère raisonnable. À mon sens, cette analyse est d'une utilité limitée. Le caractère raisonnable d'une décision s'apprécie au regard des circonstances, rien de plus et rien de moins (*Zulkoskey c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2016 CAF 268, au paragraphe 15, citant l'arrêt *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, aux paragraphes 18 et 73). Ainsi, les principes énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47, s'appliquent. Tant que « la justification de la décision, [...] la transparence et [...] l'intelligibilité du processus décisionnel » ressortent de la décision du CRTC et que celle-ci appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », la Cour fait preuve de déférence à son égard.

- 2) La conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre son ordonnance définitive, en vertu de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*, était-elle raisonnable?

[10] Pour les besoins du présent appel, il importe de comprendre l'interaction entre la *Loi sur la radiodiffusion* et ses règlements en ce qui a trait à la substitution simultanée. Le CRTC a rendu son ordonnance définitive en vertu de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cet alinéa est rédigé ainsi :

**Catégories de licences**

**9 (1)** Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil peut, dans l'exécution de sa mission :

[...]

**h)** obliger ces titulaires à offrir certains services de programmation selon les modalités qu'il précise.

[11] En outre, le paragraphe 4(1) du *Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation*, DORS/2015-240 (le Règlement), énonce les circonstances où la substitution simultanée est exigée :

**Obligation to carry out request**

**4 (1)** Except as otherwise provided under these Regulations or in a condition of its licence, a licensee that receives a request referred to in section 3 must carry out the requested deletion and substitution if the following conditions are met:

(a) the request is in writing and is received by the licensee at least four days before the day on which the programming service to be substituted is to be broadcast;

(b) the programming service to be deleted and the programming service to be substituted are comparable and are to be broadcast simultaneously;

(c) the programming service to be substituted has the same format as, or a higher format than, the programming service to be deleted; and

(d) if the licensee carries on a terrestrial distribution undertaking, the programming service to be substituted has a higher priority under section 17 of the *Broadcasting Distribution Regulations* than the programming service to be deleted.

[12] Then, subsection 4(3) of the Sim Sub Regulations outlines an exception to the simultaneous substitution requirement in subsection 4(1):

**4 (1) ...**

**Decision by Commission**

(3) A licensee must not delete a programming service and substitute another programming service for it if the Commission decides under subsection 18(3) of the *Broadcasting Act* that the deletion and substitution are not in the public interest. [Emphasis added.]

[13] Finally, subsection 18(3) of the *Broadcasting Act* reads:

**18 (1) ...**

**Where public hearing in Commission's discretion**

(3) The Commission may hold a public hearing, make a report, issue any decision and give any approval in connection with any complaint or representation made to the Commission or in connection with any other matter

**Observation de la demande**

**4 (1)** Sous réserve du présent règlement ou des conditions de sa licence, le titulaire qui reçoit la demande visée à l'article 3 doit retirer le service de programmation en cause et effectuer la substitution demandée si les conditions suivantes sont réunies :

a) la demande est présentée par écrit et doit être reçue par le titulaire au moins quatre jours avant la date prévue pour la diffusion du service de programmation à substituer;

b) le service de programmation à retirer et le service de programmation à substituer sont comparables et doivent être diffusés simultanément;

c) le service de programmation à substituer est d'un format égal ou supérieur au service de programmation à retirer;

d) dans le cas où le titulaire exploite une entreprise de distribution terrestre, le service de programmation à substituer a priorité, en vertu de l'article 17 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, sur le service de programmation à retirer.

[12] Ensuite, le paragraphe 4(3) du Règlement prévoit une exception à l'exigence de substitution simultanée prévue au paragraphe 4(1) :

**4 (1) [...]**

**Décision du Conseil**

(3) Le titulaire ne peut retirer un service de programmation et y substituer un autre service de programmation si le Conseil rend une décision, en vertu du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*, portant que le retrait et la substitution ne sont pas dans l'intérêt public. [Non souligné dans l'original.]

[13] Enfin, le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion* est rédigé ainsi :

**18 (1) [...]**

**Audiences publiques : faculté**

(3) Les plaintes et les observations présentées au Conseil, de même que toute autre question relevant de sa compétence au titre de la présente loi, font l'objet de telles audiences, d'un rapport et d'une décision — notamment

within its jurisdiction under this Act if it is satisfied that it would be in the public interest to do so. [Emphasis added.]

[14] The CRTC explained that its Final Order pursuant to paragraph 9(1)(h) was within its jurisdiction at paragraphs 45–48 of its Final Decision:

Section 4(1) of the Simultaneous Deletion and Substitution Regulations sets out circumstances in which a licensee is required to delete and substitute programming, with the explicit provision that this obligation applies “except as otherwise provided under these Regulations or in a condition of its licence.” Section 4(3) goes on to create such an exception, by stating that a licensee “must not delete a programming service and substitute another programming service for it if the Commission decides under subsection 18(3) of the *Broadcasting Act* that the deletion and substitution are not in the public interest.”

In light of the Commission’s finding above, further to a proceeding initiated by Broadcasting Notice of Consultation 2016-37, that deleting and performing simultaneous substitution for the Super Bowl are not in the public interest, the Commission finds that its decision in this regard falls within section 4(3) of the Simultaneous Deletion and Substitution Regulations. Having made this finding, pursuant to section 4(3), the Commission can use its power under section 9(1)(h) of the Act to implement this decision without conflict with the Simultaneous Deletion and Substitution Regulations. Accordingly, the Commission is of the view that issuing the proposed distribution order is within its jurisdiction.

In any event, the Act provides for several overlapping powers of the Commission to impose legally binding requirements, which include regulations, conditions of licence, 9(1)(h) orders and exemption orders. The legislative history indicates that these different powers can be used by the Commission in a complementary manner. The Commission has considered this issue in the past.

To interpret the Act as permitting the issuance of a 9(1)(h) order only where a regulation does not already exist could render the effect of 9(1)(h) orders virtually meaningless. Moreover, if in making a regulation the Commission was prohibiting itself from issuing

une approbation — si le Conseil l’estime dans l’intérêt public. [Non souligné dans l’original.]

[14] Le CRTC a expliqué qu’il avait compétence pour rendre son ordonnance définitive en vertu de l’alinéa 9(1)(h) aux paragraphes 45 à 48 de la décision définitive :

L’article 4(1) du Règlement sur le retrait et la substitution simultanée établit les circonstances dans lesquelles un titulaire est tenu de retirer et de substituer de la programmation et prévoit explicitement que cette obligation s’applique « sous réserve du présent règlement ou des conditions de sa licence ». Ensuite, l’article 4(3) du même règlement décrit des circonstances d’exception en précisant que « le titulaire ne peut retirer un service de programmation et y substituer un autre service de programmation si le Conseil rend une décision, en vertu du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*, portant que le retrait et la substitution ne sont pas dans l’intérêt public ».

Compte tenu des conclusions ci-dessus qui font suite à l’instance annoncée par l’avis de consultation de radiodiffusion 2016-37 et selon lesquelles le retrait et la substitution simultanée lors du Super Bowl ne sont pas dans l’intérêt public, le Conseil conclut que sa décision à cet égard relève de l’article 4(3) du Règlement sur le retrait et la substitution simultanée. À partir de cette conclusion, en vertu de l’article 4(3), le Conseil peut utiliser le pouvoir que lui confère l’article 9(1)(h) de la Loi pour mettre en œuvre cette décision sans entrer en conflit avec ce règlement. Par conséquent, le Conseil estime que la publication de l’ordonnance de distribution proposée relève de sa compétence.

De toute façon, la Loi prévoit le chevauchement d’un certain nombre des pouvoirs du Conseil en vue d’imposer des exigences juridiquement contraignantes, y compris les règlements, les conditions de licence, les ordonnances 9(1)(h) et les ordonnances d’exemption. Selon l’historique de la législation, ces différents pouvoirs peuvent être exercés par le Conseil de façon complémentaire. Le Conseil a déjà examiné cette question auparavant.

Toute interprétation de la Loi comme une autorisation de ne rendre une ordonnance en vertu de l’article 9(1)(h) qu’en l’absence d’un règlement existant pourrait pratiquement vider de leur sens les ordonnances 9(1)(h). De plus, si par l’adoption d’un règlement le Conseil s’interdisait

a 9(1)(h) order in the future, such a regulation could be viewed as fettering the Commission’s discretion to exercise a complementary power. Consequently, the Commission considers that BCE’s argument is not convincing in the present case. [Emphasis added; citations omitted.]

[15] The appellants argue that because paragraph 9(1)(h) refers to “programming services”, the CRTC only has jurisdiction to make orders and regulations regarding programming services and does not have jurisdiction to single out an individual “program”. The appellants equate the term program with a single show. Subsection 2(1) of the *Broadcasting Act* defines “program” as follows:

**Definitions**

**2 (1) ...**

**program** means sounds or visual images, or a combination of sounds and visual images, that are intended to inform, enlighten or entertain, but does not include visual images, whether or not combined with sounds, that consist predominantly of alphanumeric text; (*émission*)

Although the *Broadcasting Act* does not define programming service, the appellants argue that the Act uses the term to refer to an entire television channel and not individual shows (as it does in paragraphs 3(1)(r) and 3(1)(t)). Thus, the appellants argue, the Super Bowl is a program—which is different from a programming service—and so the CRTC did not have jurisdiction to make its Final Order under paragraph 9(1)(h).

[16] In support of their argument, the appellants cite Broadcasting Decision CRTC 2005-195 [*Distribution on omnibus high definition channels by Star Choice and Cancom*] (*Star Choice*), however, as the respondent notes, the appellants cite only part of this authority. In that decision, the CRTC explained [at paragraph 27] that the meaning of the term “programming service” depends on the context in which it is used:

dorénavant de rendre toute ordonnance 9(1)(h), un tel règlement pourrait être considéré comme une entrave à la discrétion du Conseil d’exercer un pouvoir complémentaire. Par conséquent, le Conseil estime que l’argument de BCE n’est pas convainquant dans le présent cas. [Non souligné dans l’original; renvois omis.]

[15] Les appelantes font valoir que, du fait que l’alinéa 9(1)(h) vise les « services de programmation », le CRTC a seulement compétence pour rendre des ordonnances et prendre des règlements quant aux services de programmation, et non pour cibler une « émission » en particulier. Les appelantes estiment que le terme émission équivaut à un seul événement télévisuel. Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* définit le mot « émission » ainsi :

**Définitions**

**2(1) [...]**

**émission** Les sons ou les images — ou leur combinaison — destinés à informer ou divertir, à l’exception des images, muettes ou non, consistant essentiellement en des lettres ou des chiffres. (*program*)

Bien que la *Loi sur la radiodiffusion* ne définisse pas ce qu’est un service de programmation, les appelantes soutiennent que cette loi utilise l’expression pour désigner une chaîne de télévision en entier, et non des événements télévisuels particuliers (notamment aux alinéas 3(1)(r) et t)). Par conséquent, les appelantes font valoir que le Super Bowl est une émission, ce qui n’est pas la même chose qu’un service de programmation, et ce qui signifie que le CRTC n’avait pas compétence pour rendre son ordonnance définitive en vertu de l’alinéa 9(1)(h).

[16] Les appelantes invoquent la décision de radiodiffusion CRTC 2005-195 [*Distribution de canaux omnibus haute définition par Star Choice et Cancom*] (*Star Choice*) à l’appui de leur thèse; cependant, comme le souligne l’intimé, elles ne s’appuient que sur des parties de ce précédent. Dans cette décision, le CRTC a expliqué [au paragraphe 27] que le sens de l’expression « service de programmation » dépend du contexte de son utilisation :

... the Commission notes that section 33(2) of the *Interpretation Act* states that, in any statute or regulation, “Words in the singular include the plural, and words in the plural include the singular.” Accordingly, the Commission considers that “programming service,” depending upon the context in which it is used, may be taken to include all programs, i.e., the entire output transmitted by the operator of a programming undertaking for reception by the public. [Emphasis added.]

[17] In my view, the CRTC’s explanation that “the Commission considers that ‘programming service’, depending upon the context in which it is used, may be taken to include all programs” necessarily means that, in other circumstances, the same term may be taken to include a single program. It is also instructive and informs the context that the definition of “programming service” in subsection 1(2) of the *Sim Sub Regulations* (which adopts the definition in section 1 of the *Broadcasting Distribution Regulations*) defines “programming service” to include a program. Section 1 of the *Broadcasting Distribution Regulations* defines “programming service” as follows:

1 ...

**programming service** means a program that is provided by a programming undertaking. (*service de programmation*) [Emphasis added.]

[18] The appellants also argue that the legislative history of paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* and previous decisions of this Court indicate that the term “programming service” does not include programs. In my view, the use of the term “programming service” to refer to channels in some circumstances does not preclude the term from also including a program. Although the legislative history demonstrates that the term “programming service” was used to refer to channels in parliamentary debates, the appellants do not demonstrate that the legislator intended to exclude programs from its meaning. Further, legislative history, on its own, is not determinative. Similarly, the fact that this Court has used the term “programming service” to refer to channels does not mean that the term cannot also be used to refer to programs. The appellants do not demonstrate that either the legislator or this Court has excluded programs from the meaning of “programming service”.

[...] le Conseil note que l’article 33(2) de la *Loi d’interprétation* prévoit que, pour tout statut ou règlement, « le pluriel ou le singulier s’appliquent, le cas échéant, à l’unité et à la pluralité ». Le Conseil estime donc que « service de programmation », selon le contexte, peut englober toutes les émissions, c’est-à-dire le signal de sortie intégral transmis pour réception par l’exploitant d’une entreprise de programmation. [Non souligné dans l’original.]

[17] À mon sens, l’explication du CRTC voulant que le « Conseil estime donc que “service de programmation”, selon le contexte, peut englober toutes les émissions » signifie nécessairement que, en d’autres circonstances, la même expression peut désigner une seule émission. Il est également instructif, et révélateur du contexte, de souligner que la définition de l’expression « service de programmation » au paragraphe 1(2) du Règlement (lequel adopte la définition figurant à l’article 1 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*) inclut une émission. L’article 1 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion* comporte la définition suivante :

1 [...]

**service de programmation** Émission fournie par une entreprise de programmation. (*programming service*) [Non souligné dans l’original.]

[18] Les appelantes font également valoir que l’historique législatif de l’alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* et les décisions antérieures de la Cour indiquent que l’expression « service de programmation » ne comprend pas les émissions. À mon sens, l’utilisation de l’expression « service de programmation » pour désigner des chaînes dans certaines circonstances n’empêche pas que le terme puisse viser aussi une émission. Bien que l’historique législatif montre que l’expression « service de programmation » a été utilisée pour parler de chaînes dans les débats parlementaires, les appelantes n’ont pas établi que le législateur ait voulu exclure les émissions. En outre, l’historique législatif, en soi, n’est pas déterminant. De façon similaire, le fait que la Cour ait utilisé cette expression pour parler de chaînes ne signifie pas que celle-ci ne puisse pas être également utilisée pour désigner des émissions. Les appelantes n’ont pas fait la preuve que le législateur ou la

[19] It seems reasonable to determine that, in some contexts, the term “programming services” in paragraph 9(1)(h) includes a program given that the Sim Sub Regulations (by adopting the definition of “programming service” in the *Broadcasting Distribution Regulations*) provide for such an interpretation where substitution is to be prohibited. In my view, it is reasonable to conclude that a program would be included where terms and conditions are being added preventing the substitution of ads. Further, the CRTC’s interpretation of “programming services” and “program” in *Star Choice* seems to me to be a reasonable interpretation of the jurisdiction granted to the CRTC in paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* and, in my view, there is no inconsistency between its finding in *Star Choice* and this matter.

[20] Having established that it is a reasonable interpretation that “programming services”, for the purposes of paragraph 9(1)(h), can include one or more programs, it is necessary to consider the other parts of the paragraph that grant the CRTC broad powers to make orders outlining such “terms and conditions as the Commission deems appropriate” so long as they are “in furtherance of its objects”.

[21] The appellants argue that the Final Order is inconsistent with the policy objectives of the *Broadcasting Act* because it does not privilege Canadian content. I disagree.

[22] The appellants argue that Canadian broadcasting policy must privilege Canadian content, citing *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489 (*Cogeco*), at paragraph 32. Although the Supreme Court of Canada has found that the *Broadcasting Act* “has a primarily cultural aim” (*Cogeco*, at paragraph 32), this does not mean that promoting Canadian content is its sole objective. Indeed, the objectives of the *Broadcasting Act* are extensive and varied. Although the objectives set out in section 3 of

Cour ont exclu les émissions du sens de l’expression « service de programmation ».

[19] Il me semble raisonnable de conclure que, dans certains contextes, l’expression « services de programmation » à l’alinéa 9(1)h englobe une émission, étant donné que le Règlement (parce qu’il incorpore la définition de « service de programmation » du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*) prévoit une telle interprétation lorsque la substitution doit être interdite. Ainsi, j’estime qu’il est raisonnable de conclure qu’une émission serait comprise lorsqu’il est question d’ajouter des modalités interdisant la substitution de publicités. En outre, dans *Star Choice*, l’interprétation que fait le CRTC des termes « service de programmation » et « émission » découle d’une interprétation qui me semble raisonnable de la compétence que lui confère l’alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion*. Il ne semble y avoir aucune incohérence entre sa conclusion dans *Star Choice* et celle dans la présente affaire.

[20] Ayant établi qu’il est raisonnable d’interpréter l’expression « services de programmation », pour l’application de l’alinéa 9(1)h, comme pouvant viser une ou plusieurs émissions, il est nécessaire d’examiner les autres parties de cet alinéa qui confèrent des pouvoirs élargis au CRTC en lui permettant de rendre des ordonnances comportant « les modalités qu’il précise », à condition que ce soit « dans l’exécution de sa mission ».

[21] Les appelantes soutiennent que l’ordonnance définitive est incompatible avec les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*, car elle ne privilégie pas le contenu canadien. Je ne suis pas d’accord.

[22] Les appelantes font valoir que la politique canadienne de radiodiffusion doit privilégier le contenu canadien, s’appuyant pour ce dire sur le *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l’ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489 (*Cogeco*), au paragraphe 32. Bien que la Cour suprême du Canada ait conclu que la *Loi sur la radiodiffusion* « vise des objectifs principalement culturels » (*Cogeco*, au paragraphe 32), cela ne signifie pas que la promotion du contenu canadien soit son seul objectif. En fait, les

the *Broadcasting Act* (and mandated to the CRTC in subsection 5(1)) include supporting Canadian content, (see e.g. subparagraph 3(1)(d)(i), paragraph 3(1)(e), and subparagraph 3(1)(t)(i)), the *Broadcasting Act* also states that one of the Act's objectives is that "the programming provided by the Canadian broadcasting system should ... be drawn from local, regional, national and international sources" (subparagraph 3(1)(i)(ii)).

[23] In its Final Decision (paragraphs 21–24), the CRTC explained that, although it generally promotes Canadian content in its policies, in this circumstance, it does not believe that the simultaneous substitution regime is in the public interest:

... While many of the policy objectives of the Act focus on ensuring Canadian cultural enrichment and the promotion of Canadian programming, they also include other objectives, such as ensuring that Canadians have access to local, national and international programming.  
...

...

As noted in the Act, the Commission's duty is to regulate and supervise the broadcasting system as a whole (which includes programming services, distribution services, and Canadian viewers) to ensure the fulfilment of the policy objectives of the Act. The Commission remains of the view that changes to the simultaneous substitution regime are needed to ensure that the broadcasting system is balanced as a whole in a way that fulfils the policy objectives of the Act. In addition to the making of the Simultaneous Deletion and Substitution Regulations, this includes no longer authorizing simultaneous substitution for the Super Bowl.

[24] The appellants argue, and I agree, that there is a certain irony that legislation that has the protection of the Canadian broadcasting industry and its employees as one of its important objectives is being used to allow for the broadcasting of American ads during the Super Bowl to the apparent detriment of the Canadian industry and its employees. But there are numerous disparate objectives set out in the *Broadcasting Act* and

objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion* sont nombreux et variés. Bien que les objectifs énoncés à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* (et confiés au CRTC au paragraphe 5(1)) comprennent l'appui au contenu canadien (voir par exemple le sous-alinéa 3(1)d)(i), l'alinéa 3(1)e, et le sous-alinéa 3(1)t(i)), cette loi comporte également l'objectif selon lequel « la programmation offerte par le système canadien de radiodiffusion devrait à la fois : [...] puiser aux sources locales, régionales, nationales et internationales » (sous-alinéa 3(1)i)(ii)).

[23] Dans sa décision définitive (aux paragraphes 21 à 24), le CRTC a expliqué que, bien qu'il fasse généralement la promotion du contenu canadien dans ses politiques, il estimait que l'imposition du régime de substitution simultanée n'était pas dans l'intérêt du public dans les circonstances de l'espèce :

[...] Bien que plusieurs objectifs de politique de la Loi visent à assurer l'enrichissement de la culture canadienne et la promotion de la programmation canadienne, ils comprennent aussi d'autres objectifs, dont celui d'assurer aux Canadiens un accès à la programmation locale, nationale et internationale [...]

[...]

Comme en fait état la Loi, le devoir du Conseil est de réglementer et de surveiller l'ensemble du système de radiodiffusion (ce qui comprend les services de programmation, les services de distribution et les téléspectateurs canadiens) dans le but d'atteindre les objectifs de politique de la Loi. Le Conseil demeure d'avis que des modifications au régime de substitution simultanée sont nécessaires pour assurer l'équilibre du système de radiodiffusion dans son ensemble et ainsi atteindre les objectifs politiques de la Loi. Cela comprend l'adoption du Règlement sur le retrait et la substitution simultanée et le fait de ne plus autoriser la substitution simultanée lors du Super Bowl.

[24] Les appelantes font valoir, et j'en conviens, qu'il y a une certaine ironie à ce qu'une loi dont l'un des objectifs importants est de protéger l'industrie de la radiodiffusion canadienne et ses employés soit utilisée pour permettre la diffusion de publicités américaines durant le Super Bowl au détriment, apparemment, de l'industrie canadienne et de ses employés. Or, la *Loi sur la radiodiffusion* énonce de nombreux objectifs disparates,

Parliament intended that the CRTC decide how best to balance competing policy objectives related to broadcasting in Canada. It is not for the Court to engage in weighing these competing policy objectives and substituting its own view in deciding which policy objectives should be pursued.

[25] Having established that the CRTC's determination that it had jurisdiction to make the Final Order under paragraph 9(1)(h) was reasonable, it follows that it had jurisdiction to make this order pursuant to subsection 18(3) of the *Broadcasting Act* and subsection 4(3) of the Sim Sub Regulations. Once the CRTC found that simultaneous substitution of the Super Bowl is not in the public interest under subsection 18(3) of the *Broadcasting Act*, it was entitled to exempt the Super Bowl from the simultaneous substitution regime under subsection 4(3) of the Sim Sub Regulations. Neither of the appellants argued that subsection 4(3) of the Sim Sub Regulations is *ultra vires*.

[26] The appellants further submit that the Final Order conflicts with the applicable regulations and was therefore beyond the jurisdiction of the CRTC. More specifically, they assert that the substantive decision to exclude the Super Bowl from the simultaneous substitution regime was not made in the Final Order but rather in the earlier Broadcasting Regulatory Policy, CRTC 2015-25 [*Measures to address issues related to simultaneous substitution*], issued by the CRTC on January 29, 2015. In January of 2015, the Sim Sub Regulations had not yet been promulgated by the CRTC. The appellants say that the Sim Sub Regulations do not have retrospective effect and that, under the regulations in place in January of 2015, the CRTC lacked the jurisdiction to make the Final Order as it conflicted with the regulatory provisions that then governed simultaneous substitution.

[27] I disagree. The substantive decision of the CRTC regarding the exclusion of the Super Bowl from the simultaneous substitution regime was made in the Final Decision and Final Order and not in the January 2015 policy. Indeed this was determined by this Court in *Bell Canada* where this Court held that the CRTC's January

et le législateur avait l'intention de laisser au CRTC le soin de trouver le meilleur équilibre entre des objectifs concurrents en lien avec la radiodiffusion au Canada. La Cour n'a pas pour rôle d'entreprendre une pondération de ces objectifs stratégiques concurrents et de substituer ses propres conclusions quant aux objectifs à atteindre.

[25] Ayant établi que la conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre l'ordonnance définitive en vertu de l'alinéa 9(1)h) était raisonnable, il s'ensuit qu'il avait également compétence pour rendre cette ordonnance en vertu du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion* et du paragraphe 4(3) du Règlement. Après avoir conclu que la substitution simultanée du Super Bowl n'était pas dans l'intérêt public, en vertu du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*, le CRTC pouvait alors exempter le Super Bowl du régime de substitution simultanée au titre du paragraphe 4(3) du Règlement. Aucune appelante n'a fait valoir que le paragraphe 4(3) du Règlement était *ultra vires*.

[26] Les appelantes soutiennent en outre que l'ordonnance définitive est en conflit avec les règlements applicables et qu'en la rendant le CRTC a outrepassé sa compétence. Plus particulièrement, elles affirment que la décision de fond d'exclure le Super Bowl du régime de substitution simultanée n'a pas été rendue dans l'ordonnance définitive, mais plutôt dans la politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-25 [*Mesures visant à traiter des problèmes de substitution simultanée*], publiée le 29 janvier 2015 par le CRTC. En janvier 2015, le Règlement n'avait pas encore été édicté par le CRTC. Les appelants disent que le Règlement n'a pas d'effet rétrospectif et donc, aux termes des règlements en vigueur en janvier 2015, le CRTC n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance définitive, car cette dernière contrevenait aux dispositions réglementaires régissant alors la substitution simultanée.

[27] Je ne suis pas d'accord. La décision de fond du CRTC quant à l'exclusion du Super Bowl du régime de substitution simultanée a été rendue dans sa décision définitive et dans son ordonnance définitive, et non dans la politique de janvier 2015. En fait, la Cour a déjà statué en ce sens dans l'arrêt *Bell Canada* lorsqu'elle

2015 policy was not a reviewable decision and that the appellants' judicial review application in respect of it and related policies was therefore premature. Thus, the decision to exclude the Super Bowl from the simultaneous substitution regime was made in the Final Decision and Final Order and, as of the date they were rendered, the Sim Sub Regulations were in force. As already noted, subsection 4(3) of the Sim Sub Regulations provides for an exception to the simultaneous substitution regime where the CRTC decides that the deletion and substitution is not in the public interest under subsection 18(3) of the *Broadcasting Act*. Thus, the Final Order does not conflict with the applicable regulations.

[28] The CRTC is a specialized administrative tribunal with expertise in the area of broadcasting. As such, it is owed deference by this Court. This deference extends to interpretation of the *Broadcasting Act* as one of its home statutes (*Bell Canada*, at paragraph 42; *Amtelecom*, at paragraphs 37–39; *VMedia*, at paragraph 29). The CRTC's interpretation that "programming services" in paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* can include programs is reasonable in that it is consistent with its previous decision in *Star Choice*, the Sim Sub Regulations which adopt the definition in the *Broadcasting Distribution Regulations*, and the policy objectives set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*. Given the deference owed to the CRTC in its interpretation of its home statutes and the broad discretion conferred on the CRTC by paragraph 9(1)(h), the CRTC's explanation of its jurisdiction to make the Final Order is justifiable, transparent, and intelligible and falls within the range of reasonable outcomes defensible in respect of the facts and the law.

### B. *Retrospective Application*

#### (1) Standard of Review

[29] The appellant Bell, the respondent, and the interveners all agree that the standard of review on the

a conclu que la politique de janvier 2015 du CRTC n'était pas une décision susceptible de contrôle et que la demande de contrôle judiciaire des appelantes à son égard et à l'égard de politiques connexes était donc prématurée. Par conséquent, la décision d'exclure le Super Bowl du régime de substitution simultanée a été rendue dans la décision définitive et l'ordonnance définitive, et le Règlement était en vigueur au moment où elles ont été rendues. Comme je l'ai déjà mentionné, le paragraphe 4(3) du Règlement prévoit une exception au régime de substitution simultanée lorsque le CRTC décide, en vertu du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*, que le retrait et la substitution ne sont pas dans l'intérêt du public. Ainsi, l'ordonnance définitive n'entre pas en conflit avec les règlements applicables.

[28] Le CRTC est un tribunal administratif spécialisé ayant une expertise dans le domaine de la radiodiffusion. Par conséquent, la Cour doit faire preuve de déférence à son égard. Cette déférence s'étend à l'interprétation de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui est l'une de ses lois habilitantes (*Bell Canada*, au paragraphe 42; *Amtelecom*, aux paragraphes 37 à 39; *VMedia*, au paragraphe 29). L'interprétation par le CRTC voulant que les services de programmation visés à l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* puissent comprendre les émissions est raisonnable, en ce qu'elle est cohérente avec sa décision antérieure dans *Star Choice*, avec le Règlement, lequel adopte la définition figurant dans le *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, et avec les objectifs stratégiques énoncés au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Étant donné la déférence qui est due au CRTC lorsqu'il interprète ses lois habilitantes ainsi que le pouvoir discrétionnaire élargi conféré au CRTC par l'alinéa 9(1)h), son explication quant à sa compétence pour rendre son ordonnance définitive est justifiée, transparente et intelligible, et elle appartient aux issues raisonnables pouvant se justifier en regard des faits et du droit.

### B. *L'application rétrospective*

#### 1) La norme de contrôle

[29] L'appelante Bell, l'intimé et les intervenantes conviennent tous que la norme de contrôle applicable

question of retrospectivity is reasonableness as the CRTC interpreted a question within its specialized expertise. I agree. As this Court explained in *Amtelcom*, at paragraphs 37 and 38 with regards to the CRTC and retrospectivity:

Even if one assumes that the presumption against retrospective legislation is a law of general application, that question calls for review on the correctness standard only if the question is outside the tribunal's specialized expertise. ...

The notion of a tribunal's specialized expertise has evolved to include the exercise of "interpretive discretion" so that the CRTC is presumed to have the required expertise to resolve the question of whether section 24 authorizes it to promulgate a Code with retrospective effect.

- (2) Was it reasonable for the CRTC to determine that its Final Order is not retrospective and does not interfere with vested rights?

[30] The appellant, Bell, argues that the Final Order operates retrospectively and interferes with vested rights. It explains that the Final Order has made it very difficult for Bell to sell Canadian advertising and that this "will cause Bell Media to lose the vast majority of the benefit of broadcasting the Super Bowl".

[31] The CRTC explained its position that its Final Order does not interfere with vested rights at paragraph 56 of its Final Decision:

The Commission is of the view that it cannot be prevented from changing its regulatory regime, including its rules on simultaneous substitution, simply because of an existing contractual situation relating to broadcast rights. In the present case, although BCE may have negotiated its agreement with the NFL based on assumptions about the amount of revenue it can expect to receive from the subject broadcast rights, the contract itself relates to the transaction between BCE and the NFL, not between BCE and its advertisers. Although the Commission's actions may affect the parties' assumptions underlying the contract, such actions do not affect — either directly or retrospectively — a vested contractual right, given that

à la question de la rétroactivité est celle de la décision raisonnable, car le CRTC interprète là une question qui relève de son expertise spécialisée. Je suis d'accord. C'est ce que la Cour a statué dans l'arrêt *Amtelcom*, aux paragraphes 37 et 38, quant au CRTC et à la rétroactivité :

Même si l'on suppose que la présomption relative à la non-rétroactivité d'une loi est une règle d'application générale, ce n'est que dans le cas où cette question est étrangère au domaine d'expertise du tribunal qu'elle doit être examinée selon la norme de la décision correcte [...]

La notion d'expertise d'un tribunal a évolué pour englober le « pouvoir discrétionnaire d'interprétation », de sorte que le CRTC est présumé posséder l'expertise requise pour résoudre la question de savoir si l'article 24 l'autorise à adopter un code ayant un effet rétroactif.

- 2) La conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance définitive n'était pas rétroactive et ne portait pas atteinte à des droits acquis était-elle raisonnable?

[30] L'appelante Bell fait valoir que l'ordonnance définitive a un effet rétroactif et porte atteinte à des droits acquis. Elle explique que l'ordonnance définitive a grandement nui à ses efforts de vente de publicités canadiennes, ce qui [TRADUCTION] « fera perdre à Bell Media la majeure partie de ses bénéfices découlant de la radiodiffusion du Super Bowl ».

[31] Le CRTC a expliqué dans sa décision définitive, au paragraphe 56, pourquoi son ordonnance définitive ne portait pas atteinte à des droits acquis :

Le Conseil est d'avis qu'il ne peut se voir empêcher de modifier son régime réglementaire, y compris ses règles de substitution simultanée, simplement à cause d'une situation contractuelle existante relative à des droits de diffusion. Dans le cas présent, bien que l'entente négociée entre BCE et la NFL puisse reposer sur des prévisions de revenus éventuels à percevoir des droits de diffusion, le contrat lui-même porte sur une transaction entre BCE et la NFL et non pas entre BCE et ses annonceurs. Bien que les actions du Conseil puissent affecter les prévisions de revenus sous-jacentes au contrat, ces actions ne touchent pas directement ou rétroactivement un droit contractuel acquis puisque personne ne possède de droit acquis

no one has a vested right in the continuance of a regulatory regime as it exists at a given moment. [Emphasis added.]

[32] There are no guarantees that the law will not change. Indeed, legislators often make legislation and regulations that interfere with expectations. The CRTC's powers to make orders and regulations cannot be limited by a contract made between private parties. As the Supreme Court of Canada explained in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, (1975), 66 D.L.R. (3d) 449, at pages 282–283:

... No one has a vested right to continuance of the law as it stood in the past; in tax law it is imperative that legislation conform to changing social needs and governmental policy. A taxpayer may plan his financial affairs in reliance on the tax laws remaining the same; he takes the risk that the legislation may be changed.

The mere right existing in the members of the community or any class of them at the date of the repeal of a statute to take advantage of the repealed statute is not a right accrued.... [Emphasis added; citations omitted.]

[33] In this case, Bell's argument that the CRTC interfered with its vested right to be the exclusive broadcaster of the Super Bowl in Canada fails. Bell argued that the NFL granted it the right to be the exclusive Canadian broadcaster of the Super Bowl. Although it is the NFL's right, as a copyright holder, to licence its program to Bell, it is not the NFL's right that the program will be simultaneously substituted—this is a benefit conferred by Canada's broadcasting regulatory regime. Consequently, this could not have been a term of the licence granted to Bell.

[34] Canada's broadcasting regime does not confer rights but benefits. Bell only ever had the privilege to request simultaneous substitution, a privilege which flows from the *Broadcasting Act* and regulations. Even if Bell wanted to, it could never have guaranteed that it would engage in simultaneous substitution. As the respondent argues: “[t]o the extent any company is contractually obligated to perform simultaneous substitution, the

sur le maintien d'un régime réglementaire en vigueur à un moment précis. [Non souligné dans l'original.]

[32] Rien ne garantit que la loi ne changera pas. En effet, les législateurs adoptent souvent des lois et des règlements qui déjouent les attentes. Les pouvoirs du CRTC lui permettant de rendre des ordonnances et d'édicter des règlements ne peuvent pas être limités par un contrat convenu entre des parties privées. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. M.N.R.*, [1977] 1 R.C.S. 271, à la page 283 :

[...] Personne n'a le droit acquis de se prévaloir de la loi telle qu'elle existait par le passé; en droit fiscal, il est impérieux que la législation reflète l'évolution des besoins sociaux et de l'attitude du gouvernement. Un contribuable est libre de planifier sa vie financière en se fondant sur l'espoir que le droit fiscal demeure statique; il prend alors le risque d'une modification à la législation.

Le simple droit de se prévaloir d'un texte législatif abrogé, dont jouissent les membres de la communauté ou une catégorie d'entre eux à la date de l'abrogation d'une loi, ne peut être considéré comme un droit acquis [...] [Non souligné dans l'original; renvois omis.]

[33] Dans la présente affaire, l'argument de Bell voulant que le CRTC ait porté atteinte à son droit acquis d'être le radiodiffuseur exclusif du Super Bowl au Canada ne tient pas. Bell a soutenu que la NFL lui avait accordé le droit d'être le radiodiffuseur canadien exclusif du Super Bowl. Bien que la NFL ait le droit, à titre de détenteur du droit d'auteur, d'accorder une licence à Bell au regard de son émission, elle n'a pas le droit à la substitution simultanée de celle-ci. Il s'agit là d'un avantage que confère le cadre réglementaire canadien régissant la radiodiffusion. Par conséquent, cela ne pouvait pas constituer une modalité de la licence accordée à Bell.

[34] Le régime de radiodiffusion canadien ne confère pas des droits, mais des avantages. Bell a toujours eu seulement le privilège de demander la substitution simultanée, lequel découle de la *Loi sur la radiodiffusion* et de ses règlements. Même si Bell l'avait voulu, elle n'aurait jamais pu garantir la substitution simultanée. Comme le fait valoir l'intimé : [TRADUCTION] « Dans la mesure où une entreprise s'engage contractuellement à

company undertook to do so at its own risk”. Bell only ever had the possibility to sell advertising space at a later date and so lost only a speculative opportunity for profit that is not sufficiently concrete to be considered vested.

[35] This case is distinguishable from *Amtelecom*. In that case, this Court found that a CRTC order limiting wireless services providers’ contracts to two years—including existing contracts—interfered with the wireless service providers’ vested rights in the payment of early cancellation fees. The Court explained that this interfered with an existing obligation: “[t]o the extent that the early cancellation charge is the accelerated payment of a portion of that revenue stream, it ... is simply a different mode of payment of an existing obligation” (*Amtelecom*, at paragraph 21). In this case, however, there is no existing obligation as there is no vested right because, unlike the cellular providers in *Amtelecom*, Bell has no legal entitlement to a specific sum of revenue from selling advertisements under its contract with the NFL. Its rights to revenue are contingent on entering into subsequent contracts with advertisers and are not vested by virtue of its contract with the NFL.

[36] This private agreement under which no right to simultaneously substitute commercials has vested cannot prevent the CRTC from issuing an order. Further, the interpretation of contractual rights is a question of mixed fact and law and is owed deference. I see no reviewable error in the CRTC’s interpretation of one of its home statutes, the *Broadcasting Act*, on the issue of retrospectivity.

### C. Copyright and International Trade

#### (1) Standard of Review

[37] The appellant, the NFL, argues that the standard of review for the copyright issue is correctness. They

procéder à la substitution simultanée, elle le fait à ses propres risques. » Bell n’a toujours eu que la possibilité de vendre du temps de publicité à une date ultérieure, et elle a donc perdu une occasion éventuelle de réaliser des profits. Il s’agit là d’un élément spéculatif qui n’est pas suffisamment concret pour être considéré comme un acquis.

[35] Les faits de la présente affaire se distinguent de ceux de l’arrêt d’*Amtelecom*. Dans celle-ci, la Cour a conclu qu’une ordonnance du CRTC limitant à deux ans la durée des contrats des fournisseurs de services mobiles, y compris des contrats existants, portait atteinte aux droits acquis des fournisseurs de services mobiles quant aux paiements de frais de résiliation anticipée. La Cour a jugé que cette ordonnance portait atteinte à une obligation existante en déclarant que, « [s]i les frais de résiliation anticipée constituent le paiement accéléré d’une partie de ce flux de revenus, [ils] ne sont qu’un mode de paiement différent d’une obligation existante » (*Amtelecom*, au paragraphe 21). Or, en l’espèce, il n’y a aucune obligation existante, puisqu’il n’y a aucun droit acquis en cause, parce que, contrairement aux fournisseurs de services mobiles dans l’arrêt *Amtelecom*, Bell n’a pas juridiquement droit à des revenus d’un montant précis issus de la vente de publicités au titre de son contrat avec la NFL. Ses droits à des revenus sont conditionnels à la conclusion de contrats subséquents avec des annonceurs; ils ne sont pas acquis au titre de son contrat avec la NFL.

[36] Cet accord privé, qui ne donne naissance à aucun droit acquis à la substitution simultanée des publicités, ne peut pas empêcher le CRTC de rendre une ordonnance. En outre, l’interprétation des droits contractuels est une question mixte de fait et de droit qui commande la déférence. Je ne décèle aucune erreur susceptible de contrôle dans l’interprétation que fait le CRTC de l’une de ses lois habilitantes, à savoir la *Loi sur la radiodiffusion*, quant à la question de la rétroactivité.

### C. Le droit d’auteur et le commerce international

#### 1) La norme de contrôle

[37] L’appelante la NFL soutient que la norme de contrôle applicable à la question des droits d’auteur est

argue that the CRTC's functions are those given to it in the *Broadcasting Act* and the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 and that Parliament never delegated powers relating to the *Copyright Act* to the CRTC.

[38] I agree with the NFL that the applicable standard of review is correctness. The *Copyright Act* is not a “home statute” of the CRTC and, in any case, it shares concurrent jurisdiction with the Copyright Board and the courts at first instance (*Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paragraph 15).

- (2) Was it correct for the CRTC to determine that its Final Order does not conflict with the *Copyright Act* and/or international trade law?

[39] The NFL argues that the Final Order conflicts with the *Copyright Act* in both purpose and in operation.

[40] The NFL's argument is premised on several provisions of the *Copyright Act* and the Canada-United States Free Trade Agreement [*Free Trade Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America*], 2 January 1988, [1989] Can. T.S. No. 3 (CUSFTA) that relate to retransmission rights. First, paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* grants a copyright holder the exclusive right to produce or reproduce copyrighted works, including retransmission rights:

**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

...

la décision correcte. Elle fait valoir que les fonctions du CRTC sont celles énoncées dans la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, et que le législateur ne lui a jamais délégué de pouvoirs en lien avec la *Loi sur le droit d'auteur*.

[38] Je partage l'avis de la NFL selon lequel la norme de contrôle applicable est la décision correcte. La *Loi sur le droit d'auteur* n'est pas une « loi habilitante » du CRTC et, de toute façon, il partagerait sa compétence à l'égard de celle-ci avec la Commission du droit d'auteur et les tribunaux de première instance (*Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, au paragraphe 15).

- 2) La conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance définitive n'entraîne en conflit ni avec la *Loi sur le droit d'auteur* ni avec le droit commercial international était-elle correcte?

[39] La NFL fait valoir que l'ordonnance définitive est contraire à la *Loi sur le droit d'auteur* sur le plan tant de l'objet que de l'application.

[40] L'observation de la NFL repose sur plusieurs dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* et de l'*Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, [1989] R.T. Can. n° 3 (l'ALECEU), portant sur les droits de retransmission. D'abord, l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* confère au titulaire du droit d'auteur le droit exclusif de production ou de reproduction de l'œuvre protégée, ce qui comprend la retransmission :

**Droit d'auteur sur l'œuvre**

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

[...]

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

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

[41] Subsection 31(2) of the *Copyright Act*, however, creates an exception to this exclusive right when a work is retransmitted in accordance with the enumerated conditions. As long as a broadcaster meets each of the enumerated conditions, it does not infringe copyright:

[41] Toutefois, le paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit une exception à ce droit exclusif lorsque l'œuvre est retransmise conformément aux conditions énumérées. Le radiodiffuseur qui respecte chacune des conditions énumérées ne contrevient pas au droit d'auteur :

### 31 (1) ...

### 31 (1) [...]

#### Retransmission of local and distant signals

#### Retransmission d'un signal local ou éloigné

(2) It is not an infringement of copyright for a retransmitter to communicate to the public by telecommunication any literary, dramatic, musical or artistic work if

(2) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour le retransmetteur, de communiquer une œuvre au public par télécommunication si, à la fois :

(a) the communication is a retransmission of a local or distant signal;

a) la communication consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas;

(b) the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*;

b) la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*;

(c) the signal is retransmitted simultaneously and without alteration, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada;

c) le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification;

(d) in the case of the retransmission of a distant signal, the retransmitter has paid any royalties, and complied with any terms and conditions, fixed under this Act; and

d) dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi;

(e) the retransmitter complies with the applicable conditions, if any, referred to in paragraph (3)(b).

e) le retransmetteur respecte les conditions applicables, le cas échéant, visées à l'alinéa (3)b).

[42] Finally, the NFL cites article 2006(1) of the CUSFTA which relates to the requirement for remuneration for retransmission of a copyright holder's program:

[42] Enfin, la NFL invoque le paragraphe 2006(1) de l'ALECEU, qui porte sur l'exigence de rémunération en contrepartie de la retransmission de l'émission (appelée « programme » dans l'ALECEU) d'un titulaire d'un droit d'auteur :

#### Article 2006 : Retransmission Rights

#### Article 2006 – Droit de retransmission

1. Each Party's copyright law shall provide a copyright holder of the other Party with a right of equitable and non-discriminatory remuneration for any retransmission to the public of the copyright holder's program where the original transmission of the program is carried in distant signals intended for free, over-the-air reception by

1. La législation sur le droit d'auteur de chaque Partie disposera que le titulaire d'un droit d'auteur de l'autre Partie a droit à une rémunération juste et non discriminatoire pour toute retransmission au public d'un programme du titulaire lorsque la transmission originale du programme, faite au moyen de signaux éloignés, peut

the general public. Each party may determine the conditions under which the right shall be exercised....

(a) *Conflict of Purpose*

[43] First, the NFL argues that the Final Order is contrary to the purpose of the Copyright Act. It argues that the Final Order is discriminatory contrary to the retransmission provisions, specifically paragraph 31(2)(c) of the Copyright Act and Article 2006(1) of the CUSFTA. The NFL argues that “Parliament could not have intended that the condition set forth in s. 31(2)(c) be applied or altered by the CRTC in a discriminatory fashion against a single program, to the detriment of a single local licensee and single foreign copyright holder” because this would conflict with Article 2006(1) of the CUSFTA.

[44] Article 2006(1) of the CUSFTA, however, is concerned with the copyright holder’s ability to be remunerated for its copyright where its program is retransmitted and not with simultaneous substitution of commercials. As the respondent notes, Article 2006(1) of the CUSFTA provides a “right of equitable and non-discriminatory remuneration for any retransmission ... of the copyright holder’s program” and this right is protected by sections 71 to 74 of the *Copyright Act* which provide for tariffs. In support of its argument, the NFL relies extensively on *Cogeco*. That decision, however, supports the conclusion that non-discrimination in retransmission is concerned only with compensation [at paragraph 60]:

The CRTC’s proposed value for signal regime would enable broadcasters to negotiate compensation for the retransmission by BDUs of their signals or programming services, regardless of whether or not they carry copyright protected “work[s]”, and regardless of the fact that any such works are carried in local signals for which the *Copyright Act* provides no compensation. [Emphasis added.]

être captée directement et gratuitement par le grand public. Chaque Partie peut déterminer dans quelles conditions ce droit sera exercé [...]

a) *L’objet de la Loi*

[43] En premier lieu, la NFL soutient que l’ordonnance définitive contrevient à l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur*. Elle fait valoir que l’ordonnance définitive est discriminatoire et contraire aux dispositions sur la retransmission, plus particulièrement l’alinéa 31(2)c) de la *Loi sur le droit d’auteur* et le paragraphe 2006(1) de l’ALECEU. Elle fait valoir que [TRADUCTION] « [l]e législateur n’a pas pu avoir l’intention de permettre au CRTC d’appliquer ou de modifier la condition énoncée à l’alinéa 31(2)c) de façon discriminatoire à l’encontre d’une seule émission et au détriment d’un seul titulaire canadien d’une licence et d’un seul titulaire étranger d’un droit d’auteur », car ceci contreviendrait au paragraphe 2006(1) de l’ALECEU.

[44] Toutefois, le paragraphe 2006(1) de l’ALECEU porte sur la capacité du titulaire d’un droit d’auteur sur une émission d’être rémunéré lors de la retransmission de cette dernière, et non sur la substitution simultanée des publicités. Comme l’a fait observer l’intimé, le paragraphe 2006(1) de l’ALECEU confère le « droit à une rémunération juste et non discriminatoire pour toute retransmission [...] d’un programme du titulaire [d’un droit d’auteur] », et ce droit est protégé par les articles 71 à 74 de la *Loi sur le droit d’auteur*, lesquels prévoient des tarifs. À l’appui de son observation, la NFL se fonde largement sur l’arrêt *Cogeco*. Or, celui-ci étaye la conclusion selon laquelle la question de la non-discrimination quant à la retransmission s’applique uniquement à la compensation [au paragraphe 60] :

Le régime de compensation pour la valeur des signaux proposée par le CRTC permettrait aux radiodiffuseurs de négocier la compensation qui leur serait payée pour la retransmission par les EDR de leurs signaux et de leurs services de programmation, et ce, peu importe que ces signaux ou services portant des « œuvres » protégées par le droit d’auteur et indépendamment du fait que les œuvres en question soient portées par des signaux locaux, signaux à l’égard desquels la *Loi sur le droit d’auteur* ne prévoit aucune compensation. [Non souligné dans l’original.]

Thus, although *Cogeco* found that an order of the CRTC conflicted with the *Copyright Act*, it found so, in part, because the proposed value for signal regime interfered with the right to remuneration. This is not the case here as remuneration for copyright holders whose works are retransmitted is provided for in sections 71 to 74 of the *Copyright Act*.

[45] It is well established that the purpose of the *Copyright Act* is to balance authors' and users' rights (*Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336). This purpose was affirmed in *Cogeco*, at paragraph 64 citing *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 10, 23):

.... This Court has characterized the purpose of the *Copyright Act* as a balance between authors' and users' rights. The same balance applies to broadcasters and users. In *Théberge*, Binnie J. recognized that the *Copyright Act*

is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator (or, more accurately, to prevent someone other than the creator from appropriating whatever benefits may be generated). [para. 30]

[46] In essence, the NFL argues that there is another purpose of the *Copyright Act*—to create a non-discriminatory right. In my view, the NFL is trying to elevate a principle limited to a small section in Article 2006(1) of the CUSFTA pertaining to the remuneration for retransmission to a principle of general application across the *Copyright Act*. I see no conflict between the Final Order and the purpose of the *Copyright Act*.

Ainsi, bien qu'il ait été conclu, dans l'arrêt *Cogeco*, qu'une ordonnance du CRTC était contraire à la *Loi sur le droit d'auteur*, cette conclusion découlait, en partie, du fait que le régime de compensation proposé pour la valeur des signaux était attentatoire au droit à la compensation. Ce n'est pas le cas en l'espèce, puisque la compensation des titulaires d'un droit d'auteur dont les œuvres sont retransmises est prévue aux articles 71 à 74 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[45] Il est bien établi que l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* est l'atteinte de l'équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs (*Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336). Cet objet a été confirmé dans l'arrêt *Cogeco*, au paragraphe 64, qui citait l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 10 et 23) :

[...] Notre Cour a qualifié l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* en disant que celle-ci visait à établir un équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs. Le même équilibre s'applique dans le cas des radiodiffuseurs et des utilisateurs. Dans l'arrêt *Théberge*, le juge Binnie a reconnu que la *Loi sur le droit d'auteur*

est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés). [par. 30]

[46] Essentiellement, la NFL fait valoir que la *Loi sur le droit d'auteur* a un autre objet : la création d'un droit non discriminatoire. À mon sens, la NFL tente de magnifier un principe confiné à une petite partie du paragraphe 2006(1) de l'ALECEU portant sur la rémunération en lien avec la retransmission pour en faire un principe d'application générale concernant toute la *Loi sur le droit d'auteur*. Je ne vois aucun conflit entre l'ordonnance définitive et l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*.

(b) *Operational Conflict*

[47] Second, the NFL argues that the Final Order conflicts operationally with the *Copyright Act*. It argues that the Final Order conflicts with paragraph 31(2)(c) because it is not “required or permitted by or under the laws of Canada”. I disagree.

[48] The Final Order complies with each of the enumerated requirements in subsection 31(2) of the *Copyright Act* and so meets the requirements of the exception to the exclusive transmission rights. This past February when the Super Bowl was broadcast without simultaneous substitution, the program was (a) retransmitted by a local or distant signal, (b) this transmission was lawful under the *Broadcasting Act*, (c) it was retransmitted simultaneously and without alteration, and (d) the retransmitter, Bell, had paid for its licence. Paragraph (e) was not applicable as the Governor in Council had not made any regulation.

[49] The NFL’s argument that the Final Order conflicts operationally with paragraph 31(2)(c) specifically must fail following the Court’s conclusion above that the Final Order was within the CRTC’s jurisdiction. The NFL argued that “[i]f a BDU wishes to take the benefit of the user right in a manner permitted under s. 31(2)(c) of the *Copyright Act*, it must comply with any signal alteration requirements mandated under the ‘laws of Canada’, and the **only** such law of Canada that is applicable is the *Sim Sub Regulations*” (emphasis in original). Having found that the Final Order made pursuant to paragraph 9(1)(h), by way of subsection 4(3) of the *Sim Sub Regulations*—a law of Canada—was within the CRTC’s jurisdiction, there can be no operational conflict with paragraph 31(2)(c) of the *Copyright Act*.

[50] Thus I see no conflict of purpose or operational conflict between the Final Order and the *Copyright Act*.

b) *L’application de la Loi*

[47] En second lieu, la NFL soutient que l’ordonnance définitive est contraire, sur le plan de l’application, à la *Loi sur le droit d’auteur*. Elle estime que l’ordonnance définitive est contraire à l’alinéa 31(2)c, car elle n’est pas une « obligation ou permission légale ou réglementaire ». Je ne suis pas d’accord.

[48] L’ordonnance définitive est conforme à chacune des exigences énumérées au paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur* et, de ce fait, elle respecte les exigences de l’exception aux droits exclusifs de transmission. Lorsque le Super Bowl a été diffusé en février dernier sans substitution simultanée, a) l’émission était retransmise par un signal local ou éloigné; b) cette retransmission était licite en vertu de la *Loi sur la radio-diffusion*; c) l’émission était retransmise simultanément et sans modification; d) le retransmetteur, Bell, avait payé pour sa licence. L’alinéa e) n’était pas applicable, puisque le gouverneur en conseil n’avait pris aucun règlement.

[49] L’argument de la NFL voulant que l’ordonnance définitive soit contraire, sur le plan de l’application, à l’alinéa 31(2)c précisément doit être rejeté, puisque la Cour a conclu ci-dessus que l’ordonnance définitive relevait de la compétence du CRTC. La NFL a fait valoir ceci : [TRADUCTION] « Si une EDR souhaite se prévaloir du droit d’utilisation en conformité avec l’alinéa 31(2)c de la *Loi sur le droit d’auteur*, elle doit respecter toutes les exigences de modification du signal qui sont “légales ou réglementaires”, et la **seule** législation applicable à ce chapitre est le *Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation* » (souligné dans l’original). L’ordonnance définitive ayant été rendue en vertu de l’alinéa 9(1)(h), par l’intermédiaire du paragraphe 4(3) du Règlement — une disposition légale ou réglementaire —, et le CRTC ayant la compétence pour rendre celle-ci, elle ne peut être contraire, sur le plan de l’application, à l’alinéa 31(2)c de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[50] Par conséquent, l’ordonnance définitive n’est contraire à la *Loi sur le droit d’auteur* ni sur le plan de l’objet ni sur le plan de l’application.

VI. Conclusion

[51] I would dismiss the appeal with costs.

WEBB J.A.: I agree.

GLEASON J.A.: I agree.

VI. Conclusion

[51] Je rejetterais l'appel avec dépens.

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

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