

**FILES: Public Performance of Musical Works
1996, 1997, 1998**

Public Performance of Musical Works

Copyright Act, Section 67.2

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE
COLLECTED FOR THE PERFORMANCE OR
THE COMMUNICATION BY
TELECOMMUNICATION, IN CANADA, OF
MUSICAL OR DRAMATICO-MUSICAL WORKS

(TARIFF 22 – TRANSMISSION OF MUSICAL
WORKS TO SUBSCRIBERS VIA A
TELECOMMUNICATIONS SERVICE NOT
COVERED UNDER TARIFF NOS. 16 OR 17)

[PHASE I: LEGAL ISSUES]

DECISION OF THE BOARD

Reasons delivered by:

Michel Héту, Q.C.
Mrs. Adrian Burns
Mr. Andrew E. Fenus

Date of the Decision

October 27, 1999

**DOSSIERS : Exécution publique d'œuvres
musicales 1996, 1997, 1998**

Exécution publique d'œuvres musicales

Loi sur le droit d'auteur, article 67.2

TARIF DES DROITS À PERCEVOIR POUR
L'EXÉCUTION OU LA COMMUNICATION PAR
TÉLÉCOMMUNICATION, AU CANADA,
D'ŒUVRES MUSICALES OU DRAMATICO-
MUSICALES

(TARIF 22 – TRANSMISSION D'ŒUVRES
MUSICALES À DES ABONNÉS D'UN SERVICE
DE TÉLÉCOMMUNICATIONS NON VISÉ PAR
LE TARIF 16 OU LE TARIF 17)

[PHASE I : QUESTIONS JURIDIQUES]

DÉCISION DE LA COMMISSION

Motifs exprimés par :

Michel Héту, c.r.
M^{me} Adrian Burns
M. Andrew E. Fenus

Date de la décision

Le 27 octobre 1999

<u>TABLE OF CONTENTS</u>	PAGE	<u>TABLE DES MATIÈRES</u>
I. INTRODUCTORY REMARKS	1	I. REMARQUES INTRODUCTIVES
A. The Internet Phenomenon	3	A. Le phénomène de l'Internet
B. The Parties' Positions	5	B. Les prétentions des parties
C. Evidence	6	C. La preuve
D. The Object of this Decision	8	D. L'objet de la présente décision
B. THE INTERNET	10	II. L'INTERNET
A. Overview	10	A. Aperçu
B. Music on the Internet	16	B. Musique sur l'Internet
C. Activities of Content Providers	20	C. Activités des fournisseurs de contenu
D. Business Arrangements for Providing Content	20	D. Ententes commerciales pour la fourniture de contenu
E. Conclusion	25	E. Conclusion
III. ANALYSIS	26	III. ANALYSE
A. What do "Communication", "Telecommunication", "Public" and "Musical Work" Mean in the Context of Internet Transmissions?	28	A. Que veulent dire les termes «communication», «télécommunication», «public» et «œuvre musicale» dans le contexte des transmissions sur l'Internet?
B. When Is a Communication to the Public Effected on the Internet?	34	B. À quel moment une communication au public a-t-elle lieu sur l'Internet?
C. Who Effects Communications on the Internet? In Particular, Who Can Benefit from Paragraph 2.4(1)(b) of the Act?	36	C. Qui communique sur l'Internet? En particulier, qui peut invoquer l'alinéa 2.4(1)b) de la Loi?
D. When Does the Act of Authorizing a Communication on the Internet Occur?	43	D. Quand y a-t-il autorisation d'une communication sur l'Internet?
E. When Does a Communication on the Internet Occur in Canada?	48	E. Quand une communication sur l'Internet se produit-elle au Canada?

IV. RELATED ISSUES

- A. The Right to Authorize and to Communicate on the Internet 49
- B. The Ability of the Board to Proceed with the Examination of the Tariff as Filed 51
- C. Musical Works, Television and Radio Signals and the Internet 53
- D. Retransmission and the Internet 53

ENDNOTES

55

IV. QUESTIONS CONNEXES

- A. Le droit d'autoriser et d'effectuer une communication sur l'Internet
- B. La capacité de la Commission de procéder à l'examen du tarif déposé
- C. Les œuvres musicales, les signaux de télévision et de radio et l'Internet
- D. La retransmission et l'Internet

NOTES

Ottawa, October 27, 1999

Ottawa, le 27 octobre 1999

**Files: Public Performance of Musical Works
1996, 1997, 1998**

**Dossiers : Exécution publique d'œuvres
musicales 1996, 1997, 1998**

Reasons for the Decision

Motifs de la décision

I. INTRODUCTORY REMARKS

I. REMARQUES INTRODUCTIVES

Pursuant to section 67 of the *Copyright Act* [the "Act"], the Society of Composers, Authors and Publishers of Music of Canada (SOCAN) filed with the Board statements of proposed royalties for the public performance, or the communication to the public by telecommunication, in Canada, of musical or dramatico-musical works for the years 1996 to 1998. The statements were published in the *Canada Gazette* on September 30, 1995, October 19, 1996 and October 18, 1997, respectively. The Board also gave notice to users of their right to file objections to the proposed tariffs.

Conformément à l'article 67 de la *Loi sur le droit d'auteur* [la «Loi»], la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) a déposé auprès de la Commission des projets de tarifs pour l'exécution publique, ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales pour les années 1996 à 1998. Ces projets avaient été publiés dans la *Gazette du Canada*, le 30 septembre 1995, le 19 octobre 1996 et le 18 octobre 1997, respectivement. La Commission a également avisé les utilisateurs de leur droit de s'opposer aux projets de tarifs.

The proposed tariffs included an item 22 (Transmission of Musical Works to Subscribers Via a Telecommunications Service Not Covered under Tariff Nos. 16 or 17). As drafted, Tariff 22 targets the communication of musical works by means of computers or other devices connected to a telecommunications network where the transmission of those works can be accessed by a person independently of any other person. "Telecommunications service" is defined as including operations that provide for or authorize the digital encoding, random access and/or storage of musical works for transmission via a telecommunications network, or that provide access to such a network. The tariff as drafted is therefore sufficiently broad to cover almost any computer network. However, the record of these proceedings deals almost exclusively with the Internet, which SOCAN says ought to be the primary target of the tariff. Accordingly, this is the primary focus of the decision.

Les tarifs proposés incluent un article 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés par le biais d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17). Dans sa forme actuelle, le tarif 22 vise la communication d'œuvres musicales, au moyen d'ordinateurs ou d'autres appareils connectés à un réseau de télécommunications, de façon qu'une personne puisse accéder à ces œuvres, indépendamment de toute autre personne. Par «service de télécommunications», on entend les opérations qui prévoient ou autorisent le codage numérique, l'accès direct ou le stockage d'œuvres musicales – en vue de leur transmission à travers un réseau de télécommunications – ou qui donnent accès à un tel réseau. Dans sa forme actuelle, le tarif proposé est donc suffisamment étendu pour couvrir pratiquement n'importe quel réseau d'ordinateurs. Cependant, le dossier de la présente instance traite presque exclusivement de l'Internet, qui, selon SOCAN, devrait être la principale cible du tarif. En conséquence, c'est surtout ce système qui fait l'objet de la présente décision.

Some of the objections to the proposed tariff raised issues of a preliminary nature. The Board opted to conduct the hearings in two phases. The first would determine which activities on the Internet, if any, constitute a protected use targeted in the tariff. The second would deal with who should pay the tariff as well as the tariff structure.

Certaines des oppositions au projet de tarif ont suscité des problèmes d'ordre préliminaire. La Commission a choisi de tenir les audiences en deux phases. La première déterminerait quelles activités sur l'Internet, le cas échéant, constituent une utilisation protégée visée par le tarif. La seconde traiterait de l'entité qui devrait payer le tarif ainsi que de la structure tarifaire.

On November 12, 1996, the Board raised with participants a number of issues, including:

Le 12 novembre 1996, la Commission a soumis aux participants un certain nombre de questions, à savoir :

- (a) whether there is a communication by telecommunication to the public when a musical work is electronically transmitted, made available, uploaded, downloaded or browsed;
- (b) if there is a communication, who effects it, who is liable for it and whether anyone can claim the exemption in subsection 2.4(1)(b)¹ of the *Act*;
- (c) whether the answers would be different where a musical work is embedded in a radio or television signal;
- (d) whether any of the uses outlined above are covered by the retransmission regime;
- (e) whether a communication over a network for which access is restricted is a communication to the public;
- (f) the circumstances in which a communication occurs in Canada;
- (g) whether the Board may approve a tariff applicable to persons located outside of Canada; and
- (h) whether there are any tariff structures that the Board is prohibited from adopting.

- a) y a-t-il communication au public par télécommunication lorsqu'une œuvre musicale est transmise, rendue disponible, téléchargée en amont ou en aval, ou est parcourue par voie électronique?
- b) s'il y a communication, qui en est l'auteur, qui en est responsable et qui peut se prévaloir de la dérogation prévue à l'alinéa 2.4(1)b)¹ de la *Loi*?
- c) les réponses seraient-elles différentes si une œuvre musicale était intégrée dans un signal radio ou de télévision?
- d) parmi les utilisations précitées, y en a-t-il qui sont visées par le régime de retransmission?
- e) est-ce qu'une communication à travers un réseau dont l'accès est restreint constitue une communication au public?
- f) dans quelles circonstances une communication a-t-elle lieu au Canada?
- g) la Commission peut-elle approuver un tarif applicable à des personnes qui se trouvent hors du Canada?
- h) y a-t-il des structures tarifaires dont l'adoption est interdite à la Commission?

The Canadian Motion Picture Distributors Association (CMPDA), the Canadian Recording Industry Association (CRIA), the Canadian Association of Internet Providers (CAIP), the

L'Association canadienne des distributeurs de films (CMPDA), l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement (CRIA), la *Canadian Association of Internet Providers*

Canadian Cable Television Association (CCTA), AT&T Canada, MCI Communications Corporation, ExpressVu, the Canadian Association of Broadcasters (CAB), Time Warner, Stentor Telecom Policy Inc. and the Canadian Broadcasting Corporation participated in the proceedings as objectors or intervenors. CMPDA and CRIA supported the tariff, while everyone else opposed it or argued that the people they represent should not be liable for it.

What follows are the Board's reasons on Phase I issues. The hearings dealing with this matter required eleven days which ended on May 15, 1998. Filing of arguments and replies was completed on October 13, 1998.

A. The Internet Phenomenon

The Internet is a worldwide network of interconnected computers. It evolved from a network originally designed to connect various computers operated by the military, defense contractors and universities conducting military-related research, and provided for redundant connections to allow communications to continue even if a part of the network was damaged in military action.

The Internet has developed into a mass communications system available to users located throughout the world, provided that they have a personal computer or other access device, the appropriate software and the ability to gain access to the system (sometimes referred to as "obtaining connectivity"). Its phenomenal growth has been made possible by a number of developments. These include technology that allows the digital conversion and storage of mass amounts of data; the increasing capabilities of access devices to download large quantities of data; the development of higher bandwidth distribution systems; the development of sophisticated routers

(CAIP), l'Association canadienne de télévision par câble (ACTC), AT&T Canada, *MCI Communications Corporation*, ExpressVu, l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR), *Time Warner*, Stentor politiques publiques Télécom Inc. et la Société Radio-Canada ont participé aux débats, à titre d'opposants ou d'intervenants. La CMPDA et la CRIA ont appuyé le tarif, alors que tous les autres participants s'y sont opposés ou ont allégué que les personnes qu'ils représentaient ne devraient pas en être responsables.

Les paragraphes suivants exposent les motifs de la Commission au sujet des questions de la Phase I. Les audiences tenues à ce sujet ont duré onze jours, soit jusqu'au 15 mai 1998. Le dépôt des argumentations écrites et des répliques s'est terminé le 13 octobre 1998.

A. Le phénomène de l'Internet

L'Internet est un réseau mondial d'ordinateurs interconnectés. C'est l'aboutissement d'un réseau qui, au départ, était destiné à relier divers ordinateurs utilisés par les forces armées, des entrepreneurs du secteur de la défense et des universités faisant de la recherche dans le domaine militaire et qui procurait des connexions redondantes pour assurer la continuité des communications, même si une partie du réseau était endommagée au cours d'opérations militaires.

L'Internet a évolué pour devenir un système de communications de masse, accessible aux utilisateurs dans tous les coins du monde, à condition qu'ils disposent d'un ordinateur personnel ou d'un autre appareil d'accès, du logiciel pertinent et de la possibilité d'accéder au système (à savoir d'«obtenir la connectivité»). Sa croissance phénoménale est devenue possible grâce à un certain nombre de développements, y compris les technologies permettant la conversion et le stockage en numérique de quantités massives de données; les capacités croissantes des dispositifs d'accès pour le téléchargement de quantités considérables de données; l'élaboration de

that transmit information; and the advent of user-friendly software allowing access to information stored on any connected computer.

As a result, an ever-growing number of people use the Internet at work and at home for a wide variety of activities. These include sending electronic messages (or e-mail), obtaining information on virtually any topic, viewing on a computer screen documents that have the same look and feel as the printed version, and obtaining access to musical works, video games, audio-visual works and other entertainment products.

The use of the Internet to transmit musical works has not evolved as rapidly. Limiting factors include the relatively high bandwidth required to transmit audio files and the limited capabilities of access devices. These obstacles are being overcome progressively. Users may now obtain information about a movie soundtrack, listen to clips, or place an order for a compact disc (CD) containing the soundtrack to be delivered to their homes. Users can also download musical works from servers on which they may have been placed either with or without the authorization of the rights holders.

The Internet also carries audio signals similar to conventional radio as well as the broadcast feed of traditional radio stations. Some independent performers use the technology to bypass traditional distribution channels and offer online access to their musical recordings. Arrangements have been made for the "netcasting" of live concerts.

Musical services available include pay radio, music videos on demand, "try and buy music" and services to allow users to download the song. Music is also used to add value to individual sites. Many sites on the World Wide Web (Web)

systèmes de distribution à grande largeur de bande; la création de routeurs perfectionnés qui transmettent l'information et l'avènement de logiciels conviviaux permettant d'accéder à l'information enregistrée dans tout ordinateur connecté.

En conséquence, de plus en plus de gens emploient l'Internet au travail et à la maison pour des activités très diverses, notamment pour envoyer des messages électroniques (le courriel), obtenir de l'information pratiquement sur n'importe quel sujet, visionner à l'écran d'un ordinateur des documents qui ont la même apparence et le même confort d'utilisation que la version imprimée et obtenir l'accès à des œuvres musicales, des jeux vidéo, des œuvres audio-visuelles et d'autres produits de divertissement.

L'emploi de l'Internet pour transmettre des œuvres musicales n'a pas connu une évolution aussi rapide, à cause entre autres de la nécessité d'avoir une largeur de bande relativement grande pour transmettre des fichiers audio et les capacités limitées des dispositifs d'accès. On est en train d'éliminer progressivement ces obstacles. Les utilisateurs peuvent maintenant obtenir de l'information au sujet de la bande sonore d'un film, écouter des clips ou passer une commande pour la livraison d'un disque compact (CD) contenant la bande sonore voulue à leur domicile. Ils sont également en mesure de télécharger des œuvres musicales, à partir de serveurs où ces œuvres peuvent avoir été mises, avec ou sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur.

L'Internet transporte aussi des signaux audio ressemblant à la radio conventionnelle ainsi que des éléments d'émission des stations radio traditionnelles. Certains interprètes indépendants emploient la technologie pour contourner les canaux traditionnels de distribution et offrent l'accès en direct à leurs enregistrements musicaux. Des dispositions ont été prises pour la diffusion de concerts en direct sur le «Net».

Les services musicaux disponibles incluent la radio payante, les vidéoclips sur demande, l'achat d'œuvres musicales sous réserve d'essai et d'autres services permettant aux utilisateurs de télécharger la chanson voulue. La musique sert

offer information about musical works, clips, or the complete works themselves. As technology improves, users will increasingly use the Internet to obtain musical works in various forms and formats.

B. The Parties' Positions

SOCAN argues that a communication to the public occurs when the end user can access a musical work from a computer connected to a network. It also maintains that virtually everyone involved in the Internet transmission chain is liable for the communication, including those who provide transmission services, operate equipment or software used for transmissions, provide connectivity, provide hosting services or post content. SOCAN adds that no one is entitled to rely on the exemption set out in section 2.4(1)(b) of the *Act*. CMPDA and CRIA generally supported SOCAN.

Those who oppose Tariff 22 contend that Internet transmissions involve a reproduction of data, not a communication by telecommunication. They add that such transmissions are not simultaneous and occur on an on-demand basis; therefore, they argue they are not communications to the public. They further argue that what is communicated is not a musical work but packets of compressed data which, in any event, do not represent a substantial part of the work. Finally, even if there are communications to the public of musical works over the Internet, liability should not be imposed on Internet Service Providers (ISP) or other entities acting as intermediaries, who are entitled to rely on section 2.4(1)(b) of the *Act*.

également à relever la valeur de sites particuliers. Un grand nombre de sites sur le *World Wide Web* (Web) offrent de l'information sur des œuvres musicales, des clips ou les œuvres entières elles-mêmes. À mesure que la technologie s'améliore, les utilisateurs emploieront de plus en plus l'Internet pour obtenir des œuvres musicales sous des formes et des formats divers.

B. Les prétentions des parties

La SOCAN allègue qu'une communication au public a lieu lorsque l'utilisateur final peut accéder à une œuvre musicale, à partir d'un ordinateur connecté à un réseau. Elle soutient aussi que pratiquement tous ceux qui font partie de la chaîne de transmission de l'Internet sont responsables de la communication, notamment ceux qui fournissent les services de transmission, ceux qui utilisent le matériel ou le logiciel employés pour les transmissions, ceux qui assurent la connectivité, ceux qui offrent des services d'hébergement ou ceux qui rendent disponible du contenu. La SOCAN ajoute que personne n'a le droit de se fonder sur la dérogation prévue à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi*. La CMPDA et la CRIA appuient, de façon générale, la SOCAN.

Ceux qui s'opposent au tarif 22 soutiennent que les transmissions sur l'Internet représentent une reproduction de données, et non une communication par télécommunication. De telles transmissions ne sont pas simultanées et elles ont lieu sur demande; ils allèguent donc que ce ne sont pas des communications au public. Ce que l'on communique, ajoutent-ils, ce n'est pas une œuvre musicale, mais plutôt des paquets de données comprimées qui, de toute façon, ne représentent pas une partie importante de l'œuvre. Enfin, s'il y a communication d'œuvres musicales au public sur l'Internet, la responsabilité ne devrait pas être assumée par les fournisseurs de services Internet (ISP) ni par d'autres entités agissant à titre d'intermédiaires, qui ont le droit de se fonder sur l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi*.

CAB has taken the position that even if Internet transmissions trigger copyright liability, its members should not bear it either because they do not provide a telecommunications service or because they are already licensed to undertake such communications. CAB adds that any liability should be joint and several among all those involved in the chain of communication.

C. Evidence

Testifying for SOCAN, Dr. David Clark, from the Laboratory for Computer Science at the Massachusetts Institute of Technology, described the technical workings of the Internet as a communications system, the actors involved, the operation of the World Wide Web, alternative delivery modes for Internet transmissions, such as multicasting and streaming, and how the Internet may be used to transmit music. With few exceptions, his analysis and conclusions were not challenged by other witnesses.

Mr. Tom Jurenka, an engineer and consultant to the telecommunications industry, testified about the evolution of various business arrangements, relationships between business entities and pricing models and commented on future business trends. Professor Paul Hoffert of York University is executive director of CulTech, an organization which developed a prototype intellectual property management system to authenticate and authorize users and distributors and to account for the use of intellectual property on digital networks. He testified as to the various music file formats that are used and the availability of software allowing the tracking of music usage. He and Mr. Mark Walker, legal counsel for SOCAN, illustrated the use of music on the Internet, with particular attention to the manner in which embedded links can be used to create virtual sites out of a single home page. They also commented on the number of sites which may be using music. Mr. Walker

Selon la position adoptée par l'ACR, même si les transmissions sur l'Internet entraînent des responsabilités en vertu du droit d'auteur, les membres de l'Association ne devraient pas devoir les assumer, parce qu'ils ne fournissent pas un service de télécommunications ou parce qu'ils détiennent déjà une licence pour effectuer de telles communications. L'ACR ajoute que toute responsabilité devrait être assumée conjointement et solidairement par tous ceux qui font partie de la chaîne de communication.

C. La preuve

Dans sa déposition en faveur de la SOCAN, M. David Clark, du *Laboratory for Computer Science*, au *Massachusetts Institute of Technology*, a décrit les rouages techniques de l'Internet, en tant que système de communications, les intervenants en cause, le fonctionnement du *World Wide Web*, les autres modes de livraison pour les transmissions par Internet – comme la multidiffusion et l'enregistrement et la lecture en continu – et la façon dont on peut se servir de l'Internet pour transmettre de la musique. À part quelques exceptions, son analyse et ses conclusions n'ont pas été contestées par les autres témoins.

M. Tom Jurenka, ingénieur et consultant pour l'industrie des télécommunications, a fait état de l'évolution de divers accords commerciaux, des rapports entre entités commerciales et des modèles d'établissement des prix, et a commenté les futures tendances des affaires. Le professeur Paul Hoffert, de *York University*, est directeur exécutif de *CulTech*, organisation qui a développé un prototype de système de gestion de la propriété intellectuelle pour authentifier et autoriser les utilisateurs et les distributeurs et pour rendre compte de l'utilisation de la propriété intellectuelle sur les réseaux numériques. Il a fait état des divers formats de fichier de musique employés et de la disponibilité de logiciels permettant le repérage de l'emploi de la musique. Lui ainsi que M^e Mark Walker, avocat de la SOCAN, ont illustré l'utilisation de la musique sur l'Internet, en insistant particulièrement sur la manière dont on peut se servir de liens intégrés

also spoke to the difficulties in licensing Web sites as opposed to Internet Access Providers (IAP) and summarized SOCAN's position with respect to Tariff 22.

Messrs. Joseph DiMona and Bennett Lincoff, who are senior officials with Broadcast Music Inc. (BMI) and the American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP), explained the experiences of these U.S. performing rights societies with their own Internet tariffs.

Testifying for the CMPDA, Dr. Thomas Dreier, from the Max-Planck Institute, reviewed international treaties and copyright legislation in several jurisdictions as they relate to new technologies and commented on possible answers to various legal issues arising from the tariff.

CAB presented Messrs. Josh Raphaelson, General Manager of a division of CHUM Ltd. that creates interactive entertainment for the Internet, and Chris Pandoff, General Manager of two radio stations that use the Internet. They testified about broadcasters' uses of the Internet, the extent, if any, that the Internet represents a source of revenue for broadcasters and the business arrangements between broadcasters and their service providers.

Testifying for CAIP, Mr. Albert Silverman, Vice-President, AT&T Canada, gave an overview of the Internet services provided by his company, commented on its position as to the imposition of liability on ISPs, and suggested some possible alternatives to Tariff 22. Ms. Lisa Balaban from MediaLinx, reviewed various services and business arrangements of that entity, using the Sympatico brand name. Messrs. Wayne McLaurin, Darren Widenmaier and Robert Lindstrom described the services offered by three

pour créer des sites virtuels à partir d'une seule page d'accueil. Ils ont également fait des observations sur le nombre de sites qui emploient peut-être de la musique. M^e Walker a parlé en outre des difficultés reliées à l'octroi de licences à des sites Web, par opposition à l'octroi de licences aux fournisseurs de services d'accès à l'Internet (IAP), et il a résumé la position de la SOCAN en ce qui concerne le tarif 22.

MM. Joseph DiMona et Bennett Lincoff, cadres supérieurs de la *Broadcast Music Inc.* (BMI) et de l'*American Society of Composers, Authors and Publishers* (ASCAP), ont fait part des expériences de ces sociétés américaines de perception des droits d'exécution à l'égard de leurs propres tarifs Internet.

Dans son témoignage en faveur de la CMPDA, M. Thomas Dreier, de l'Institut Max-Planck, a passé en revue les traités internationaux et la législation relatifs au droit d'auteur dans plusieurs pays, en ce qui a trait aux nouvelles technologies et a commenté certaines solutions possibles aux diverses questions juridiques découlant du tarif.

L'ACR a présenté MM. Josh Raphaelson, directeur général d'une division de *CHUM Ltd.* qui crée des divertissements interactifs pour l'Internet, et Chris Pandoff, directeur général de deux stations radio qui emploient l'Internet. Ils ont témoigné au sujet des diverses utilisations de l'Internet par les radiodiffuseurs, de l'importance du rôle de ce réseau en tant que source de revenus pour ces radiodiffuseurs et des ententes commerciales conclues entre les radiodiffuseurs et leurs fournisseurs de services.

Parlant au nom de la CAIP, M. Albert Silverman, vice-président de AT&T Canada, a donné un aperçu des services Internet offerts par sa firme, a commenté la position de celle-ci à l'égard de la responsabilisation des ISP et a suggéré certaines options possibles en remplacement du tarif 22. Mme Lisa Balaban, de Medialinx, a passé en revue divers services et accords commerciaux de cette entité, qui emploie le nom commercial de Sympatico. MM. Wayne McLaurin, Darren Widenmaier et Robert Lindstrom ont décrit les

smaller ISPs, with particular emphasis on how they may control the content being offered by their clients. Mr. Blair Buchanan, who teaches courses on the technical aspects of internetworking, commented on the consequences of the Internet being a layered model for inter-system communications, as well as on the role of routers and other Internet devices. Ms. Margo Langford, the Chair of CAIP, outlined the Association's position with respect to the role of the ISP industry, intellectual property matters in general and the proposed tariff in particular.

Testifying for CCTA, Mr. Eric Carroll of Tekton Internet Associates reviewed the Internet industry's evolution, trends and impacts. He focused on the roles and activities of Internet players, the manner in which those who post content may be located, differences between Internet and cable television and the availability of music over the Internet. Messrs. Guy Labelle, from *Le Groupe Vidéotron*, and Brian Beattie and Wayne Hatton, from *Rogers Wave*, described the Internet services provided by Canadian cable companies, and commented on the differences between cable television and Internet access. Finally, Mr. David Silverman, an American lawyer with knowledge of developments in American copyright law as it relates to the Internet, commented on the licensing practices of American performing rights societies and the liability of service providers in that country.

D. The Object of this Decision

In a ruling made February 17, 1998 the Board described the distinction between Phase I and Phase II issues for the purposes of Tariff 22 as follows:

“Phase I is meant to address a number of legal issues, ...

Phase II will deal with the policy issues raised

services offerts par trois petits ISP, en insistant particulièrement sur la façon dont ils peuvent contrôler le contenu offert par leurs clients. M. Blair Buchanan, qui donne des cours sur les aspects techniques de l'inter-réseautage, a discuté des conséquences de l'architecture en couches de l'Internet pour les communications inter-systèmes, ainsi que du rôle des routeurs et des autres dispositifs Internet. Mme Margo Langford, présidente de la CAIP, a exposé la position de l'Association en ce qui concerne le rôle du secteur des services Internet, les questions de propriété intellectuelle en général et le tarif proposé en particulier.

Témoignant pour l'ACTC, M. Eric Carroll, de *Tekton Internet Associates*, a parlé de l'évolution, des tendances et des incidences de l'industrie Internet. Il s'est attardé sur les rôles et les activités des intervenants de l'Internet, les moyens de repérer ceux qui affichent des contenus, les différences entre l'Internet et la télédistribution et la disponibilité de la musique sur l'Internet. MM. Guy Labelle, du Groupe Vidéotron, ainsi que Brian Beattie et Wayne Hatton, de *Rogers Wave*, ont décrit les services Internet offerts par les compagnies canadiennes de télédistribution et fait des observations sur les différences qui existent entre la télédistribution et l'accès à Internet. Enfin, M^e David Silverman, avocat américain au fait des développements survenus dans les lois américaines relatives au droit d'auteur concernant l'Internet, a commenté les pratiques d'octroi de licences des sociétés américaines de perception des droits d'exécution et la responsabilité des fournisseurs de services dans ce pays.

D. L'objet de la présente décision

Dans une décision rendue le 17 février 1998, la Commission a décrit ainsi la distinction entre les questions de la Phase I et celles de la Phase II pour ce qui est du tarif 22 :

«[TRADUCTION] La Phase I est censée régler un certain nombre de questions juridiques, ...

La Phase II traitera des questions d'opportunité

by Tariff 22, including the most appropriate tariff structure. Within the discussion of that structure, issues will be debated pertaining to the most appropriate target and whether blanket licensing is the most appropriate form of licence in the relevant market.

Phase I will determine which actions trigger liability under the *Act* and which do not. At the end of that process, those who only act in a manner which does not trigger liability will be excused. The Board cannot target persons who are not users of copyright. Those whose actions trigger liability will want to participate in Phase II. It is only at that time that the Board may select among all persons who are liable at law and only among those persons a 'target' for the tariff.

The question of who can legally be targeted by the tariff is a Phase I issue. The question of who should be the target of choice among more than one person who can legally be targeted is a Phase II issue.”

Consequently, this decision focuses on activities relating to Internet transmissions that may give rise to liability under section 3(1)(f) of the *Act*; whether there may be any other basis of liability under the *Act* with respect to those activities (e.g., authorization of communication); the applicability of the exemption set out in section 2.4(1)(b) of the *Act*; and the circumstances in which any communications over the Internet may occur in Canada. Section II offers an overview of the Internet as a communications system, including a summary of the various activities involved in Internet transmissions, the manner in which the Internet is used for the transmission of musical works, and the relationships among the various players involved in Internet-related activities. Sections III and IV deal with the legal issues involved.

soulevées par le tarif 22, notamment la structure tarifaire la plus appropriée. Au cours des discussions sur cette structure, on débattera des questions concernant la cible la plus pertinente du tarif et l'on cherchera à déterminer si les licences générales représentent la forme d'autorisation la plus appropriée dans ce marché.

La Phase I déterminera quelles activités entraînent la responsabilité, sous le régime de la *Loi*, et lesquelles ne le font pas. À la fin de ce processus, ceux dont l'activité n'engage pas la responsabilité pourront se retirer. La Commission ne peut cibler des personnes qui n'utilisent pas le droit d'auteur. Ceux dont les activités entraînent la responsabilité voudront participer à la Phase II. C'est alors seulement que la Commission pourra faire une sélection parmi les personnes qui sont responsables selon la loi, et choisir une "cible" pour le tarif parmi ces personnes.

La question à savoir qui peut être légalement visé par le tarif relève de la Phase I, tandis que la question à savoir quelle devrait être la cible de choix parmi plusieurs personnes qui peuvent être légalement visées relève de la Phase II.»

La présente décision est donc centrée sur les activités relatives aux transmissions par Internet qui peuvent entraîner la responsabilité, sous le régime de l'alinéa 3(1)f de la *Loi*; sur la possibilité que la responsabilité en ce qui concerne ces activités soit fondée sur une autre disposition de la *Loi* (p. ex. celle visant l'autorisation de communication); sur l'applicabilité de la dérogation prévue à l'alinéa 2.4(1)b de la *Loi*; et sur les circonstances dans lesquelles les communications par Internet peuvent avoir lieu au Canada. La partie II donne un aperçu de l'Internet en tant que système de communication, y compris un résumé des diverses activités que comportent les transmissions par Internet, la façon dont l'Internet est employé pour la transmission d'œuvres musicales et les rapports qui existent entre les divers intervenants dans les activités reliées à l'Internet. Les parties III et IV traitent des questions juridiques en jeu.

II. THE INTERNET

A. Overview

1. Introduction

The Internet is a network of computers and computer networks designed to receive and forward bytes of data grouped into packets between end nodes (the source and destination computers). It supports a range of user-visible, high-level services or applications, depending on what software is loaded on the end nodes. The basic communication service of the Internet consists of two components: the addressing structure and the delivery model.

Each end node connected to the Internet is assigned a unique Internet Protocol or IP address², made up of integers. Users do not use addresses of this form when they invoke services. Instead, they use names (called domain names) that are a little more user-friendly, composed of characters. These names are translated back to their associated IP addresses by the Domain Name System (DNS) which all IAPs operate for the use of their subscribers. The domain names together constitute the Internet's addressing structure.

The delivery model represents what anyone may expect when sending information over the Internet. Originally, the parties undertook to do their best to deliver data, but would not provide commitments as to the quality of the service (e.g., commitments as to bandwidth or reliability)³, although it is now possible to require assurances as to the quality of the service (e.g., that packets will be transferred within a specified period of time).

Persons involved in the Internet generally carry one of three broad categories of activities.

II. L'INTERNET

A. Aperçu

1. Introduction

L'Internet est un réseau d'ordinateurs et de réseaux d'ordinateurs ayant pour objet de recevoir et d'envoyer des octets de données, groupés en paquets, entre des nœuds terminaux (les ordinateurs d'origine et de destination). Il prend en charge une gamme de services ou d'applications de haut niveau, visibles par l'utilisateur, selon le logiciel chargé sur les nœuds terminaux. Le service de communication de base de l'Internet comprend deux composantes : la structure d'adressage et le modèle de livraison.

À chaque nœud terminal connecté à l'Internet, on attribue une adresse de protocole Internet exclusive ou adresse IP², composée de nombres entiers. Les utilisateurs n'emploient pas d'adresses de ce genre lorsqu'ils sollicitent des services. Ils emploient plutôt des noms (désignés «noms de domaine») qui sont un peu plus conviviaux et qui se composent de caractères. Ces noms sont reconvertis aux adresses IP correspondantes par le système de désignation réparti (DNS), que tous les IAP exploitent à l'intention de leurs abonnés. L'ensemble des noms de domaine constitue la structure d'adressage de l'Internet.

Le modèle de livraison représente ce à quoi l'utilisateur peut s'attendre lorsqu'il envoie de l'information sur Internet. À l'origine, les parties s'efforçaient de faire de leur mieux pour livrer les données, mais ne prenaient pas d'engagement quant à la qualité du service (p. ex. des engagements relatifs à la largeur de bande ou à la fiabilité)³, bien qu'il soit maintenant possible d'exiger des assurances concernant la qualité du service (p. ex. que les paquets seront transférés dans un délai déterminé).

Les participants à l'Internet exercent généralement des activités qui appartiennent à l'une des trois grandes catégories mentionnées ci-après.

First, they provide the communication service. This service, in turn, involves two main activities: providing and servicing the “backbone” infrastructure and providing connectivity to subscribers. Providing communication services may involve other ancillary activities, such as allocating IP addresses or domain names, or developing and supplying products that implement protocols used for Internet transmissions.

Witnesses before the Board used different terminology to describe the persons involved in providing the Internet communication service. In this decision, ISP (Internet Service Provider) refers to an entity that provides any Internet communication service, including connectivity to subscribers. This is further divided into IAP (Internet Access Provider) for entities that provide connectivity to subscribers, and BSP (Backbone Service Provider) for entities that operate infrastructure components of the Internet.

Providing connectivity involves providing subscribers with an IP address, supplying and operating equipment and software to allow the subscriber to connect to the Internet, making arrangements with other ISPs to connect to the remainder of the Internet, and operating the routers and other equipment to forward information.

Second, persons involved in the Internet provide applications or high level services, including the World Wide Web, Internet e-mail and newsgroups which are described in greater detail below. Since many of these applications involve making information of any kind available to users, those who provide such information are commonly referred to as “content providers”.

Première catégorie : les personnes qui fournissent le service de communication. Ce service, à son tour, comporte deux activités principales : procurer l’infrastructure de base et pourvoir à sa maintenance et assurer la connectivité aux abonnés. La prestation de services de communication peut inclure des activités secondaires, telles que l’attribution d’adresses IP ou de noms de domaine, ou encore le développement et la fourniture de produits qui mettent en œuvre les protocoles employés pour les transmissions par Internet.

Les témoins ayant comparu devant la Commission ont employé une terminologie différente pour décrire les personnes qui fournissent le service de communication sur l’Internet. Dans la présente décision, ISP (fournisseur de services Internet) désigne une entité qui fournit tout service de communication de l’Internet, y compris la connectivité aux abonnés. Cette catégorie est répartie, à son tour, en deux sous-catégories, celle des IAP (fournisseurs de l’accès à l’Internet), comprenant les entités qui assurent la connectivité aux abonnés, et celle des BSP (fournisseurs de services de réseau de base) pour les entités qui exploitent les composantes de l’infrastructure de l’Internet.

Procurer la connectivité signifie attribuer une adresse IP à l’abonné, fournir et faire fonctionner le matériel et le logiciel nécessaires pour permettre à l’abonné de se connecter à l’Internet, prendre des dispositions avec d’autres ISP pour établir la connexion avec le reste de l’Internet, et utiliser les routeurs et autres appareils pour faire parvenir l’information.

Deuxième catégorie : les personnes qui fournissent des applications ou des services de haut niveau, y compris le *World Wide Web*, le courriel et les groupes de discussion sur Internet, qui sont décrits plus en détail ci-dessous. Étant donné que, pour un grand nombre de ces applications, il faut mettre toutes sortes d’information à la disposition des utilisateurs, ceux qui procurent cette information sont couramment désignés par le terme «fournisseurs de contenu».

Third, participants in the Internet receive or use information sent over it. End users include individual subscribers who connect to the Internet through a dial-up telephone line or a cable modem, and institutions that may buy a high-bandwidth connection to allow individuals within the organization to connect to the Internet.

Anyone may play different roles for various transmissions over the Internet. In some, an entity may provide connectivity, or may only operate the routers through which packets are transmitted. In others, it may make available content on its own servers. For still others, it may be an end user of information provided by others. Consequently, it is important to examine these roles separately in determining what activities may give rise to liability.

2. *The communication service of the Internet*

The communication service of the Internet involves sending series of data items or packets across the network. Any digital communication is composed of bits that take on one of two values (one or zero) and are grouped into bytes. A packet consists of a series of bytes (typically no more than 1500). Each packet consists of a data portion containing the actual message or file, and the header containing the information necessary to carry the packet across the Internet.

Devices used to receive and forward packets are known as routers. A router retains information for as little time as possible before forwarding it to the next router or the destination computer.

The header portion of any packet contains port numbers. Different numbers are associated with different services such as the World Wide Web, e-mail and Internet telephony. The software in the routers can interpret the port numbers and direct the information. Thus, port information may be

Troisième catégorie : les participants aux services Internet qui reçoivent ou emploient l'information envoyée à travers ce réseau. Les utilisateurs finaux comprennent les différents abonnés qui se branchent sur l'Internet, au moyen d'une ligne téléphonique commutée ou d'un modem de transmission par câble, et les institutions qui achètent une connexion à grande largeur de bande pour permettre aux membres de l'organisation de se brancher sur l'Internet.

On peut jouer différents rôles pour diverses transmissions sur l'Internet. Dans certains cas, une entité peut procurer la connectivité, ou peut n'exploiter que les routeurs à travers lesquels des paquets sont transmis. Dans d'autres, elle peut rendre le contenu disponible sur ses propres serveurs. Il arrive également qu'il s'agisse d'un utilisateur final de l'information fournie par d'autres. Par conséquent, il importe d'examiner ces rôles séparément lorsqu'on détermine quelles activités peuvent entraîner la responsabilité.

2. *Le service de communication de l'Internet*

Le service de communication de l'Internet comporte l'envoi d'une série d'éléments de données, ou paquets, à travers le réseau. Toute communication numérique se compose de bits qui prennent la valeur un ou la valeur zéro et qui sont groupés en octets. Un paquet consiste en une série d'octets (typiquement pas plus de 1500). Chaque paquet comprend la partie données, qui contient le message même ou le fichier, et la partie en-tête, qui contient l'information nécessaire pour transporter le paquet à travers l'Internet.

Les dispositifs employés pour recevoir ou envoyer les paquets sont appelés des routeurs. Un routeur retient l'information pour aussi peu de temps que possible, avant de la transmettre au routeur suivant ou à l'ordinateur de destination.

La partie en-tête de tout paquet contient des numéros de port. Des numéros différents sont associés aux différents services, tels que le *World Wide Web*, le courriel et la téléphonie par Internet. Le logiciel des routeurs peut interpréter

used to provide enhanced services for certain types of traffic (e.g., Real Audio or Internet telephony) or to block other types of traffic (e.g., games).

The Internet functions by means of conventions and standards (called “protocols”) that are implemented in the software and other products used in the operation of the Internet and that define how information is to be processed.

The Transmission Control Protocol (TCP) is implemented in software running in the end nodes. It opens and closes the connections necessary to allow the exchange of information; its function is to ensure that any message is sent, not to interpret the message. TCP software does this by numbering the packets being sent, keeping track of them as they arrive at the destination, demanding retransmission until all packets get through, and giving them to the user in the proper order upon receipt. TCP software at the source computer will continue to send any packet until the destination computer sends an acknowledgment of receipt. TCP software will also adapt to the speed with which data is being transmitted according to the amount of congestion on the network.

Another protocol on the Internet is Real Time Protocol (RTP). It is used to support streaming or transmissions that simulate real-time communications. RTP can skip packets while allowing subsequent ones to be transmitted so that the work as a whole continues to be received.

Connections across the Internet are accomplished through various bilateral relationships between ISPs. The routing protocol ensures that packets flow only in accordance with the intended relationships between the various providers. An ISP must establish sufficient bilateral arrangements with other service providers to ensure that traffic from any point on the Internet to another point will actually flow.

les numéros de port et diriger l’information. Ainsi, les données du port peuvent servir à fournir des services améliorés pour certains types de trafic (p. ex. *Real Audio* ou téléphonie par Internet) ou à bloquer d’autres types de trafic (p. ex. des jeux).

L’Internet fonctionne au moyen de conventions et de normes (que l’on désigne par «protocoles»), qui sont mises en œuvre dans les logiciels et autres produits employés dans l’exploitation de l’Internet et qui définissent le mode de traitement de l’information.

Le *Transmission Control Protocol* (TCP) est implanté dans le logiciel utilisé dans les nœuds terminaux. Il ouvre et ferme les connexions nécessaires pour permettre l’échange de l’information; sa fonction consiste à s’assurer que tout message est envoyé, et non à interpréter le message. À cette fin, le logiciel TCP numérote les paquets à envoyer, les enregistre à mesure qu’ils arrivent à destination, en demande la retransmission jusqu’à ce que tous les paquets parviennent à destination et les remet à l’utilisateur dans le bon ordre, dès leur réception. Le logiciel TCP dans l’ordinateur d’origine continuera à envoyer tous les paquets jusqu’à ce que l’ordinateur de destination expédie un accusé de réception. Le logiciel TCP s’adaptera également à la vitesse de transmission des données, selon le degré de congestion du réseau.

Autre protocole employé sur l’Internet : le *Real Time Protocol* (RTP). Il sert à l’enregistrement et à la lecture en continu ou aux transmissions qui simulent les communications en temps réel. Le RTP peut sauter des paquets, tout en permettant la transmission des paquets suivants, de façon que l’on continue à recevoir l’œuvre comme un tout.

Les connexions à travers l’Internet se font au moyen de diverses relations bilatérales entre ISP. Le protocole de routage garantit que les paquets circuleront uniquement selon les relations prévues entre les divers fournisseurs. Un ISP doit établir des ententes bilatérales suffisantes avec d’autres fournisseurs de services pour s’assurer que le trafic circule d’un point quelconque à un autre sur l’Internet.

An ISP may use caching to improve the efficiency and response time of transmissions. Specifically, when an ISP's end user requests information from a server that may be in a remote location, a temporary copy of the information may be retained on the ISP's local server (usually called a "proxy server"). This means that when another customer of that ISP requests the same information, it may be retrieved from the local server. Caching reduces the cost for the delivery of data by allowing the use of lower bandwidth than would otherwise be necessary.

A cache may be deployed at any point in the Internet (e.g., at a point where an undersea link is made to optimize transoceanic data transfers). The operator of the original server on which a site is located may prevent caching. The operator of a proxy server may also configure it to limit the time that information is retained (i.e., before a request goes back to the original server).

3. Applications available on the Internet

The following is a description of some of the applications available on the Internet.

a. World Wide Web

The World Wide Web (Web) allows an end user to obtain access to information stored on a server. The files or Web pages are assigned character names known as Universal Resource Locators (URLs) which may be translated into the IP address of the server on which the files are stored. A Web site is a collection of pages available at the same general URL and under the control of the same entity. An end user will use a computer program known as a "browser" installed at the user's machine to request the information from a Web site.

Un ISP peut recourir à la mise en antémémoire pour améliorer l'efficacité et le temps de réponse des transmissions. En particulier, lorsque l'utilisateur final de l'ISP demande de l'information à un serveur qui peut se trouver à un emplacement éloigné, il est possible de conserver une copie provisoire de l'information dans le serveur local (habituellement désigné serveur *indirect* ou *intermédiaire*) de cet ISP. En d'autres termes, lorsqu'un autre client de ce fournisseur demande la même information, celle-ci peut être extraite du serveur local. La mise en antémémoire réduit le coût de livraison des données en permettant l'emploi d'une largeur de bande plus petite.

On peut déployer une antémémoire à n'importe quel point de l'Internet (p. ex. à un point où une liaison sous-marine est établie pour optimiser les transferts transocéaniques de données). L'opérateur du serveur initial où se trouve un site peut empêcher la mise en antémémoire. L'opérateur d'un serveur indirect peut également configurer celui-ci pour limiter la période de conservation de l'information (soit avant qu'une demande ne revienne au serveur d'origine).

3. Applications disponibles sur l'Internet

Voici une liste d'applications disponibles sur l'Internet ainsi que leur description :

a. World Wide Web

Le *World Wide Web* (Web) permet à l'utilisateur final d'accéder à l'information enregistrée sur un serveur. Les fichiers ou pages Web reçoivent un nom composé de caractères et désigné par «adresse URL» (*Universal Resource Locators*), qui peut être converti en adresse IP du serveur sur lequel les fichiers sont enregistrés. Un site Web est une série de pages disponibles à la même adresse URL générale et sous le contrôle de la même entité. L'utilisateur final emploiera un programme informatique, désigné par le terme «navigateur», installé sur son propre ordinateur, pour demander l'information à partir d'un site Web.

The Web page itself is represented in a certain format, the most common of which is called HTML (Hypertext Mark-up Language). HTML can interpret the various characters on a Web page, where they should go and their form and colours. The browser software on the end user's machine reassembles the packets representing a Web page and causes the packets to be displayed in a form in which the page may be read or played by a user. The files located at the Web server may be stored in other file formats such as GIF (Graphics Interchange Format) or JPEG (Joint Photographic Experts Group); as long as the browser includes software that is capable of interpreting the applicable page format, the files can be accessed and downloaded by an end user.

b. Electronic Mail

Another service typically offered on the Internet is electronic mail (e-mail). It normally consists of alphanumeric text and may have other files attached to the message. The e-mail may be sent to one recipient or a group of recipients. An e-mail sent to an IAP's subscriber is received at a server (known as the Post Office Protocol or POP server) operated by the IAP. The subscriber may then use his/her mail reader program to download the e-mail from the server.

c. Newsgroups

“Usenet” consists of newsgroups or open forums on various topics. Newsgroups are either moderated (in which case a system administrator reviews any messages before they are posted) or unmoderated (in which case the messages are posted without being reviewed by any person).

The IAP determines which newsgroups will be hosted on its servers. Messages posted to a newsgroup server are replicated on a periodic basis onto all Usenet servers that carry the

La page Web elle-même est représentée dans un certain format, dont le plus courant est le HTML (*Hypertext Mark-up Language*). Le HTML peut interpréter les divers caractères figurant sur une page Web et déterminer leur lieu de destination, leur forme et leurs couleurs. Le logiciel de navigation installé sur l'ordinateur de l'utilisateur final rassemble les paquets représentant une page Web et affiche la page dans un format permettant la lecture ou l'audition par l'utilisateur. Les fichiers qui se trouvent sur le serveur Web peuvent être enregistrés dans d'autres formats de fichier, tels que GIF (*Graphics Interchange Format*) ou JPEG (*Joint Photographic Experts Group*); tant que le navigateur inclut un logiciel qui peut interpréter le format de page applicable, l'utilisateur final est en mesure d'accéder aux fichiers et de les télécharger à partir de l'ordinateur central.

b. Courrier électronique

Le courrier électronique (courriel) est un autre service offert sur l'Internet. Il consiste habituellement en un message, sous forme de texte alphanumérique, auquel peuvent être annexés d'autres fichiers. On peut envoyer du courriel à un destinataire ou à un groupe de destinataires. Le message électronique envoyé à un abonné d'IAP parvient à un serveur (désigné par «serveur POP» [*Post Office Protocol*]) exploité par l'IAP. L'abonné peut ensuite, à l'aide de son programme de lecture du courrier, télécharger le message à partir du serveur.

c. Groupes de discussion

«Usenet» comprend des groupes de discussion, ou tribunes libres, sur divers sujets. Les groupes peuvent être animés (auquel cas, un administrateur du système examine tous les messages avant de les envoyer) ou non (les messages sont alors envoyés sans être examinés par personne).

L'IAP détermine quels groupes de discussion héberger sur ses serveurs. Les messages envoyés à un serveur de groupes de discussion sont périodiquement reproduits sur tous les serveurs de

particular newsgroup. The messages are kept on the servers for a predetermined period of time before being deleted. A subscriber to a newsgroup may contribute to it or read messages posted by others. An IAP may decide to block a newsgroup on a certain topic, but the IAP's subscribers may still obtain access to the newsgroup from the server of another IAP.

4. *Continuing evolution of the Internet*

It appears from the evidence presented to the Board that there will likely not be any significant changes in the near future in the basic activities involved in Internet transmissions. The major advances currently under way relate to increases in bandwidth. Cable modems can provide data at a much greater rate than other modems, and will allow the delivery of reasonable fidelity audio and entertainment quality video for Internet-based television, telephone and audio. Telephone companies are also providing higher speed services through technology such as ADSL (asynchronous digital subscriber loop), and through the use of optic fibre trunks as part of the backbone of the Internet. The objective is to match the speed of the network to the transmission and reception capabilities of the computer equipment.

B. Music on the Internet

The following is an outline of the technical process whereby music is made available on the Internet and the various modes for the delivery of music. We also review various types of musical Web sites.

1. *Technical processes for the transmission of music*

When an audio file is sent over the Internet, it is generally converted into a digital form, compressed, transmitted, decompressed and

Usenet qui incluent le groupe de discussion visé. Les messages sont conservés sur les serveurs pour une période prédéterminée, avant d'être supprimés. Un abonné à un groupe de discussion peut y apporter son message ou y lire les messages envoyés par d'autres. Un IAP peut décider d'exclure un groupe de discussion pour un certain sujet, mais ses abonnés peuvent quand même accéder au groupe à partir du serveur d'un autre IAP.

4. *Évolution continue de l'Internet*

D'après la preuve présentée à la Commission, il semble peu probable que, dans un proche avenir, il y aura de grands changements dans les activités de base des transmissions par Internet. Les progrès majeurs en cours ont trait aux extensions de la largeur de bande. Les modems par câble peuvent transmettre les données à un débit bien supérieur à celui des autres modems, et ils permettront de réaliser une bonne fidélité audio et des vidéos récréatifs de qualité pour la télévision, le téléphone et les transmissions audio basés sur Internet. Les compagnies de téléphone offrent elles aussi des services plus rapides, grâce à des technologies telles que l'ADSL (*asynchronous digital subscriber loop*) et à l'utilisation de liaisons par fibres optiques dans le réseau de base de l'Internet. Le but en est d'adapter la vitesse de transmission du réseau à celle des moyens de transmission et de réception du matériel informatique.

B. Musique sur l'Internet

Nous donnons ci-après un aperçu du processus technique qui permet de rendre la musique accessible sur l'Internet ainsi que des divers modes de livraison de la musique. Nous passons également en revue différents types de sites Web musicaux.

1. *Processus techniques pour la transmission de la musique*

Lorsqu'un fichier audio est envoyé sur l'Internet, il est généralement converti en format numérique, comprimé, transmis, décomprimé et reconverti en

reconverted into analog sound signals. Audio files come in various formats. For example, WAV is an uncompressed format designed for the storage and transfer of digital audio files. MIDI (Musical Instrument Digital Interface) is the most compact, and the most simplistic, format by which music is communicated on the Internet. An early standard that was used for transmitting digital music between computers, MIDI does not involve a translation from analog to digital, but rather is a notation system used to digitally store musical notes.

Other formats include Real Audio, currently the market leader for delivering real-time music. It uses a transfer protocol known as "Real Audio TCP": when the audio file is received, a special piece of software or "plug-in" recognizes the audio format of the file and plays it. As for Liquid Audio, it uses Liquid MusicPlayer. In addition to supporting the transmission of music, it allows users to preview and purchase CD-quality music from the Internet. Other formats which provide very high compression ratios and were initially developed to distribute video files over digital networks are now being used to distribute music-only files. These include MPEG (standing for Motion Picture Experts Group), the current version of which is now commonly referred to as MP3.

2. Delivery modes for the transmission of music

Generally speaking, information transmitted over the Internet is delivered in a unicast pull mode: pull, because the user requests or "pulls" the information when desired, and unicast, because packets go to only one recipient. Alternative delivery modes associated with audio files involve multicasting and the use of streaming software.

signaux audio analogiques. Les fichiers audio se présentent en divers formats. Par exemple, WAV est un format non comprimé conçu pour le stockage et le transfert des fichiers audionumériques. MIDI (interface numérique des instruments de musique) est le format le plus compact et le plus rudimentaire pour la transmission de la musique sur l'Internet. MIDI, ancienne norme employée pour la transmission audionumérique de la musique entre ordinateurs, ne comporte pas de conversion analogique-numérique; c'est plutôt un système de notation employé pour enregistrer numériquement les notes de musique.

Entre autres formats, citons le *Real Audio*, qui domine actuellement le marché de la musique transmise en temps réel. Ce format utilise un protocole de transfert, appelé *Real Audio TCP* : lorsque le fichier audio est reçu, un élément logiciel spécial enfichable (*plug-in*) reconnaît le format audio du fichier et exécute celui-ci. Pour sa part, *Liquid Audio* emploie le *Liquid MusicPlayer*. En plus de prendre en charge la transmission de la musique, il permet aux utilisateurs d'écouter à l'avance et d'acheter de la musique de qualité CD par l'Internet. D'autres formats, qui offrent des coefficients de compression très élevés et qui avaient été développés au départ pour diffuser des fichiers vidéo sur des réseaux numériques, sont maintenant employés pour diffuser des fichiers exclusivement musicaux. Cette catégorie inclut le MPEG (Groupe d'experts pour le codage d'images animées), dont la version actuelle est couramment désignée par MP3.

2. Modes de livraison pour la transmission de la musique

De façon générale, l'information transmise sur Internet est livrée en mode d'extraction *monodestinataire* : selon ce mode, l'utilisateur demande ou «extrait» l'information lorsqu'il le désire et les paquets ne parviennent qu'à un seul destinataire. Les autres modes de livraison associés aux fichiers audio comprennent la multidiffusion et l'utilisation de logiciel d'enregistrement et de lecture en continu.

Multicasting occurs when a computer sends out a single set of packets which are replicated at a certain point in the network and then distributed to a number of recipients. The destination address for packets sent by multicast consists of a multicast group identifier. Any person who sends a message to join the group becomes part of a distribution tree to which the packets are distributed.

The delivery system for multicast is much the same as for unicast, except that the reproduction of the message and its subsequent routing to end users takes place at some intermediate stage rather than at the originating end node. Each recipient still receives its own individual set of packets.

An audio file may be downloaded onto a storage device from which it may later be played by software that interprets the file. However, audio files which are encoded and stored on a server may also be accessed by the use of a streaming program such as Real Audio, to create what appears to be a real-time experience. In this case, the material that is received at the user's computer is buffered or delayed a second or two before being played. However, the network will continue to deliver the remaining packets in the proper sequence to allow the user to continue to listen to the work in a manner that simulates real-time delivery. This can be achieved in part because routers can identify and service real-time traffic in a different way from other traffic.

3. Some uses of the Internet for musical works

The Internet may be used for a netcast, in which a feed from a live concert is made available from a server. The number of users able to view the event is limited by the server and bandwidth capacity of the entity hosting it. Users have access

On parle de «multidiffusion» lorsqu'un ordinateur envoie un seul ensemble de paquets, qui sont reproduits à un point déterminé du réseau, puis distribués à un certain nombre de destinataires. L'adresse de destination des paquets envoyés en mode multidiffusion consiste en un identificateur de groupe à multidiffusion. Quiconque envoie un message pour rejoindre le groupe fait dès lors partie d'un arbre de diffusion auquel les paquets sont distribués.

Le système de livraison relatif à la multidiffusion ressemble beaucoup à celui de la communication à destinataire unique, sauf que la reproduction du message et son acheminement ultérieur vers les utilisateurs finaux se font à une étape intermédiaire, plutôt qu'au nœud terminal d'origine. Chaque destinataire reçoit néanmoins son propre ensemble de paquets.

Un fichier audio peut être téléchargé de l'ordinateur central vers le support d'enregistrement, à partir duquel on peut l'exécuter à l'aide d'un logiciel qui l'interprète. On peut toutefois, à l'aide d'un programme d'enregistrement et de lecture en continu, tel que *Real Audio*, accéder aux fichiers audio qui sont codés et enregistrés sur un serveur, pour vivre ce qui semble être une expérience en temps réel. Dans ce cas, l'œuvre reçue sur l'ordinateur de l'utilisateur est mise dans une zone tampon ou différée d'une ou deux secondes avant d'être exécutée. Le réseau continuera cependant à livrer les paquets restants, dans le bon ordre, pour que l'utilisateur continue à écouter l'œuvre d'une manière qui simule l'exécution en temps réel. On parvient à ce résultat, en partie, grâce aux routeurs qui peuvent identifier le trafic en temps réel et lui appliquer un traitement différent de celui de l'autre trafic.

3. Quelques utilisations de l'Internet pour les œuvres musicales

On peut employer l'Internet pour la diffusion de musique par réseau : dans ce cas, on rend accessibles, à partir d'un serveur, des éléments d'émission d'un concert en direct. Le nombre d'utilisateurs qui peuvent visionner ce concert est

to the event more or less simultaneously. However, unlike traditional forms of broadcasting, a user may receive a program in any part of the world.

The Internet may also be used to make available a radio station's broadcast feed. Real Audio software may be used as a plug-in to allow users to obtain access to the broadcast feed. Having said this, Canadian radio stations currently use the Internet largely for marketing purposes, by placing information about the stations on their Web sites and by allowing listeners to communicate with the station by e-mail. Internet activities of radio stations sometimes also include providing music excerpts for promotional purposes, and the netcasting of some live events.

Some television programming also is available on the Internet. Access to real-time television signals is usually facilitated in connection with special events. Archived extracts of television signals may also be made available on television stations' Web sites.

While the evidence presented to the Board indicates that there may be a great number of Web sites with music-related content, many of these sites may contain information about music or musical groups but not actual musical works. It was beyond the scope of Phase I to determine the extent to which musical works are available on the Internet, or whether they are made available with or without the authorization of copyright holders. However, the Board is satisfied that with ongoing improvements in technology, the Internet is becoming an increasingly important means for making musical works available to users, for listening as well as reproduction purposes.

limité par le serveur et par la capacité de la largeur de bande de l'entité qui l'héberge. Les utilisateurs ont accès à l'événement, de façon plus ou moins simultanée. Cependant, contrairement aux modes traditionnels de radiodiffusion, l'utilisateur peut recevoir un programme à n'importe quel point du globe.

L'Internet peut également servir à rendre accessibles des éléments d'émission d'une station radio. Le *Real Audio* peut servir de logiciel enfichable, donnant aux utilisateurs accès aux éléments d'émission. Cela dit, les radiodiffuseurs canadiens emploient actuellement l'Internet, dans une large mesure, pour fins de commercialisation, en présentant sur leurs sites Web l'information relative à leurs stations et en permettant aux auditeurs de communiquer avec ces stations par courriel. Les activités des stations radio sur Internet incluent parfois également des extraits d'œuvres musicales aux fins de promotion, ainsi que la diffusion de certains événements en temps réel.

Certains programmes de télévision sont aussi disponibles sur l'Internet. On facilite habituellement l'accès aux signaux de télévision en temps réel à l'occasion d'événements spéciaux. Des extraits archivés de signaux de télévision peuvent également être disponibles sur les sites Web des stations de télévision.

Même si, selon la preuve déposée à la Commission, beaucoup de sites Web traitent de musique, un grand nombre de ces sites contiennent uniquement de l'information sur la musique ou sur les groupes musicaux, mais pas d'œuvres musicales proprement dites. Le plan de la Phase I n'incluait pas la détermination du degré de disponibilité des œuvres musicales sur l'Internet, ou de leur disponibilité avec ou sans l'autorisation des détenteurs du droit d'auteur. Cependant, la Commission est convaincue qu'avec les améliorations continues de la technologie, l'Internet devient un moyen de plus en plus important pour rendre les œuvres musicales accessibles aux utilisateurs, aux fins d'écoute comme aux fins de reproduction.

C. Activities of Content Providers

Making content available on the Internet involves having access to connectivity and to disk space on one or more servers. Internet content providers assemble and place a collection of files on a server to allow the files to be accessed. Sometimes, the person who has overall responsibility for its content (the site owner) also operates and maintains the server on which the site is located. This model is normally followed by larger and medium sized business enterprises. In other cases, the content provider may not own or control the server, and has to obtain access to disk space on someone else's server. This model is normally followed by individuals and smaller enterprises.

A single server can host sites that are owned and controlled by different entities. The owner of each site is then given the necessary password to post content to that part of the server allocated to the site. The owner of the server or someone acting for the owner will have a "root" password that gives unbridled access to the entire server.

Relationships with end users have evolved with the Internet. In the early stages, the end user made one payment to receive both connectivity and access to content. A direct relationship often now exists between the end user and the content provider. In particular, where the end user pays a subscription fee or uses the Internet for some form of electronic commerce, content revenues (as opposed to access revenues) flow directly to the content providers rather than remaining with the end user's IAP.

D. Business Arrangements for Providing Content

Various types of business arrangements exist between entities that provide content over the

C. Activités des fournisseurs de contenu

Pour rendre le contenu disponible sur l'Internet, il faut avoir la connectivité et l'accès à l'espace disque sur un ou plusieurs serveurs. Les fournisseurs de contenu sur Internet rassemblent une série de fichiers et les mettent sur un serveur pour que l'on puisse y accéder. Parfois, la personne entièrement responsable du contenu (le propriétaire du site) assure également l'exploitation et la maintenance du serveur où se trouve le site. C'est habituellement le cas pour les grandes et les moyennes entreprises. Dans les autres cas, il arrive que le fournisseur de contenu ne possède pas ou ne contrôle pas le serveur, et qu'il doive obtenir l'accès à l'espace disque du serveur de quelqu'un d'autre. C'est généralement le cas pour les particuliers et pour les petites entreprises.

Un même serveur peut héberger des sites dont les propriétaires ou les contrôleurs sont des entités différentes. On attribue alors au propriétaire de chaque site le mot de passe nécessaire pour qu'il mette le contenu voulu dans la partie du serveur attribuée à son site. Le propriétaire du serveur ou son délégué aura un mot de passe «de base» qui lui donne un accès illimité à l'ensemble du serveur.

Les relations avec les utilisateurs finaux ont évolué avec l'Internet. Aux premiers stades, l'utilisateur final faisait un seul paiement pour obtenir à la fois la connectivité et l'accès au contenu. Aujourd'hui, il existe souvent une relation directe entre l'utilisateur final et le fournisseur de contenu. En particulier, lorsque l'utilisateur final paie des frais d'abonnement ou emploie l'Internet pour certains genres de commerce électronique, les recettes découlant du contenu (contrairement à celles qui proviennent des droits d'accès) vont directement aux fournisseurs de contenu, plutôt que de demeurer entre les mains de l'IAP de l'utilisateur final.

D. Ententes commerciales pour la fourniture de contenu

Il existe divers types d'ententes commerciales entre les entités qui fournissent du contenu sur

Internet. These include the use of hyperlinks, the creation and operation of mirror sites and arrangements between content providers and server operators.

1. Use of hyperlinks

Understanding the legal issues arising from the use of hyperlinks requires considering the nature and operation of these links. We will also look at some Canadian business arrangements in which hyperlinks are used to make content available to end users, and consider how persons responsible for linked sites can be located.

a. Nature and operation of hyperlinks

Any page on a Web site may contain one or more hyperlinks to pages on the same or other Web sites, located on the same or different servers from the one that hosts the linking site. The files at the other site normally are under the control of another entity. However, hyperlinks may be made either with or without a business relationship with the owners of the sites to which links are made.

Hyperlinks can be automatic links or user-activated. A link is automatic when a code is embedded in the Web page which instructs the browser, upon obtaining access to the first site, to automatically download a file from the second site. The information from the second site is pulled without the need for further action on the part of the user. A link is user-activated when the user must click the mouse button over the hyperlink in order to obtain access to the information from the second site. If the linked files are located on another server, the user's browser makes a direct connection to the second server. The user-activated hyperlink may be made to the home page or a subpage located on the second site, in which case, the end user may have to take further action to access a particular file at that site. The link may also be made directly to a

l'Internet. Ces types comprennent l'utilisation d'hyperliens, la création et l'exploitation de sites miroirs et des ententes entre fournisseurs de contenu et opérateurs de serveur.

1. Utilisation des hyperliens

Pour comprendre les questions juridiques découlant de l'utilisation des hyperliens, il faut considérer la nature et le fonctionnement de ces liens. Nous nous pencherons également sur certaines ententes commerciales canadiennes – où des hyperliens servent à rendre le contenu accessible aux utilisateurs finaux – et verrons comment repérer les personnes responsables des sites chaînés.

a. Nature et fonctionnement des hyperliens

Toute page d'un site Web peut contenir un ou plusieurs hyperliens avec des pages du même site ou d'autres sites Web établis sur le même serveur ou sur d'autres serveurs que celui qui héberge le site ayant créé les liens. Les fichiers des autres sites sont habituellement contrôlés par une autre entité. Cependant, les hyperliens peuvent être établis avec ou sans une relation d'affaires avec les propriétaires des sites auxquels les liens renvoient.

Les hyperliens peuvent être automatiques ou activés par l'utilisateur. Un lien est automatique lorsqu'un code intégré à la page Web ordonne au navigateur, au moment d'obtenir l'accès au premier site, de télécharger automatiquement un fichier à partir du second site. L'information provenant du second site est extraite, sans autre intervention de l'utilisateur. Un lien est activé par l'utilisateur lorsque celui-ci doit cliquer avec le bouton de la souris sur l'hyperlien pour obtenir l'accès à l'information, à partir du second site. Si les fichiers chaînés se trouvent sur un autre serveur, le navigateur de l'utilisateur établit une connexion directe avec le second serveur. L'hyperlien activé par l'utilisateur peut renvoyer à la page d'accueil ou à une sous-page qui se trouve dans le second site, auquel cas l'utilisateur final devra peut-être prendre d'autres mesures pour

specific file, in which case the user will receive the content represented by that file without the need for further action.

b. Business arrangements involving hyperlinks

An entity that creates hyperlinks to sites owned by another entity may enter into a co-branding or co-marketing relationship in which the two entities are both shown to be responsible for the content service. For example, MediaLinx (operating under the Sympatico name) provides a feed of the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) radio broadcast over the Internet, and has obtained permission to use CBC's logo on its site as a link to a server operated by the CBC.

Various Canadian cable companies have also established business relationships to provide an Internet content service through the use of hyperlinks. For example, Rogers Cable (Rogers) has established a relationship with a U.S. entity known as @Home Network. This relationship allows Rogers to provide unique content on Rogers' own sites and a package of links to other sites that are available only to a Rogers subscriber. In this case, the subscription fee covers both general Internet access services as well as access to content not otherwise available to the public.

The proprietary Web site for the @Home Network service provided by Rogers includes music as one category of information. This category contains links to various music sites (including sites with live audio programs). The @Home Network content service provides links to Real Audio servers and allows the downloading of music.

Le Groupe Vidéotron provides Internet access to its cable subscribers, while a division of that company (called Vidéotron.net) provides an Internet content service using the InfiniT trade

accéder à un fichier précis de ce site. Le lien peut également renvoyer directement à un fichier précis, auquel cas l'utilisateur recevra le contenu représenté par ce fichier, sans autre intervention de sa part.

b. Ententes commerciales visant des hyperliens

Une entité qui crée des hyperliens vers des sites appartenant à une autre entité peut établir une relation de cogriffage ou de comarketing, en vertu de laquelle les deux entités sont présentées comme étant responsables de la prestation du contenu. Par exemple, MediaLinx (opérant sous la raison sociale de Sympatico) présente des éléments d'émission de la radiodiffusion de la Société Radio-Canada (SRC) sur l'Internet, et a obtenu la permission d'employer le logo de la SRC sur son site, à titre de lien avec un serveur exploité par la SRC.

Diverses sociétés canadiennes de télédistribution ont également établi des relations d'affaires pour offrir un service de contenu sur Internet au moyen de l'utilisation d'hyperliens. Ainsi, *Rogers Cable* (Rogers) a établi une telle relation avec une entité américaine appelée *@Home Network*. Cette relation permet à Rogers de présenter un contenu exclusif sur ses propres sites et une série de liens renvoyant à d'autres sites qui ne sont accessibles qu'à un abonné de Rogers. Dans ce cas, le prix de l'abonnement couvre tant les services généraux d'accès à Internet que l'accès au contenu qui n'est pas disponible pour les non-abonnés.

Le site Web exclusif pour le service *@Home Network* offert par Rogers inclut de la musique, à titre de catégorie d'information. Cette catégorie contient des liens qui renvoient à divers sites de musique (y compris des sites d'émissions audio en direct). Le service de contenu *@Home Network* procure des liens avec des serveurs *Real Audio* et permet le téléchargement de musique.

Le Groupe Vidéotron offre l'accès à l'Internet à ses abonnés du service de télédistribution, alors qu'une division de cette entreprise (appelée Vidéotron.net) fournit un service de contenu sur

mark. A subscriber to the Vidéotron Internet access service will normally first obtain access to the InfiniT Web site which may include links to other sites.

As noted above, a content provider may also establish links to sites owned by third parties without having a business or contractual relationship with the owners of such sites. In some cases, the links may be accompanied by commentaries that describe what a user may find at the linked sites. MediaLinx provides such commentaries for some of its links. They are prepared either by MediaLinx's own personnel or by its subscribers, and in the latter case, are edited before being posted by MediaLinx. The music sites referred to on the MediaLinx's sites deal generally with the music industry, and include information about purchasing CDs.

c. Locating the person responsible for linked sites

Because of the way the addressing structure of the Internet is organized, it is not very difficult, where the owner of a site creates a link to other sites, to locate the person responsible for the linked site and the operator of the server on which it is located.

As already mentioned earlier, every device that is connected to the Internet, including any server hosting a Web site, has an IP address associated with it. Records are kept as to the name and address of any entity to which a particular IP address is assigned and the identity of any person who is assigned an URL associated with a Web site.

Moreover, some computer programs can trace the path taken by a packet in reaching a particular destination IP address. Thus, even if it may be difficult to ascertain directly who owns a Web site or operates a Web server, this can be done by tracing the ISPs who are connecting any Web server to the Internet. Accordingly, where a site has a set of links to other sites, it should be

Internet, sous la marque de commerce InfiniT. En règle générale, un abonné au service d'accès à Internet de Vidéotron obtiendra d'abord l'accès au site Web InfiniT, qui pourra inclure des liens avec d'autres sites.

Comme il est dit plus haut, un fournisseur de contenu peut également établir des liens avec des sites appartenant à des tiers, sans avoir de relations d'affaires ou contractuelles avec les propriétaires de ces sites. Dans certains cas, les liens peuvent s'accompagner de commentaires qui décrivent ce que l'utilisateur peut trouver dans les sites chaînés. MediaLinx inclut de tels commentaires dans certains de ses liens. Ceux-ci sont formulés soit par le personnel même de MediaLinx, soit par les abonnés de la firme et, dans ce dernier cas, ils sont édités avant d'être rendus disponibles par MediaLinx. Les sites de musique mentionnés sur les sites de MediaLinx traitent généralement du secteur de la musique et incluent de l'information sur l'achat de CD.

c. Repérage de la personne responsable des sites chaînés

À cause de l'organisation de la structure d'adressage de l'Internet, lorsque le propriétaire d'un site crée un lien avec d'autres sites, il n'est pas très difficile de repérer la personne responsable du site chaîné et l'opérateur du serveur où se trouve ce site.

Comme nous l'avons déjà mentionné, une adresse IP est associée à chaque dispositif connecté à l'Internet, y compris tout serveur hôte d'un site Web. On tient des registres contenant le nom et l'adresse de toute entité à laquelle on a attribué une adresse IP, ainsi que l'identité de toute personne ayant reçu une adresse URL associée à un site Web.

De plus, certains programmes d'ordinateur peuvent retracer le chemin pris par un paquet pour parvenir à une adresse IP de destination. Ainsi, même s'il est parfois difficile de déterminer directement qui possède un site Web ou exploite un serveur Web, on peut le faire en repérant les ISP qui connectent tous les serveurs Web à l'Internet. En conséquence, lorsqu'un site a une

possible to locate both the person who has been assigned the URL associated with the linked site and the person who is responsible for the operation of the server on which the linked site is located.

2. *Mirroring arrangements*

A “mirror site” involves an arrangement in which the owner of a Web site allows another entity to copy the content of that site onto another server. That server will be closer to a segment of users, who may obtain access to the materials without going back to the original site.

Mirroring arrangements are of two kinds. The first involves the owner of a Web site entering into a separate agreement to make a copy of the site available on a further server. The second occurs when the site owner grants a second party the right to operate a mirror site in its own name.

A Canadian example of the second type is the mirroring arrangement made between MediaLinx and various companies in the Stentor group (as the group was constituted at the time of the hearings). MediaLinx allowed these companies to create mirror sites containing copies of content from MediaLinx’s sites and to make those sites available to their own customers under the Sympatico brand name. MediaLinx’s content was also made available through other ISPs. The content of each company’s mirrored site was customized so as to provide additional content to end users.

3. *Web hosting arrangements*

AT&T Canada provides Web hosting services to residential and business customers. It owns the servers and the software required to do the hosting and merely gives the customer the right to place information on the servers; the customer in this case will have a user identification and password, and a connection to allow the posting of content to the server located at AT&T Canada’s premises.

série de liens avec d’autres sites, on devrait pouvoir repérer la personne qui a reçu l’adresse URL associée au site chaîné et celle qui est responsable de l’exploitation du serveur où se trouve le site chaîné.

2. *Ententes de duplication (mirroring)*

Un «site miroir» suppose la conclusion d’une entente, selon laquelle le propriétaire d’un site Web permet à une autre entité de copier le contenu de ce site sur un autre serveur. Ce dernier sera plus proche d’un groupe d’utilisateurs, qui peuvent obtenir l’accès aux fichiers, sans revenir au site d’origine.

Il existe deux types d’ententes de duplication (ou *mirroring*). Dans le premier, le propriétaire d’un site Web s’entend pour qu’une copie du site soit hébergée sur un autre serveur. Dans le second, le propriétaire du site permet à une autre personne d’opérer un site miroir au nom de cette dernière personne.

À titre d’exemple du second type d’entente au Canada, citons l’entente de duplication conclue entre MediaLinx et diverses firmes du groupe Stentor (tel que ce groupe était constitué lors des audiences). MediaLinx a permis à ces entreprises de créer des sites miroirs contenant des copies du contenu des sites de MediaLinx et de mettre ces sites à la disposition de leurs propres clients, sous la raison sociale de Sympatico. Un contenu de MediaLinx a également été rendu accessible par le canal d’autres ISP. Le contenu du site miroir de chaque entreprise a été personnalisé pour offrir un contenu additionnel aux utilisateurs finaux.

3. *Ententes d’hébergement sur le Web*

AT&T Canada offre des services d’hébergement sur le Web aux clients du secteur résidentiel et du secteur des affaires. Cette firme possède les serveurs et les logiciels nécessaires à l’hébergement et elle donne simplement au client le droit de mettre de l’information sur les serveurs; le cas échéant, le client reçoit un code et un mot de passe d’utilisateur ainsi qu’une connexion pour pouvoir présenter un contenu sur le serveur installé dans les locaux de AT&T Canada.

Smaller Canadian ISPs also provide Web hosting services. Their contracts with their customers make the customers responsible for the content. If a complaint were made about certain types of material placed on an ISP's server by its customer (e.g., pirated software), the ISP could respond to the complaint in accordance with the CAIP Code of Conduct. This may include requiring the customer to remove the offending material through a "take down" notice.

Those who provide Web hosting services generally provide more than just disk space. Web server software may be used to provide various other services to customers such as authenticating users and reporting on the number of requests for information from the Web site located on the server. The operator of the server also usually retains the master password and the right to remove offending material uploaded to any Web site located on the server.

E. Conclusion

The essence of what the Internet is and what occurs on it can be stated in a few sentences. It is a telecommunications network. Its purpose is to transmit files containing data, including music as that term is commonly understood. In order for a transmission to occur, the following events must take place. First, the file is incorporated to an Internet-accessible server. Second, upon request and at a time chosen by the recipient, the file is broken down into packets and transmitted from the host server to the recipient's server, via one or more routers. Third, the recipient, usually using a computer, can reconstitute and open the file upon reception or save it to open it later; either action involves a reproduction of the file, again as that term is commonly understood.

It is on that basis that the Board will now proceed to analyse what occurs on the Internet from a legal perspective.

Les petits ISP canadiens offrent également des services d'hébergement. Leurs contrats avec leurs clients rendent ceux-ci responsables du contenu. En cas de plainte au sujet de certains genres de fichiers présentés sur le serveur d'un ISP par son client (p. ex. un logiciel piraté), le fournisseur pourrait donner suite à la plainte, conformément au Code d'éthique de la CAIP. Entre autres mesures prises en conséquence, l'ISP peut exiger du client, au moyen d'un avis de retrait, qu'il retire les fichiers faisant l'objet de la plainte.

Ceux qui fournissent des services d'hébergement sur le Web procurent généralement plus que de l'espace disque. Le logiciel du serveur Web peut être employé pour offrir divers autres services aux clients, tels que l'authentification des utilisateurs et la notification du nombre de demandes d'information des sites Web établis sur le serveur. En général, l'opérateur du serveur se réserve également le mot de passe maître et le droit de retirer tout fichier répréhensible qui est téléchargé vers n'importe quel site Web installé sur le serveur.

E. Conclusion

Quelques phrases suffisent pour décrire l'essence d'Internet et ce qui s'y passe. L'Internet est un réseau de télécommunications. Son objet est de transmettre des fichiers contenant des données, y compris de la musique au sens courant de ce terme. Pour qu'il y ait transmission, les conditions qui suivent doivent être réunies. Premièrement, le fichier est enregistré sur un serveur accessible sur l'Internet. Deuxièmement, à la demande du destinataire et au moment fixé par celui-ci, le fichier est divisé en paquets et transmis du serveur hôte au serveur du destinataire, à travers un ou plusieurs routeurs. Troisièmement, le destinataire, habituellement à l'aide d'un ordinateur, peut reconstituer et ouvrir le fichier dès réception ou l'enregistrer en vue de son ouverture ultérieure; dans l'un et l'autre cas, il y a reproduction du fichier, encore une fois au sens courant de ce terme.

Voilà les éléments qui fondent l'analyse que fera la Commission de ce qui se produit sur l'Internet dans l'optique du droit.

III. ANALYSIS

The Board's conclusions on the issues raised in these proceedings can be summarized as follows:

- 1) A musical work is not communicated when it is made available on a server.
- 2) A musical work is communicated by telecommunication when a server containing the work responds to a request and packets are transmitted over the Internet for the purpose of allowing the recipient to hear, see or copy the work.
- 3) The public or private character of a communication over the Internet can be determined according to established legal and jurisprudential principles.
- 4) A communication need not be instantaneous or simultaneous to be a communication to the public.
- 5) By making a work available, a person authorizes its communication.
- 6) The person who made a work available communicates it when it is transmitted from any server (host, cache, mirror).
- 7) Persons who can avail themselves of paragraph 2.4(1)(b) of the *Act* with respect to a given communication of a work do not communicate the work. Generally speaking, this includes all entities acting as Internet intermediaries such as the ISP of the person who makes the work available, persons whose servers act as a cache or mirror, the recipient's ISP and those who operate routers used in the transmission.
- 8) An entity cannot claim the benefit of paragraph 2.4(1)(b) with respect to a given communication of a work if the relationships it entertains with the person who made the work available are such that

III. ANALYSE

Les conclusions tirées par la Commission sur les questions soulevées dans la présente instance peuvent se résumer dans les termes suivants :

- 1) Une œuvre musicale n'est pas communiquée au moment où elle est rendue disponible sur un serveur.
- 2) Une œuvre musicale est communiquée par télécommunication au moment où un serveur contenant l'œuvre répond à une demande et qu'il y a transmission de paquets sur l'Internet, permettant au destinataire d'écouter, de voir ou de copier l'œuvre.
- 3) Le caractère public ou privé d'une communication sur l'Internet découle de principes juridiques établis.
- 4) Il n'est pas nécessaire qu'une communication soit instantanée ou simultanée pour être une communication au public.
- 5) En rendant une œuvre disponible, une personne autorise sa communication.
- 6) La personne qui a rendu une œuvre disponible la communique au moment où elle est transmise à partir d'un serveur (hôte, antémémoire, site miroir).
- 7) Les personnes qui peuvent invoquer l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi* relativement à la communication d'une œuvre ne communiquent pas celle-ci. Il s'agit généralement de toutes les entités qui agissent comme intermédiaires sur l'Internet, notamment l'ISP de la personne qui rend l'œuvre disponible, les personnes dont les serveurs servent d'antémémoire ou de site miroir, l'ISP du destinataire et ceux qui exploitent des routeurs servant à la transmission.
- 8) Une entité ne peut pas se prévaloir de l'alinéa 2.4(1)b) en ce qui concerne la communication d'une œuvre si ses rapports avec la personne qui a rendu l'œuvre disponible sont tels qu'il est

it can be said to act in concert with that person or if it does not confine itself to the role of an Internet intermediary.

9) The person that creates an embedded hyperlink to a work authorizes its communication. The person that merely supplies a link which must be activated by the user does not.

10) Communications occur at the site of the server from which the work is transmitted, without regard to the origin of the request or the location of the original Web site. Therefore, to occur in Canada, a communication must originate from a server located in Canada on which content has been posted. In the same vein, the communication triggered by an embedded hyperlink occurs at the site to which the link leads.

The foregoing conclusions flow from the answers the Board has given to the following questions:

- 1) What do “communication”, “telecommunication”, “public” and “musical work” mean in the context of Internet transmissions?
- 2) When does a communication to the public occur on the Internet?
- 3) Who communicates on the Internet? In particular, who can benefit from paragraph 2.4(1)(b) of the *Act*?
- 4) When does the act of authorizing a communication on the Internet occur?
- 5) When does a communication on the Internet occur in Canada?

Most of the answers to these questions can be derived from recent decisions of the Federal Court of Appeal dealing with the nature of television and cable transmissions.⁴ A few other issues that were raised during the course of these proceedings are addressed at the end of these reasons.

possible d'affirmer qu'elle a agi de concert avec cette personne ou si elle ne se limite pas au rôle d'intermédiaire.

9) La personne qui crée un hyperlien intégré qui renvoie à une œuvre autorise la communication de celle-ci. La personne qui ne fait que fournir un lien que l'utilisateur doit activer ne l'autorise pas.

10) Les communications ont lieu au site du serveur à partir duquel l'œuvre est transmise, peu importe l'origine de la demande ou l'emplacement du site Web d'origine. Par conséquent, pour qu'une communication ait lieu au Canada, elle doit provenir d'un serveur situé au Canada sur lequel un contenu a été mis. À ce propos, la communication mise en branle par un hyperlien intégré a lieu au site auquel le lien conduit.

Les conclusions qui précèdent dérivent des réponses que la Commission a données aux questions suivantes :

- 1) Que veulent dire les termes «communication», «télécommunication», «public» et «œuvre musicale» dans le contexte des transmissions sur l'Internet?
- 2) À quel moment une communication au public a-t-elle lieu sur l'Internet?
- 3) Qui communique sur l'Internet? En particulier, qui peut invoquer l'alinéa 2.4(1)b de la *Loi*?
- 4) Quand y a-t-il autorisation d'une communication sur l'Internet?
- 5) Quand une communication sur l'Internet se produit-elle au Canada?

La plupart des réponses à ces questions peuvent être tirées des récentes décisions de la Cour d'appel fédérale concernant la nature des transmissions par télévision et par câble.⁴ Quelques autres questions qui ont été soulevées dans le cadre de cette instance sont examinées à la fin des présents motifs.

A. What do “Communication”, “Telecommunication”, “Public” and “Musical Work” Mean in the Context of Internet Transmissions?

1. Internet transmissions are communications

To communicate is to make known or convey information.⁵ A musical work is information. It is communicated when it is conveyed or made known to someone. For example, a musical work is communicated when its notation is published in a newspaper. It is also communicated when packets of data⁶ are transmitted over the Internet so that once reassembled, they allow the work to be performed, copied or otherwise conveyed or made known to the recipient.

Internet transmissions remain communications within the meaning of the *Act* even though they also involve, or result in, one or more transitory or permanent reproductions. A single activity may give rise to liability under more than one head of subsection 3(1) of the *Act*.⁷ Thus, a facsimile transmission results in a communication even though it involves a reproduction.

2. Internet transmissions are communications by telecommunication

Section 2 of the *Act* defines telecommunication as “any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system”. Packets of information transmitted on the Internet meet that definition.

A distinction should be made between the words “communicate” and “by telecommunication”. “Communicate” refers to the act of making known, while the term “by telecommunication” refers to the physical means used to communicate.

A. Que veulent dire les termes «communication», «télécommunication», «public» et «œuvre musicale» dans le contexte des transmissions sur l’Internet?

1. Les transmissions sur l’Internet sont des communications

Communiquer c’est faire connaître ou transmettre des renseignements.⁵ Une œuvre musicale est une information. Elle est communiquée au moment où elle est transmise à quelqu’un ou qu’on la lui fait connaître. Par exemple, une œuvre musicale est communiquée lorsque sa notation est publiée dans un journal. Elle est aussi communiquée lorsque des paquets de données⁶ sont transmis sur l’Internet de telle façon qu’une fois ces paquets rassemblés, il est possible d’exécuter, copier ou autrement transmettre l’œuvre au destinataire ou de la lui faire connaître.

Les transmissions sur l’Internet restent des communications au sens de la *Loi* bien qu’elles comportent également, ou produisent, une ou plusieurs reproductions transitoires ou permanentes. Une même activité peut entraîner la responsabilité sous plus d’une rubrique du paragraphe 3(1) de la *Loi*.⁷ Ainsi, une transmission par télécopieur est au bout du compte une communication, même si elle comporte une reproduction.

2. Les transmissions sur l’Internet sont des communications par télécommunication

L’article 2 de la *Loi* définit la télécommunication comme étant «toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique». Les paquets de renseignements transmis sur l’Internet rentrent dans cette définition.

Il convient de distinguer les termes «communiquer» et «par télécommunication». «Communiquer» s’entend du fait de faire connaître, tandis que la locution «par télécommunication» s’entend des moyens matériels utilisés pour communiquer.

3. The public or private character of a communication over the Internet can be determined according to established legal and jurisprudential principles

Most court decisions dealing with the meaning of “public” in the *Act* addressed the expression “performance in public”, not “to communicate to the public”. Nevertheless, since the Federal Court of Appeal has ruled that the expression “to the public” is broader than “in public”,⁸ it can safely be assumed that a telecommunication is to the public every time a performance would be public in similar circumstances. These decisions also make it clear that expressions such as “in public” and “to the public” are to be interpreted by taking a realistic view of the impact and effect of technological developments and in a manner consistent with their plain and usual meaning “that is to say openly, without concealment and to the knowledge of all”.⁹

Consequently, a communication intended to be received by members of the public in individual private settings is a communication to the public.¹⁰ The same holds true of a communication intended only for a segment of the public, whether it be through e-mail, to a newsgroup, a bulletin board service or a service offered on a subscription basis, or of a communication over a network for which access is restricted, as long as the transmission occurs outside a purely domestic setting¹¹, and even though only certain members of the public may be willing to pay a fee or take other steps to subscribe to the service.

For example, a newsgroup communication will be to the public if the newsgroup constitutes a public. If any customer of an IAP that carries the newsgroup can access it, then any transmission that occurs when a member of the newsgroup gains access to a work will ordinarily be a communication to the public.

Having said this, the person posting a file must intend it to be accessed by some segment of the

3. Le caractère public ou privé d'une communication sur l'Internet découle de principes juridiques établis

La plupart des décisions judiciaires concernant le sens du mot «public» employé dans la *Loi* portaient sur l'expression «exécution en public» et non sur les mots «communiquer au public». Néanmoins, depuis que la Cour d'appel fédérale a décidé que l'expression «au public» est plus large que l'expression «en public»,⁸ on peut à coup sûr poser comme principe qu'une télécommunication s'adresse au public chaque fois qu'une exécution serait publique dans des circonstances semblables. Ces décisions indiquent aussi bien clairement que des expressions comme «en public» et «au public» doivent être interprétées suivant une appréciation réaliste des effets de l'essor technologique et d'une manière compatible avec le sens courant de l'expression «c'est-à-dire de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous».⁹

En conséquence, une communication destinée à être captée par les abonnés individuellement dans leur foyer est une communication au public.¹⁰ Il en va de même d'une communication qui vise à atteindre seulement un segment du public, par courriel ou par le biais d'un groupe de discussion ou d'un service de babillard électronique ou d'un service offert aux abonnés, ou encore d'une communication sur un réseau à accès limité, tant que la transmission a lieu à l'extérieur du cadre purement domestique¹¹, et ce même si seulement certaines personnes sont disposées à verser des droits ou à faire d'autres démarches pour s'abonner au service.

Par exemple, une communication à un groupe de discussion sera une communication au public si ledit groupe constitue un public. Si tout client d'un IAP qui héberge un groupe de discussion peut y avoir accès, alors toute transmission qui survient lorsqu'un membre du groupe obtient accès à une œuvre implique habituellement une communication au public.

Cela dit, il faut que la personne qui rend disponible un fichier ait eu l'intention qu'un

public, and certainly more than a single recipient, in order for its transmission to constitute a communication to the public. Consequently, an e-mail communication between a single sender and a single recipient is not a communication to the public for the sole reason that it is sent outside the context of a domestic setting.

4. A communication need not be instantaneous or simultaneous to be a communication to the public

Opponents of Tariff 22 argue that a communication to the public implies an immediacy of experience by the recipient which is necessary in order to distinguish it from reproduction. They contrast what occurs over the Internet with the broadcast radio and television, where signal reception and listening or viewing are simultaneous, and conclude from this that Internet transmissions are not communications to the public.

The Board disagrees. To communicate is to convey information, whether or not this is done in a simultaneous fashion. The private or public nature of the communication should be assessed as a function of the intended target of the act. In other words, the time frame within which the communication takes place is irrelevant; a facsimile transmission to ten thousand randomly selected persons is a communication to the public even though the transmission can only occur sequentially.

Musical works are made available on the Internet openly and without concealment, with the knowledge and intent that they be conveyed to all who might access the Internet. Accordingly, a communication may be to the public when it is made to individual members of the public at different times, whether chosen by them (as is the case on the Internet) or by the person responsible for sending the work (as is the case with facsimile transmissions).¹²

segment quelconque du public, et plus qu'un seul destinataire, y ait accès pour que sa transmission constitue une communication au public. Par conséquent, une communication par courriel entre un seul expéditeur et un seul destinataire ne devient pas une communication au public uniquement parce qu'elle est effectuée hors du cadre domestique.

4. Il n'est pas nécessaire qu'une communication soit instantanée ou simultanée pour être une communication au public

Les opposants au tarif 22 soutiennent qu'une communication au public suppose l'instantanéité de l'opération du côté du destinataire, caractéristique qui la distinguerait de la reproduction. Ils comparent ce qui se passe sur l'Internet avec la radiodiffusion, où la réception et l'audition ou l'écoute sont simultanées, et en concluent que les transmissions sur l'Internet ne sont pas des communications au public.

La Commission ne souscrit pas à ce point de vue. Communiquer est faire connaître un renseignement, qu'il y ait simultanéité ou non. Le caractère privé ou public de la communication doit être apprécié par rapport aux destinataires ciblés. Autrement dit, le laps de temps dans lequel la communication a lieu n'est pas pertinent; une transmission par télécopieur à dix mille destinataires choisis au hasard est une communication au public, bien que la transmission ne puisse être que séquentielle.

Les œuvres musicales sont rendues disponibles sur l'Internet de manière ouverte, sans dissimulation, l'intéressé, en connaissance de cause, ayant l'intention qu'elles soient transmises à tous ceux qui peuvent avoir accès à l'Internet. En conséquence, il peut y avoir communication au public quand celle-ci est faite à des personnes du public à des moments différents, que le moment soit choisi par ces dernières (ce qui est le cas sur l'Internet) ou par la personne responsable de l'envoi de l'œuvre (ce qui est le cas pour les transmissions par télécopieur).¹²

Nothing in the *Act* requires that a communication be sent simultaneously to the intended recipients to be a communication to the public.¹³ Nevertheless, opponents of Tariff 22 rely on a statement found in the Trial Division decision in *CCTA*¹⁴, to the effect that “one may communicate to the public by a series of simultaneous individual communications to numerous people in different locations”, to conclude that such a requirement exists.

For several reasons, the opponents’ position is not supported by the above referenced passage. First, the only kinds of communication at issue in *CCTA* were simultaneous communications. Consequently, it is not surprising that the decision should focus on them. Second, the decision expressly refers to the possibility of communicating a work to the public by facsimile¹⁵, something which necessarily involves a non-simultaneous transmission. Third, the decision on appeal is absolutely devoid of any reference to simultaneity. Fourth, both the Trial Division and the Court of Appeal clearly stated the need to “take a realistic view of the impact and effect of technological developments”.¹⁶ To require simultaneity would run contrary to this admonition.

Such an interpretation must also be set aside because it might render nugatory all Canadian copyright legislation in the world of telecommunications, by putting future advances in interactivity, addressability and transmission on demand outside of the realm of copyright protection. As was pointed out by proponents of Tariff 22, the fact that the Internet is interactive and fully addressable by members of the public who choose to access the work does not change its underlying purpose of allowing the transmission of the work to anyone who is provided with access to the Internet and who wishes to receive the work.¹⁷

La *Loi* ne prescrit aucunement qu’une communication soit faite simultanément aux destinataires visés pour être une communication au public.¹³ Néanmoins, pour conclure à l’existence d’une telle exigence, les opposants au tarif 22 s’appuient sur un passage de la décision *ACTC* de la Section de première instance¹⁴, selon lequel «on [peut] communiquer au public au moyen d’une série de communications individuelles simultanées à de nombreuses personnes dans des sites différents».

Pour diverses raisons, la position des opposants n’est pas étayée par le passage précité. Premièrement, les seuls genres de communication en cause dans *ACTC* étaient des communications simultanées. Aussi n’est-il pas étonnant que la décision porte précisément sur celles-ci. Deuxièmement, la décision fait expressément mention de la possibilité de communiquer une œuvre au public par télécopieur¹⁵, ce qui implique nécessairement une transmission non simultanée. Troisièmement, absolument aucune mention n’est faite de la simultanéité dans l’arrêt en appel. Quatrièmement, tant la Section de première instance que la Cour d’appel ont clairement exprimé la nécessité d’une «appréciation réaliste des effets de l’essor technologique».¹⁶ Exiger la simultanéité irait à l’encontre de cette mise en garde.

Une telle interprétation doit également être écartée parce qu’elle pourrait rendre inefficace toute la législation canadienne relative au droit d’auteur dans le monde des télécommunications, en soustrayant à la protection du droit d’auteur toutes les futures réalisations en interactivité, en adressabilité et en transmission sur demande. Comme l’ont souligné ceux qui appuient le tarif 22, le fait que l’Internet soit interactif et pleinement adressable par les personnes du public qui choisissent d’accéder à l’œuvre n’en change pas l’objet sous-jacent qui est de permettre la transmission de l’œuvre à quiconque obtient l’accès à l’Internet et souhaite recevoir l’œuvre.¹⁷

5. Musical works can be communicated by telecommunication over the Internet

Opponents of Tariff 22 argue that the various operations and technologies involved in making music available over the Internet mean that musical works, within the meaning of the *Act*, are not communicated over the Internet. The Board disagrees.

Opponents of Tariff 22 state that the process of compression and decompression means that something other than a musical work is transmitted. Yet, the result of these operations is that information is provided that allows a lay recipient to recognize the work. That, in itself, is sufficient.¹⁸ If such operations, or others such as modulation or encoding, could somehow change the nature of what is being communicated, then it would be impossible to communicate a musical work through a digital transmission. This would result in the rather absurd situation that commercial radio stations would no longer need to pay royalties to SOCAN as soon as they switched to digital technology.

The Board also disagrees with the argument that a communication of the work does not occur because the work is broken into packets, each of which may not contain a substantial part of a musical work. The work is so broken down solely to respond to the technical exigencies of the Internet. What is transmitted in response to a request is not one, but a series of packets of data resulting in a communication of the work. While some intermediaries may not be transmitting the entire work or a substantial part of a work, all of the packets required to communicate the work are transmitted from the server on which the work is located to the end user. Consequently, the work is communicated.

In the same vein, the fact that packets may be sent or received out of order is also irrelevant. A copy of a work is on a hard drive even if the relevant data is stored in separate sectors located throughout the hard drive.

5. Les œuvres musicales peuvent être communiquées par télécommunication sur l'Internet

Les opposants au tarif 22 affirment que les diverses opérations et technologies auxquelles il faut recourir pour rendre la musique disponible sur l'Internet signifient que les œuvres musicales, au sens de la *Loi*, ne sont pas communiquées sur l'Internet. La Commission rejette cet argument.

Les opposants au tarif 22 disent que le processus de compression et de décompression signifie qu'autre chose qu'une œuvre musicale est transmis. Pourtant, le résultat de ces opérations est qu'un renseignement est fourni permettant à un destinataire profane de reconnaître l'œuvre. Cela est suffisant en soi.¹⁸ Si de telles opérations, ou d'autres telles que la modulation ou le codage, pouvaient changer de quelque façon la nature de ce qui est communiqué, il serait alors impossible de communiquer une œuvre musicale par transmission numérique. Il en résulterait une situation assez absurde : les stations de radiodiffusion n'auraient plus à verser de redevances à la SOCAN dès qu'elles auraient adopté la technologie numérique.

La Commission rejette aussi l'argument voulant qu'il n'y ait pas communication de l'œuvre parce que celle-ci est divisée en paquets, chacun de ces paquets ne pouvant contenir une partie importante de l'œuvre. L'œuvre est divisée ainsi en raison uniquement des exigences techniques de l'Internet. Ce qui est transmis en réponse à une demande, ce n'est pas un, mais une série de paquets de données résultant en une communication de l'œuvre. Bien que certains intermédiaires puissent ne pas transmettre l'intégralité de l'œuvre ou une partie importante de celle-ci, tous les paquets indispensables à la communication de l'œuvre sont transmis du serveur sur lequel elle se trouve à l'utilisateur final. En conséquence, l'œuvre est communiquée.

Dans le même ordre d'idées, le fait que des paquets puissent être envoyés ou reçus dans le désordre n'est pas pertinent non plus. Une copie d'une œuvre se trouve sur un disque dur même si les données pertinentes sont stockées dans divers secteurs séparés du disque dur.

Opponents of Tariff 22 also argue that what is transmitted over the Internet is not the work itself, but instructions that allow the end user to reconstitute the work. The Board's view is that what is transmitted is a musical work in various formats in accordance with the technological exigencies of the Internet. Be that as it may, the end result is the reconstitution on the end user's hardware of all that is required to view, play or store the work, and therefore a communication of the work. Again, any other interpretation would run contrary to the admonition of the Federal Court of Appeal and make the rights of authors dependent on the technology employed.¹⁹

Opponents of Tariff 22 rely on earlier decisions of the Federal and Supreme courts to argue that what is communicated over the Internet is not works, but performances of works.²⁰ This argument fails to take into account the legislative evolution that has taken place since these decisions were rendered, the cumulative effect of which is that musical works can be communicated by telecommunication.²¹

Thus paragraph 3(1)(f) of the *Act* has included since 1989 "the right [...] to communicate the work to the public by telecommunication". At the same time, "telecommunication" was defined as "any transmission of signs, signals, writings, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system".

Notwithstanding these amendments, the Federal Court of Appeal, relying on the definition of musical work as "any combination of melody and harmony, or either of them, printed, reduced to writing or otherwise graphically produced or reproduced", ruled that the musical work exists in the form in which it is fixed.²² Therefore, a communication to the public by telecommunication of musical works, as opposed to the communication of a performance thereof, occurred only if sheet music was shown in front of a camera or faxed to a segment of the public.

Les opposants au tarif 22 soutiennent en outre que ce qui est transmis sur l'Internet, ce n'est pas l'œuvre elle-même, mais des instructions permettant à l'utilisateur final de la reconstituer. De l'avis de la Commission, ce qui est transmis, c'est une œuvre musicale dans divers formats en conformité avec les exigences techniques de l'Internet. Quoi qu'il en soit, le résultat final est la reconstitution sur l'ordinateur de l'utilisateur final de tout ce qui est nécessaire pour voir, écouter ou stocker l'œuvre, et donc une communication de celle-ci. Encore une fois, toute autre interprétation irait à l'encontre de la mise en garde de la Cour d'appel fédérale et ferait dépendre les droits des auteurs de la technologie employée.¹⁹

Les opposants au tarif 22 s'appuient sur des décisions antérieures de la Cour fédérale et de la Cour suprême pour affirmer que ce qui est communiqué sur l'Internet, ce ne sont pas des œuvres, mais des exécutions des œuvres.²⁰ Cet argument ne tient pas compte de l'évolution législative survenue depuis que ces décisions ont été rendues, dont l'effet cumulatif est que les œuvres musicales peuvent être communiquées par télécommunication.²¹

Ainsi, depuis 1989, est inclus à l'alinéa 3(1)f) de la *Loi* «le droit [...] de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre [...] musicale». De plus, suivant la définition donnée dans la *Loi*, «télécommunication» s'entend de «toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique».

En dépit de ces modifications, la Cour d'appel fédérale, se fondant sur la définition du terme «œuvre musicale», à savoir «combinaison de mélodie et d'harmonie, ou l'une et l'autre, imprimée, manuscrite, ou d'autre façon produite ou reproduite graphiquement» a décidé que l'œuvre musicale et son support sont indissociables.²² Par conséquent, il n'y avait communication au public par télécommunication d'œuvres musicales, par opposition à la communication d'une exécution de celles-ci, que si de la musique en feuille était montrée à la caméra ou télécopiée à un segment du public.

Parliament responded to this decision, by changing the definition of musical work to “any work of music or musical composition”.²³ As a result, the transmission of music by cable operators (and others) was transformed from a public performance to a public telecommunication. Finally, on January 1, 1994, a provision came into force that made it clear that the person who communicates a work does not perform it.²⁴

Consequently, it is no longer the case that a musical work exists in the form in which it is fixed, and *CTV 1968*, *CTV 1993* and *CCTA (C.A.)* are no longer authorities on this issue.²⁵ Furthermore, the ruling that musical works can be communicated over the Internet is the only one consonant with the rules of interpretation that earlier court decisions have applied when interpreting the *Act*.

B. When Is a Communication to the Public Effected on the Internet?

A work is communicated not when it is made available, but when it is transmitted.

Those who argue that a work is communicated when it is made available, for example, by storing it on a host server where it can be accessed by members of the public, rely both on an international treaty and on Canadian court decisions.

They quote Article 8 of the World Intellectual Property Organization (WIPO) Copyright Treaty adopted in December 1996. It provides that the right to authorize the communication to the public of a work includes making it available in such a way that members of the public may access it from a place and at a time individually chosen by them. However, the Treaty is not binding in Canada since it has been signed but not ratified by the Canadian Government.

Le législateur a répondu à cette décision en remplaçant la définition du mot «œuvre musicale» par ceci : «Toute œuvre ou toute composition musicale».²³ La transmission de musique par les câblodistributeurs (et d'autres) a cessé d'être une exécution publique pour devenir une télécommunication au public. Finalement, le 1^{er} janvier 1994, entrait en vigueur une disposition venant préciser que la personne qui communique une œuvre ne l'exécute pas.²⁴

En conséquence, il n'est plus vrai de dire que l'œuvre musicale et son support sont indissociables et les arrêts *CTV 1968*, *CTV 1993* et *ACTC (C.A.)* ne font plus autorité sur la question.²⁵ Qui plus est, dire qu'une œuvre musicale peut être communiquée sur l'Internet est la seule conclusion que permettent les règles d'interprétation utilisées par les tribunaux judiciaires lorsqu'ils interprètent la *Loi*.

B. À quel moment une communication au public a-t-elle lieu sur l'Internet?

Une œuvre est communiquée non pas au moment où elle est rendue disponible, mais au moment où elle est transmise.

Ceux qui soutiennent qu'une œuvre est communiquée au moment où elle est mise à disposition ou rendue disponible, par exemple, au moment où elle est enregistrée sur un serveur hôte où les personnes du public peuvent y avoir accès, s'appuient tant sur un traité international que sur la jurisprudence canadienne.

Ils citent l'article 8 du Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur adopté en décembre 1996. Cet article dispose que les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. Toutefois, le Traité ne lie pas le Canada car le gouvernement canadien l'a signé mais ne l'a pas ratifié.

They also refer to the *CCTA (C.A.)* and *CAB 1994* decisions. Again, these are of little help as support for the argument put forward by proponents of Tariff 22.

The first decision rejected the argument that cable operators do not perform musical works in public because subscribers must turn on their television sets before a work may be heard:

“the appellant transmits directly to the public ... the fact that the subscriber has to turn on the television set in no way alters the nature of the transmission. The appellant is more than a mere facilitator of a public performance ... it is the actual performer through an innocent agent or with the assistance of a third party who completes the final and missing link by turning on the television set.”²⁶

The second decision endorsed the following statement by the Board:

“The Federal Court of Appeal recently stated that 'the transmission of non-broadcast services by cable operators is a performance in public'. This statement, which the Board finds equally applicable to the transmission of a broadcast signal by a television station, highlights two further characteristics of a broadcaster's performance. First, it establishes that the performance occurs at the time of the transmission. As a result, the existence of the performance is not even dependent on anyone viewing the program: ...”²⁷

These decisions do not state that a work is communicated when it is made available. Instead, they deal with the nature of what occurs when the signal of a cable operator or of a conventional television station is *transmitted*. Incidentally, they also clarify the fact that a protected act²⁸ can occur without the need to prove that any person actually viewed or heard the work being transmitted.

Ils se fondent également sur les arrêts *ACTC (C.A.)* et *ACR 1994*. Encore une fois, ces décisions n'apportent pas beaucoup d'eau au moulin de ceux qui appuient le tarif 22.

La première décision a rejeté l'argument que les câblodistributeurs n'exécutent pas d'œuvres musicales en public parce que les abonnés doivent allumer leur téléviseur pour qu'une œuvre soit écoutée :

«l'appelante transmet directement au public [...] le fait que l'abonné doive allumer le téléviseur ne modifie en rien la nature de la transmission. L'appelante fait plus que simplement faciliter l'exécution publique [...] elle est l'exécutant véritable par l'intermédiaire d'un mandataire de bonne foi ou avec l'aide d'un tiers qui, en dernier lieu, allume le téléviseur.»²⁶

La seconde a souscrit à la proposition qui suit de la Commission :

«Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale a récemment énoncé le principe voulant que [TRADUCTION] “la transmission de services spécialisés par [un câblodistributeur] ... constitue une exécution en public”. Cet énoncé, que la Commission croit tout aussi pertinent par rapport à la transmission d'un signal de radiodiffusion par une station de télévision, fait ressortir deux autres caractéristiques de l'exécution effectuée par le diffuseur. Premièrement, il confirme que c'est lors de la transmission que s'effectue cette exécution. Elle a donc lieu peu importe qu'il y ait ou non quelqu'un qui regarde l'émission : [...]»²⁷

Ces décisions ne disent pas qu'une œuvre est communiquée au moment où elle est rendue disponible. Elles portent plutôt sur la nature de ce qui se produit quand le signal d'un câblodistributeur ou d'une station de télévision classique est *transmis*. Incidemment, elles précisent en outre qu'un acte protégé²⁸ peut avoir lieu sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'un individu a effectivement écouté l'œuvre transmise.

Consequently, a work is not communicated when it is made available.

Having said this, the *CCTA (C.A.)* and *CAB 1994* decisions are useful in deciding the time at which a communication occurs over the Internet in at least three respects.

First, given that the performance occurs at the time of transmission, it is easy to conclude by analogy that the communication of a work over the Internet occurs at the same time. As a result, a communication to the public occurs each time that any member of the public uses a browser to access the work from the source computer.

Second, a work is communicated to the public even if it is transmitted only once, as long as it is made available on a site that is accessible to a segment of the public. As was stated earlier, a communication is to the public if its intended target is a public. The degree to which the person wishing to communicate the work succeeds in doing so is irrelevant.

Third, the communication occurs at the time the work is transmitted whether or not it is played or viewed upon receipt, is stored for use at a later date or is never used at all. A communication by facsimile is no less a communication if the message is stored in computer memory for later retrieval rather than immediately printed to paper.

C. Who Effects Communications on the Internet? In Particular, Who Can Benefit from Paragraph 2.4(1)(b) of the Act?

1. When a work is transmitted, it is the person who posted it who communicates it

The person who posts a work (usually the content provider) does so for the sole purpose that it be accessed by others. Since Internet transmissions

Par conséquent, une œuvre n'est pas communiquée au moment où elle est rendue disponible.

Cela dit, pour décider à quel moment une communication a lieu sur l'Internet, les décisions *ACTC (C.A.)* et *ACR 1994* sont utiles sous au moins trois aspects.

Premièrement, étant donné que l'exécution a lieu au moment de la transmission, il est facile de conclure par analogie que la communication d'une œuvre sur l'Internet a lieu à ce moment-là. Une communication au public a donc lieu chaque fois qu'une personne du public utilise un navigateur pour avoir accès à l'œuvre enregistrée sur l'ordinateur d'origine.

Deuxièmement, une œuvre est communiquée au public même si elle n'est transmise qu'une seule fois, pourvu qu'elle soit mise à disposition sur un site accessible à un segment du public. Comme nous l'avons vu précédemment, il y a communication au public si c'est à un public que la communication est destinée. La mesure dans laquelle un individu qui souhaite communiquer l'œuvre réussit à le faire n'est pas pertinente.

Troisièmement, la communication a lieu au moment où l'œuvre est transmise, qu'elle soit écoutée dès réception ou non, qu'elle soit enregistrée en vue d'une écoute ultérieure ou qu'elle ne soit jamais écoutée. La communication par télécopieur n'en est pas moins une communication si le message est stocké sur ordinateur pour extraction ultérieure plutôt que d'être immédiatement imprimé.

C. Qui communique sur l'Internet? En particulier, qui peut invoquer l'alinéa 2.4(1)(b) de la Loi?

1. Quand une œuvre est transmise, c'est la personne qui l'a mise à disposition qui la communique

La personne qui rend disponible une œuvre – il s'agit habituellement du fournisseur de contenu – le fait dans le seul but que d'autres puissent y

are communications, one should look at the source of the transmission to find out who is responsible for it. Any communication of a work occurs because a person has taken all the required steps to make the work available for communication. The fact that this is achieved at the request of the recipient or through an agent neither adds to, nor detracts from the fact that the content provider effects the communication.

The fact that the communication is automated is irrelevant. If the system is programmed to operate automatically once certain actions are taken by persons other than the content provider, it is because the Internet is so designed and because the person who posts content wishes to avail his/herself of the advantages inherent in that design. Returning again to our analogy, the person who programs a facsimile to transmit a message while he/she is asleep nevertheless effects the communication.

The fact that the hardware that actually transmits the work in any given communication may not be the hardware on which it was originally posted is just as irrelevant. The person who posted the work communicates it even if the transmission originates from a source, cache or mirror server. In the case of source or mirror sites, the responsibility is obvious: the work is being stored as a result of formal arrangements taken by the person posting the work. But the responsibility is just as clear in the case of transmissions originating from cache or proxy servers, even though these operations occur without the authorization of the person posting the work. These are part of the facilities of the Internet. The person posting content avails his/herself of these facilities. Indeed, he/she can prevent caching through the use of various devices such as meta-tags.

avoir accès. Comme les transmissions sur l'Internet sont des communications, il faut chercher l'origine de la transmission pour trouver qui est responsable de celle-ci. Toute communication d'une œuvre a lieu parce qu'une personne a accompli toutes les démarches nécessaires pour la rendre disponible pour communication. Le fait que cela se réalise à la demande du destinataire ou par l'intermédiaire d'un tiers ne change rien au fait que le fournisseur de contenu est l'auteur de la communication.

Le fait que la communication soit automatisée n'est pas pertinent. Si le système est programmé pour fonctionner automatiquement une fois que certaines démarches sont accomplies par des personnes autres que le fournisseur de contenu, c'est que l'Internet est ainsi conçu et que la personne qui rend disponible le contenu souhaite tirer profit des avantages inhérents à cette conception. Pour revenir à notre analogie, la personne qui programme un télécopieur pour transmettre un message pendant son sommeil est néanmoins l'auteur de la communication.

Le fait que le matériel qui transmet en réalité l'œuvre au cours d'une communication donnée ne soit peut-être pas celui sur lequel elle a été mise à l'origine n'est pas plus pertinent. La personne qui a rendu disponible l'œuvre la communique et ce, peu importe que la transmission provienne du serveur d'origine, de l'antémémoire ou d'un site miroir. Dans le cas des sites d'origine ou miroirs, la responsabilité est évidente : l'œuvre a été enregistrée conformément à des ententes en bonne et due forme conclues par la personne qui rend l'œuvre disponible. Mais la responsabilité est tout aussi manifeste dans le cas des transmissions provenant des serveurs offrant la mise en antémémoire ou serveurs intermédiaires, bien que ces opérations aient lieu sans l'autorisation de la personne qui rend disponible l'œuvre. Ces moyens techniques sont des éléments constitutifs de l'Internet. La personne qui rend disponible le contenu utilise ces moyens. De fait, elle peut empêcher la mise en antémémoire grâce à divers mécanismes comme les métatags.

2. Persons who can avail themselves of paragraph 2.4(1)(b) of the Act with respect to a given communication of a work do not communicate the work. Generally speaking, this includes all entities acting as Internet intermediaries such as the ISP of the person who makes the work available, persons whose servers acts as a cache or mirror, the recipient's ISP and those who operate routers used in the transmission

Paragraph 2.4(1)(b) of the Act provides that “a person whose only act in respect of the communication of a work ... to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work ... does not communicate the work ... to the public.” Proponents and opponents of Tariff 22 view this provision in diametrically different ways.

Opponents of Tariff 22 argue that anyone who operates equipment or facilities used for Internet transmissions is not involved in the communication which may occur. These Internet intermediaries include, in their view, those who operate routers, provide equipment or software that are used to provide connectivity, or operate a server on which another party posts content, anyone in fact, except the person responsible for the contents and the end user. In effect, their view is that only the sender and recipient are legally involved in the communication.

For their part, proponents of Tariff 22 contend that paragraph 2.4(1)(b) applies only to the provision of physical facilities used by others to communicate a work to the public. They contend that the expression “means of telecommunication” refers to the means of transmission, not to any service or other means of communication. They argue that “means of telecommunication” connotes equipment or physical systems or facilities, as opposed to a “service”, being the provision of professional or other assistance.²⁹

2. Les personnes qui peuvent invoquer l'alinéa 2.4(1)b de la Loi relativement à la communication d'une œuvre ne communiquent pas celle-ci. Il s'agit généralement de toutes les entités qui agissent comme intermédiaires sur l'Internet, notamment l'IPS de la personne qui rend l'œuvre disponible, les personnes dont les serveurs servent d'antémémoire ou de site miroir, l'ISP du destinataire et ceux qui exploitent des routeurs servant à la transmission

L'alinéa 2.4(1)b de la Loi dispose : «n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue». Ceux qui appuient le tarif 22 et ses opposants expriment à l'égard de cette disposition des avis diamétralement opposés.

Les opposants au tarif 22 affirment que ceux qui exploitent le matériel ou des installations servant aux transmissions sur l'Internet ne participent pas à la communication qui peut avoir lieu. Ces intermédiaires Internet comprennent, selon eux, ceux qui exploitent les routeurs, fournissent le matériel ou les logiciels utilisés pour fournir la connectivité, ou qui exploitent un serveur sur lequel un tiers met un contenu, toute personne en fait, sauf la personne responsable du contenu et l'utilisateur final. En fait, ils estiment que seuls l'expéditeur et le destinataire participent à la communication du point de vue juridique.

Pour leur part, ceux qui appuient le tarif 22 soutiennent que l'alinéa 2.4(1)b s'applique seulement à la fourniture des installations matérielles utilisées par autrui pour communiquer une œuvre au public. D'après eux, l'expression «moyens de télécommunication» s'entend des moyens de transmission, et non d'un service ou d'autres moyens de communication. Ils affirment que l'expression «moyens de télécommunication» suggère l'idée de matériel ou de systèmes ou d'installations matériels, par opposition à un «service», à savoir la fourniture d'une aide, notamment professionnelle.²⁹

Proponents of Tariff 22 suggest that by contrasting the provision of means and that of services, one should be led to the conclusion, for example, that paragraph 2.4(1)(b) applies to a telephone company if it supplies lines and facilities for an ISP but not connectivity or other Internet services. They contend that these services are not necessary for a communication to occur and that, therefore, the exemption does not apply.

The interpretation favored by proponents of Tariff 22 is too narrow. “Means” has a broader meaning than “facilities”. The “means” that are necessary to effect an Internet transmission and to which paragraph 2.4(1)(b) refers are not limited to routers and other hardware. They include all software connection equipment, connectivity services, hosting and other facilities and services without which such communications would not occur, just as much as the switching equipment, software and other facilities that are used as part of the infrastructure of a common carrier for the transmission of voice, data or other information.

Moreover, an Internet intermediary is not precluded from relying on paragraph 2.4(1)(b) simply because it provides services that are ancillary to providing the means of communication or because it performs certain steps or procedures (such as caching) to improve performance. Paragraph 2.4(1)(b) does not contain any wording excluding its applicability when “telecommunications” are provided as part of a service offering. Neither does the exemption cease to apply for the sole reason that the intermediary may have a contractual relationship with its subscribers. As long as its role in respect of any given transmission is limited to providing the means necessary to allow data initiated by other persons to be transmitted over the Internet, and as long as the ancillary services it provides fall short of involving the act of communicating the work or authorizing its communication,³⁰ it should be allowed to claim the exemption.

De l’avis de ceux qui appuient le tarif 22, opposer fourniture de moyens et prestation de services permet d’en arriver à la conclusion, par exemple, que l’alinéa 2.4(1)b s’applique à une société de téléphone si elle fournit des lignes et des installations pour un ISP, mais non la connectivité ou d’autres services Internet. Ils affirment que ces services ne sont pas nécessaires pour qu’il y ait communication et que, par conséquent, l’exemption ne s’applique pas.

L’interprétation que préconisent ceux qui appuient le tarif 22 est trop étroite. Le mot «moyens» a une portée plus large que celle du mot «installations». Les «moyens» nécessaires pour faire une transmission sur l’Internet, auxquels l’alinéa 2.4(1)b renvoie, ne se limitent pas aux routeurs et autre matériel. Ils englobent tous les logiciels de connexion, les services assurant la connectivité, les installations et services offrant l’hébergement sans lesquels la communication n’aurait pas lieu, tout comme l’équipement de commutation, le logiciel et les autres installations qui font partie de l’infrastructure d’une entreprise de télécommunications permettant la transmission de la voix, des données et d’autres informations.

Au surplus, un intermédiaire Internet n’est pas empêché d’invoquer l’alinéa 2.4(1)b simplement parce qu’il assure des services qui sont accessoires à la fourniture des moyens de communication ou parce qu’il prend certains moyens ou suit certaines méthodes (comme la mise en antémémoire) pour améliorer la performance. L’alinéa 2.4(1)b ne comprend aucun mot excluant son application quand les «télécommunications» sont fournies dans le cadre de la prestation de services. L’exemption ne cesse pas non plus de s’appliquer pour l’unique raison que l’intermédiaire a peut-être conclu un contrat avec ses abonnés. Tant que son rôle relativement à une transmission donnée est limité à la fourniture des moyens nécessaires à la transmission de données provenant d’autrui et destinées à être transmises sur l’Internet, et tant que les services accessoires qu’il fournit ne vont pas jusqu’à la participation à la communication de l’œuvre ou à l’autorisation de sa communication,³⁰ il convient de lui accorder le bénéfice de l’exemption.

Proponents of Tariff 22 also argue that the *Michelin* decision³¹ stands for the proposition that exceptions in the *Act* such as paragraph 2.4(1)(b) should be narrowly construed. This is incorrect. The proposition for which *Michelin* stands is that courts should not read exceptions into the *Act*. Furthermore, there is no reason to believe that any individual provision of the *Act* should be construed narrowly. Instead, recent decisions make it clear that the *Act* should be interpreted in accordance with the ordinary meaning of the words used in the statute,³² in the context in which the particular language is found and consistent with the many related portions of the statute³³ and with the view to make it as technologically neutral as possible.

Much insistence was also put on the *Electric Despatch* decision.³⁴ In some way, the decision anticipated the rationale of paragraph 2.4(1)(b) of the *Act* in that it held that the party whose wires were used to send a message should not be held contractually liable for the transmission, and interpreted the notion of transmission as involving the person who sends the message and the one who received it, but not the technical intermediary. However, the decision is not otherwise relevant to the issue at hand, if only because it revolved around the interpretation of a clause in a contract according to the rules generally applicable to the interpretation of contracts.

In the end, each transmission must be looked at individually to determine whether in that case, an intermediary merely acts as a conduit for communications by other persons, or whether it is acting as something more. Generally speaking, however, it is safe to conclude that with respect to most transmissions, only the person who posts a musical work communicates it.³⁵

Ceux qui appuient le tarif 22 soutiennent de plus que la décision *Michelin*³¹ permet d'affirmer que les exceptions prévues par la *Loi*, comme l'alinéa 2.4(1)b), doivent être interprétées restrictivement. C'est inexact. Ce que permet d'affirmer cette décision, c'est que les tribunaux doivent éviter d'inclure dans la *Loi* des exceptions qui ne s'y trouvent pas. En outre, il n'y a aucune raison de croire qu'une disposition particulière de la *Loi* doive être interprétée restrictivement. La jurisprudence récente établit clairement que l'interprétation de la *Loi* doit être fondée sur le sens ordinaire des mots qui y sont employés,³² tenir compte du contexte dans lequel la terminologie particulière est utilisée et être conciliable avec les nombreuses parties connexes de la loi³³, et être appliquée d'une façon aussi technologiquement neutre que possible.

Il a également été fait grand cas de la décision *Electric Despatch*.³⁴ D'un certain point de vue, celle-ci a présagé la raison d'être de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi* car la cour y a décidé que la partie dont les fils ont servi à envoyer un message n'engage pas sa responsabilité contractuelle en ce qui concerne la transmission; de plus, elle y a interprété la notion de transmission comme englobant la personne qui envoie le message et celle qui le reçoit, mais non l'intermédiaire qui fournit les moyens techniques. Toutefois, la décision n'est pas pertinente pour ce qui nous occupe, ne serait-ce que parce qu'elle portait sur l'interprétation d'une clause d'un contrat suivant les règles généralement applicables à ces documents.

Au bout du compte, il faut prendre chaque transmission isolément afin de décider si, en l'occurrence, un intermédiaire donné est un simple agent permettant à autrui de communiquer ou s'il agit à un autre titre. D'une façon générale, cependant, on peut dire à coup sûr, en ce qui a trait à la plupart des transmissions, que seule la personne qui rend disponible une œuvre musicale communique celle-ci.³⁵

3. Internet intermediaries cannot always claim the benefit of paragraph 2.4(1)(b)

The liability of an entity participating in any Internet transmission must be assessed as a function of the role the entity plays in that transmission, and not as a function of what it generally does over the Internet. Consequently, Internet intermediaries can rely on paragraph 2.4(1)(b) of the *Act* only with respect to communications in which they limit themselves to acting as intermediaries. In some cases, as a result of business relationships or other factors, intermediaries will act in concert with others in a different manner. Such is the case where an ISP posts content, associates itself with others to offer content, creates embedded links or moderates a newsgroup. In these cases, these entities are no longer acting as intermediaries; their liability will be assessed according to the general rules dealing with copyright liability.³⁶ The same will hold true where an ISP creates a cache for reasons other than improving system performance, modifies the contents of the cached material or interferes with any means of obtaining information as to the number of “hits” or “accesses” to the cached material.

Thus, entities whose routers handle only some of the transmitted packets will always be able to argue that they do not handle a substantial part of the work. By contrast, attempts at relying on notions of volition or causation to avoid liability will be met with the same scepticism as in other situations, as there is no “prerequisite of knowledge of the existence of the violated copyright or that the action in question amounts to infringement. Infringement is the single act of doing something which 'only the owner of the copyright has the right to do'”.³⁷

In the same vein, entities wishing to rely on decisions dealing with the notion of authorization to argue that they should not be held liable will

3. Il n'est pas toujours loisible aux intermédiaires Internet d'invoquer l'alinéa 2.4(1)b

La responsabilité d'une entité qui participe à une quelconque transmission sur l'Internet doit être évaluée en fonction du rôle qu'elle joue dans cette transmission, et non en fonction de ce qu'elle accomplit en général sur l'Internet. Par conséquent, les intermédiaires Internet ne peuvent invoquer l'alinéa 2.4(1)b de la *Loi* qu'à l'égard des communications dans lesquelles ils se limitent à agir à titre d'intermédiaires. Dans certains cas, en raison de rapports commerciaux ou d'autres facteurs, des intermédiaires agissent différemment, de concert avec d'autres entités. C'est ce qui se produit lorsqu'un ISP rend disponible du contenu, se joint à d'autres pour le faire, crée des liens intégrés ou anime un groupe de discussion. En pareil cas, ces entités n'agissent plus à titre d'intermédiaires; leur responsabilité doit être évaluée selon les règles générales qui régissent la responsabilité en matière de droit d'auteur.³⁶ Il en est de même lorsqu'un ISP déploie une antémémoire pour d'autres raisons que l'amélioration du rendement du système, modifie le contenu mis en antémémoire ou fait obstacle à tout moyen d'obtenir des renseignements quant au nombre d'«occurrences» ou d'«accès» au matériel mis en antémémoire.

Ainsi, les entités dont les routeurs ne traitent qu'un nombre restreint des paquets transmis pourront toujours prétendre qu'elles ne traitent pas une partie importante de l'œuvre. Par contraste, il ne servira à rien, comme dans toutes les autres situations, d'invoquer les notions d'intention ou de causalité pour tenter d'éluder toute responsabilité puisque les dispositions législatives «n'exigent pas la preuve de la connaissance de l'existence du droit d'auteur ni du fait que l'acte constitue une contrefaçon. La contrefaçon consiste simplement en l'exécution d'un acte que seul “le titulaire [du droit d'auteur] a la faculté d'exécuter”». ³⁷

Dans le même ordre d'idées, les entités qui souhaiteraient invoquer des décisions qui ont examiné la notion d'autorisation pour tenter de se

probably find it difficult to do so, if only because their liability would flow not from their authorizing the communication, but from being an active and direct participant in it.

4. Paragraph 2.4(1)(c) of the Act is of limited use, if any, with respect to Internet transmissions

Paragraph 2.4(1)(c) of the Act provide that “where a person, as part of ... any programming undertaking whose operations result in the communication of works ... to the public, transmits by telecommunication a work ... that is communicated to the public by another person ..., the transmission and communication of the work ... constitutes a single communication to the public for which those persons are jointly and severally liable.”

Pursuant to subsection 2.4(2) the Governor in Council has defined the expression “programming undertaking” as:

“... a network, other than a network within the meaning of the *Broadcasting Act*, consisting of

(a) a person who transmits by telecommunication all or part of the person’s programs or programming directly or indirectly to the person referred to in paragraph (b); and

(b) a person who communicates all or part of the programs or programming referred to in paragraph (a) to the public by telecommunication.”³⁸

SOCAN argued that musical works on a Web site come within the term “programs” or “programming” and that the provision applies:

(a) when a Web site operator transmits programming to an IAP who then transmits it to its subscribers;

soustraire à toute responsabilité auront probablement de la difficulté à le faire, ne serait-ce que parce que la responsabilité qui leur incombe découlerait non du fait qu’elles ont autorisé la communication, mais plutôt de ce qu’elles y ont été des participants actifs et directs.

4. L’alinéa 2.4(1)c de la Loi n’est pas d’un grand secours à l’égard des transmissions sur l’Internet

L’alinéa 2.4(1)c de la Loi prévoit que «toute transmission par une personne par télécommunication, communiquée au public par une autre ... constitue une communication unique au public, ces personnes étant en l’occurrence solidaires, dès lors qu’elle s’effectue par suite de l’exploitation ... d’une entreprise de programmation.»

En vertu du paragraphe 2.4(2), le gouverneur en conseil a défini l’expression «entreprise de programmation» comme :

«... un réseau, autre qu’un réseau au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*, constitué :

a) d’une part, d’une personne qui transmet par télécommunication tout ou partie de ses émissions ou de sa programmation directement ou indirectement à la personne visée à l’alinéa b);

b) d’autre part, d’une personne qui communique au public par télécommunication tout ou partie des émissions ou de la programmation visées à l’alinéa a).»³⁸

SOCAN a fait valoir que les œuvres musicales sur un site Web entrent dans la définition des termes «émissions» ou «programmation» et que cette disposition s’applique :

a) lorsque l’opérateur d’un site Web transmet de la programmation à un IAP, lequel la transmet à son tour à ses abonnés;

- (b) when the operator of a Web site transmits content which is mirrored or cached on an IAP server;
- (c) when one entity provides content for inclusion on the Web site of an IAP or on-line service which transmits the content to its subscribers.

Opponents of Tariff 22 correctly point out that paragraph 2.4(1)(c) imposes liability on the originator of a communication of a musical work in circumstances where the initial communication was not to the public. This provision is of little use, if any, in the context of the Internet. First, the provision is unnecessary to impose liability on the person who posts the work, since that person communicates the work. Second, so long as the “other persons” referred to in the provision can avail themselves of paragraph 2.4 (1)(b), they do not communicate and therefore, the conditions set out in the provision are not met.

Furthermore, paragraph 2.4(1)(c) is aimed only at programming undertakings as defined in the regulations. Whether this can be said to include anyone other than television and radio networks, specialty services and cable operators remains to be determined.

As to whether material transmitted over the Internet constitutes programming, the CRTC has determined that for purposes of the *Broadcasting Act*, various digital and video and audio services would come within the definition of programs and broadcasting under that Act. Whether this is sufficient also remains to be seen.

D. When Does the Act of Authorizing a Communication on the Internet Occur?

- 1. *By making a work available to the public on a server, a person authorizes its communication***

- b) lorsque l'opérateur d'un site Web transmet du contenu qui est mis sur un site miroir ou mis en antémémoire sur le serveur d'un IAP;
- c) lorsqu'une entité fournit du contenu destiné à être inclus sur le site Web d'un IAP ou d'un service en ligne qui le transmet à ses abonnés.

Les opposants au tarif 22 soulignent avec raison que l'alinéa 2.4(1)c impose une responsabilité à la personne à l'origine de la communication d'une œuvre musicale lorsque la communication initiale n'était pas faite au public. Cette disposition n'est pas d'un grand secours dans le contexte de l'Internet. D'abord, cette disposition est inutile pour ce qui est d'imposer une responsabilité à la personne qui rend disponible l'œuvre puisque cette personne se trouve à communiquer l'œuvre. Ensuite, tant qu'il est loisible aux «autres personnes» visées dans cette disposition d'invoquer l'alinéa 2.4(1)b, celles-ci ne communiquent pas l'œuvre et, partant, les conditions établies dans cette disposition ne sont pas réunies.

De plus, l'alinéa 2.4(1)c ne vise que les entreprises de programmation définies par règlement. La question de savoir si cela peut inclure d'autres entités que des réseaux de télévision ou de radio, des services spécialisés et des câblodistributeurs demeure ouverte.

Quant à la question de savoir si le contenu transmis sur l'Internet constitue de la programmation, le CRTC a établi que, pour l'application de la *Loi sur la radiodiffusion*, divers services numériques, vidéo et audio pouvaient être englobés dans la définition donnée aux termes émissions ou programmation dans cette Loi. Reste à savoir si cela est suffisant.

D. Quand y a-t-il autorisation d'une communication sur l'Internet?

- 1. *Quiconque rend une œuvre disponible au public sur un serveur se trouve à en autoriser la communication***

A musical work is not communicated when it is made available, but only when it is transmitted. However, its communication is authorized as soon as the work is made available.

“Authorization” constitutes a separate protected use under the *Act*.³⁹ To authorize is to sanction, approve and countenance.⁴⁰ The person who makes a musical work available on an Internet-accessible site authorizes its communication. The work is posted for the sole purpose of being communicated and with full knowledge and intention that such a communication would occur. The person who makes the work available does more than merely provide the means to communicate the work; he/she either controls or purports to control the right to communicate it.

Viewed from another angle, by making a musical work available on a site, a person asks that his/her ISP (who is contractually required to comply with the request) transmit the work at the request of end users, thereby effecting the communication intended by the content provider. Under these circumstances, the person who supplies the work must be taken as purporting to have authority to put it to the use for which it is intended.

This is in clear contrast with decisions that have refused to find that the supply of equipment or facilities that may be used to infringe copyright does not constitute the act of authorization, which focussed on the lack of control exercised by the person alleged to have authorized a protected use.

Thus, in *Vigneux*⁴¹, the Court found that the person renting out a record playing machine was not liable for authorizing musical performances in the restaurant where the machine was being used because it had no control over that use, and “no voice as to whether at any particular time it was to be available to the restaurant customers or not.”⁴² In *Muzak*, the defendant provided recordings of music to third parties who used them to perform

Une œuvre musicale n’est pas communiquée lorsqu’elle est rendue disponible, mais uniquement lorsqu’elle est transmise. La communication en est toutefois autorisée dès que l’œuvre est rendue disponible.

L’«autorisation» constitue une utilisation protégée distincte sous le régime de la *Loi*.³⁹ Autoriser, c’est sanctionner, appuyer et soutenir.⁴⁰ La personne qui rend disponible une œuvre musicale sur un site accessible par l’Internet en autorise la communication. Elle le fait uniquement afin que celle-ci puisse être communiquée, en sachant fort bien et en espérant qu’une telle communication aura lieu. La personne qui rend l’œuvre disponible ne fait pas que fournir les moyens d’assurer la communication de l’œuvre; elle contrôle ou prétend contrôler le droit de la communiquer.

D’un autre point de vue, en rendant une œuvre musicale disponible sur un site, la personne demande à son ISP (lequel est tenu par contrat d’y satisfaire) de transmettre l’œuvre à la demande des utilisateurs finaux, ce qui donne lieu à la communication recherchée par le fournisseur de contenu. Dans ces circonstances, la personne qui fournit l’œuvre doit être considérée comme prétendant être habilitée à l’affecter à l’utilisation à laquelle elle est destinée.

Cela se situe clairement à l’opposé des décisions dans lesquelles les tribunaux ont refusé de conclure que le fait de fournir du matériel ou des moyens susceptibles d’être utilisés pour porter atteinte au droit d’auteur ne constitue pas un acte d’autorisation, et ont mis l’accent sur le manque de contrôle de la part de la personne censée avoir autorisé une utilisation protégée.

Ainsi, dans l’arrêt *Vigneux*⁴¹, la Cour a conclu que la personne qui avait loué un phonographe ne pouvait être tenue responsable d’avoir autorisé l’exécution de musique dans un restaurant où l’appareil était utilisé puisqu’elle n’avait pas la haute main sur cette utilisation et n’avait pas «voix au chapitre pour ce qui était de la question de savoir si, à un moment donné, cette machine devait être disponible pour les clients du

musical works in public. Kellock J. equated the fact situation with that in *Vigneux*, and found that Muzak authorized the use of its recordings in performances, but did not authorize the performances. Similarly, in *de Tervagne*, the Court, having found that the person who leased a theatre in which an infringing performance had taken place exercised no control on the use of the theatre, had to conclude that the theatre operator did not authorize an infringing performance that had taken place in the theatre. The defendant had done nothing more than approve the use of the hall and was entitled to presume that the person renting it would present the play in a lawful manner. By contrast, where works are posted to a Web site, the content provider controls the choice of music, including whether that includes or not protected music.

English decisions are to the same effect. In *CBS Inc.*,⁴³ the Court concluded that the defendant retailer, who rented records and sold blank audio tapes which the customers used to make copies of the rented records, was not liable for authorizing infringement. The defendant had not provided recording equipment or facilities and had not purported to grant its customers permission to copy the records. The Court found that merely assisting a third party to undertake an act that is an infringement of copyright does not constitute authorization of the infringement. In *CBS Songs*,⁴⁴ the Court concluded that the manufacturer of twin-deck cassette recorders that conferred on the purchaser the ability to copy was nevertheless not liable because it had not sanctioned, approved or countenanced an infringing use of the cassette decks. The purchaser of the cassette deck decided whether to copy recorded cassette tapes and what to copy, and the supplier of the cassette decks had no control over the use of the machines.

restaurant». ⁴² Dans l'arrêt *Muzak*, la défenderesse avait fourni des enregistrements d'œuvres musicales à des tiers qui les avaient utilisés pour exécuter les œuvres en public. Le juge Kellock a estimé que le contexte factuel de l'espèce s'apparentait à celui de l'affaire *Vigneux* et a conclu que Muzak avait autorisé l'utilisation de ses enregistrements dans les exécutions, mais n'avait pas autorisé les exécutions. De même, dans la décision *de Tervagne*, après avoir établi que la personne qui a loué un théâtre dans lequel une exécution en violation du droit d'auteur avait eu lieu n'exerçait aucun contrôle sur l'utilisation du théâtre, la Cour a dû conclure que l'exploitant du théâtre n'avait pas autorisé la représentation en violation du droit d'auteur qui avait eu lieu à cet endroit. La défenderesse n'avait fait qu'approuver l'utilisation de la salle et elle était en droit de présumer que la personne qui la prenait en location présenterait la pièce de théâtre licitement. Dans le cas qui nous occupe, le fournisseur de contenu qui rend une œuvre disponible sur un site contrôle le choix de la musique, y compris le fait qu'il s'agit ou non de musique protégée.

Les décisions anglaises vont dans le même sens. Dans l'arrêt *CBS Inc.*,⁴³ la Cour a conclu que la détaillante défenderesse, qui avait loué des disques et vendu des bandes sonores vierges que les clients avaient utilisées pour faire des copies des disques loués, n'était pas responsable d'avoir autorisé la violation. La défenderesse n'avait pas fourni le matériel ou les moyens d'enregistrement et n'avait pas prétendu donner à ses clients la permission de copier les disques. La Cour a conclu que le seul fait d'aider un tiers à entreprendre un acte qui est une violation du droit d'auteur ne constitue pas une autorisation à commettre la violation. Dans l'arrêt *CBS Songs*,⁴⁴ la Cour a conclu que le fabricant de magnétocassettes à platines jumelées permettant à l'acquéreur de faire des copies n'était pas responsable car il n'avait pas sanctionné, appuyé ni soutenu un usage des magnétocassettes qui porterait atteinte aux droits protégés. C'est l'acquéreur qui décidait s'il voulait copier les enregistrements sur cassette et lesquels copier, tandis que le fournisseur des magnétocassettes n'avait aucun contrôle sur l'utilisation des appareils.

As can be seen, these cases focus on supplying facilities or means by which another person infringes copyright. Under these circumstances, authorization occurs only when a person exerts a degree of actual or apparent control over the activities of “the grantee” sufficient for the person to be said to purport to have the authority to grant to another person the right to use the work in a manner that comes within the exclusive rights of the copyright owner. The likelihood of such an occurrence increases with the extent to which the commercial interests of the parties are linked to the protected use and the actual or imputed knowledge of the probability of a protected use. That likelihood decreases when the tools or means can be used to use unprotected works or effect unprotected uses.

The situation at hand is in stark contrast with all situations contemplated in those cases. Content providers do not provide tools for the use to occur; they provide the work. They dictate content. They determine whether the site will contain musical works. They select those works, protected or unprotected. They know and expect that the materials they post will serve to effect a use which is protected if the work is not in the public domain, something which it is incumbent upon them to verify: their contractual arrangements with the person whose services they retain to ensure transmission of the work clearly contemplate that the sole use of the posted content is to be the production of audible and visual messages on the recipient’s hardware.⁴⁵ In fact, once posted, the music, assuming it is protected, cannot be used without infringing copyright.

Moreover, it is the act of posting that constitutes authorization. By doing so, a person invites anyone with Internet access to have the work communicated to them. Consequently, when dealing with the Internet, authorization occurs before communication. This is not as surprising as it may seem. For example, SOCAN clearly

Il appert que ces décisions se concentrent sur le fait de fournir du matériel ou des moyens qu’une autre personne utilise pour porter atteinte au droit d’auteur. En de telles circonstances, l’autorisation ne se produit que lorsqu’une personne exerce sur les activités du «bénéficiaire» un degré de contrôle réel ou apparent suffisant pour donner à croire qu’elle est habilitée à accorder à autrui le droit d’utiliser l’œuvre d’une façon qui est visée par les droits exclusifs du titulaire du droit d’auteur. La probabilité d’un tel état de fait augmente dans la mesure où les intérêts commerciaux des parties sont liés à l’utilisation protégée et à la connaissance réelle ou supposée de la probabilité d’une utilisation protégée. Cette probabilité baisse lorsque les outils ou les moyens peuvent être utilisés pour permettre l’utilisation d’œuvres non protégées ou pour exploiter des utilisations non protégées.

La présente espèce se détache dans un contraste absolu de toutes les situations examinées dans ces affaires. Les fournisseurs de contenu ne fournissent pas des outils pour qu’il puisse y avoir utilisation; ils fournissent l’œuvre. Ils déterminent le contenu. Ils décident si le site comprendra des œuvres musicales. Ils choisissent ces œuvres, qu’elles soient protégées ou non. Ils savent et prévoient que les fichiers qu’ils rendent disponibles serviront à permettre une utilisation qui est protégée si l’œuvre n’est pas tombée dans le domaine public, renseignement qu’il leur incombe de vérifier : leurs arrangements contractuels avec la personne dont ils retiennent les services pour assurer la transmission de l’œuvre prévoient clairement que la seule utilisation du contenu est la production de messages sonores et visuels sur le matériel informatique du destinataire.⁴⁵ En fait, dès qu’elle est rendue disponible, la musique, en supposant qu’elle est protégée, ne peut être utilisée sans violation du droit d’auteur.

De plus, c’est l’acte même de rendre disponible qui constitue une autorisation. En agissant de la sorte, la personne se trouve à offrir à ceux qui ont accès à l’Internet de leur communiquer l’œuvre. Par conséquent, lorsqu’il s’agit de l’Internet, l’autorisation se produit avant la communication. Cette conclusion n’est pas aussi surprenante

authorizes a station to broadcast music when it issues a licence, and not when the broadcast takes place.⁴⁶

Given what has been said with respect to paragraph 2.4 (1)(b) of the *Act*, there is no need to debate at length whether Internet intermediaries authorize. In fact, to do so would be to look at the issue from the wrong end of the telescope. Even knowledge by an ISP that its facilities may be employed for infringing purposes does not make the ISP liable for authorizing the infringement if it does not purport to grant to the person committing the infringement a license or permission to infringe.⁴⁷ An intermediary would have to sanction, approve or countenance more than the mere use of equipment that may be used for infringement.⁴⁸ Moreover, an ISP is entitled to presume that its facilities will be used in accordance with law.⁴⁹

Having said this, other persons may be authorizing communications over the Internet. Where certain relationships exist between a person and the content provider, or where the person's conduct displays certain characteristics, an "authorization" will have occurred.⁵⁰ The question of whether someone other than a content provider may be liable for authorizing the communication of a work will require an analysis of whether in the particular circumstances, one party is granting or purporting to grant to another party the right to communicate the work. Thus, while a person who contributes material to a newsgroup may be liable both as authorizing the communication and effecting it, the entity acting as a moderator may be liable for either authorizing the communication of any message that it allows to reach the newsgroup or that it edits, or as jointly communicating it.⁵¹

qu'elle en a l'air. Par exemple, la SOCAN autorise clairement une station à diffuser de la musique lorsqu'elle délivre une licence, et non au moment où la diffusion se produit.⁴⁶

Compte tenu de ce qui a été dit à l'égard de l'alinéa 2.4 (1)b) de la *Loi*, il n'est pas nécessaire de s'étendre sur la question de savoir si ce que font les intermédiaires Internet constitue une autorisation. En fait, procéder ainsi, ce serait considérer la question par le mauvais bout de la loupe. Même le fait qu'un ISP sache que ses installations peuvent servir à des fins illicites ne peut rendre ce fournisseur responsable d'avoir autorisé la violation s'il ne prétend pas accorder à l'auteur de l'atteinte une licence ou une permission d'agir illégalement.⁴⁷ Il faudrait qu'un intermédiaire sanctionne, appuie et soutienne plus que la seule utilisation de matériel qui peut servir à porter atteinte au droit d'auteur.⁴⁸ De plus, l'ISP a le droit de présumer que ses installations seront utilisées conformément à la loi.⁴⁹

Cela dit, d'autres personnes peuvent autoriser des communications sur l'Internet. Lorsqu'il existe certains liens entre une personne et le fournisseur de contenu, ou que le comportement de la personne manifeste certaines caractéristiques, il peut y avoir «autorisation».⁵⁰ La question de savoir si quelque autre personne que le fournisseur de contenu peut être tenue responsable d'avoir autorisé la communication d'une œuvre oblige à examiner si, dans les circonstances particulières, une partie accorde ou prétend accorder à une autre le droit de communiquer l'œuvre. Ainsi, tandis que la personne qui apporte un message à un groupe de discussion peut être responsable tout autant d'avoir autorisé la communication que de l'avoir effectuée, l'entité qui agit comme animateur peut être responsable soit d'avoir autorisé la communication du message qu'elle laisse partir vers le groupe de discussion ou qu'elle révisé, soit d'avoir participé solidairement à sa communication.⁵¹

2. The person that creates an automatic or embedded hyperlink to a work authorizes the communication of the work from the site to which the link leads. The person that merely supplies a link which must be activated by the user does not.

In itself, the creation of hyperlinks does not involve a communication to the public of any works contained at the linked sites. In their simplest form, hyperlinks represent an electronic directory of addresses.

However, the content provider who includes into a Web page an automatic link which effects the transmission of a musical work to the recipient without the need for further action by the end user holds itself out as responsible for the material at the linked sites and therefore, authorizes its communication. This will be true even in the absence of a business relationship with the owner of the linked sites. By creating such automatic hyperlinks, the site owner makes itself “a party in interest to the [communication] by warranting the right to [communicate].”⁵²

E. When Does a Communication on the Internet Occur in Canada?

To occur in Canada, a communication must originate from a server located in Canada on which content has been posted. *CAB 1994* makes it clear that communications occur where the transmission originates. The place of origin of the request, the location of the person posting the content and the location of the original Web site are irrelevant.⁵³ As a result, the right to authorize must be obtained from the person administering the right in Canada only when the information is posted on a Canadian server, and the right to communicate must be obtained from that same person only when the transmission originates from a server located in Canada. Conversely, a foreign resident posting a musical work on a Canadian server requires a licence from that same person.

2. La personne qui crée un hyperlien automatique ou intégré vers une œuvre autorise la communication de l’œuvre à partir du site visé par le lien. La personne qui fournit uniquement un lien qui doit être activé par l’utilisateur n’autorise pas la communication

En soi, la création d’hyperliens n’implique pas la communication publique de quelque œuvre comprise dans les sites visés par les liens. Dans leur forme la plus simple, les hyperliens représentent une liste électronique d’adresses.

Toutefois, le fournisseur de contenu qui inclut dans une page Web un lien automatique chargé d’effectuer la transmission d’une œuvre musicale vers le destinataire, sans autre intervention de la part de ce dernier, se présente comme responsable du matériel qui se trouve sur les sites chaînés et en autorise donc la communication. Cela vaut même en l’absence de relations d’affaires entre lui et le propriétaire des sites chaînés. En créant de tels hyperliens automatiques, le propriétaire du site se constitue «partie ayant un intérêt dans [la communication] en garantissant le droit [de communication]».⁵²

E. Quand une communication sur l’Internet se produit-elle au Canada?

Pour que la communication se produise au Canada, il faut qu’elle provienne d’un serveur situé au Canada sur lequel le fichier se trouve. Il ressort clairement de l’arrêt *ACR 1994* que les communications se produisent au lieu d’où provient la transmission. Le lieu d’origine de la demande, la situation de la personne qui rend disponible le contenu et la situation du site Web initial n’ont aucun rapport.⁵³ Par conséquent, le droit d’autoriser ne doit être obtenu de la personne qui administre le droit au Canada que lorsque l’information se trouve sur un serveur canadien, et le droit de communiquer ne doit être obtenu de cette même personne que lorsque la transmission provient d’un serveur situé au Canada. Réciproquement, l’étranger qui rend disponible une œuvre musicale sur un serveur canadien doit obtenir une licence de cette même personne.

Posting includes not only posting to the original site, but also posting to any mirror site. A mirror site is but another site on which the content provider has posted content. Consequently, when a work is transmitted from a server operating as a mirror located in Canada, the communication occurs in Canada.

For the same reasons, communications triggered by an embedded hyperlink occur at the site to which the link leads. As a result, the person who creates an embedded link to a foreign site from a Canadian site does not require a licence from SOCAN. Conversely, the person who creates an embedded link to a site on a server located in Canada authorizes its communication in Canada, irrespective of where the person is.

By contrast, when a transmission involves a cache, the communication occurs at the location of the host or mirror site from which the cache originally obtained the information.⁵⁴ The cache, just as the router, is but an intrinsic element of the telecommunications system that is the Internet. Data resides in a cache only for a limited period of time, at the initiative of the person operating the equipment on which the cache is located. The information, and the means taken to communicate it, reside elsewhere. This is in contrast with mirror sites, which exist with the knowledge and consent of the content provider.

The previous analysis is subject to one proviso, however, since the issue of whether an entity that provides content outside Canada with the intention to communicate it specifically to recipients in Canada is communicating it in Canada remains open.⁵⁵

IV. RELATED ISSUES

Participants raised other issues that are better addressed separately. They are concerned with who administers the right to authorize communications over the Internet, whether that right is subject to the regulatory regime set out in

Il y a mise à disposition non seulement sur le site initial, mais aussi sur tout site miroir. Un site miroir n'est qu'un site parmi d'autres dans lequel le fournisseur de contenu a placé des données. Par conséquent, lorsqu'une œuvre est transmise à partir d'un serveur fournissant un site miroir situé au Canada, la communication a lieu au Canada.

Pour les mêmes raisons, les communications mises en branle par un hyperlien intégré se produisent sur le site visé par le lien. Par conséquent, la personne qui crée un lien intégré vers un site étranger à partir d'un site canadien n'est pas tenue d'obtenir une licence de la SOCAN. Réciproquement, la personne qui crée un lien intégré vers un site sur un serveur situé au Canada en autorise la communication au Canada, peu importe l'endroit où se trouve cette personne.

Par contraste, lorsqu'une transmission passe par une antémémoire, la communication se produit au lieu du site hôte ou du site miroir à partir duquel l'antémémoire a à l'origine obtenu les données.⁵⁴ L'antémémoire, à l'instar du routeur, ne constitue qu'un élément intrinsèque du système de télécommunications qu'est l'Internet. Les données ne se trouvent en antémémoire que pour une période de temps limitée, sur l'initiative de la personne qui exploite le matériel comprenant l'antémémoire. Les données, ainsi que les moyens pris pour les communiquer, se trouvent ailleurs. Cela contraste avec les sites miroirs, dont l'existence est connue et agréée par le fournisseur de contenu.

Il faut toutefois formuler une réserve à l'analyse qui précède. En effet, la question de savoir si l'entité qui fournit du contenu à l'extérieur du Canada dans l'intention de le communiquer précisément à des destinataires au Canada le communique au Canada demeure ouverte.⁵⁵

IV. QUESTIONS CONNEXES

Les participants ont soulevé d'autres questions qui méritent d'être examinées séparément. Au nombre de leurs préoccupations figurent les questions de savoir qui administre le droit d'autoriser des communications sur l'Internet, si ce droit est

ss. 67 *et seq.* of the Act, the Board's jurisdiction to proceed with Tariff 22 given its findings on liability, differences that may exist as to the liability for the communication of works posted on the Internet and embedded on a broadcast signal, and any interaction that may exist between Internet transmissions and the retransmission regime. The issue of whether the Board is prevented from adopting certain tariff structures is not one that it is necessary to address here and that was, in any event, properly canvassed by participants. Consequently, it will not be dealt with.

A. The Right to Authorize and to Communicate on the Internet

The Act, reason and the terms of SOCAN's own assignment contracts dictate the conclusion that SOCAN administers the right to authorize a communication as well as the right to communicate.

First, the Act itself contemplates a society such as SOCAN administering the right to authorize. Thus, according to the definition of a "collective society", such a society's business is to administer a licensing scheme with respect to certain uses "that it agrees to authorize". Section 2.7 provides that a licence is "an authorization to do any act" [our underline]. Finally, section 67 of the Act provides that SOCAN is a society in the business of granting "licences", which are "authorizations to do an act".

Second, reason dictates that SOCAN must administer the right to authorize in order for the regime to operate satisfactorily. SOCAN itself has little use for the right to communicate since it rarely, if ever, communicates works itself. Instead, it grants to others the right to communicate, which is the essence of the act of authorizing a communication.⁵⁶ Furthermore,

assujetti au régime de réglementation prévu aux articles 67 et suivants de la Loi et si la Commission a compétence pour homologuer le tarif 22 compte tenu de ses conclusions sur la responsabilité, la question des différences qui peuvent exister en matière de responsabilité entre la communication d'œuvres mises sur l'Internet et la communication d'œuvres incluses dans un signal de radiodiffusion, et la question de l'interaction qui peut exister entre les transmissions sur l'Internet et le régime de la retransmission. La question de savoir si la Commission est empêchée d'adopter certaines structures tarifaires ne fait pas partie des questions qu'il est nécessaire de débattre immédiatement; de toute façon, elle n'a pas été exposée adéquatement par les participants. Elle ne sera donc pas traitée ici.

A. Le droit d'autoriser et d'effectuer une communication sur l'Internet

Force est de conclure, à la lumière de la Loi, du bon sens et de la teneur des propres contrats de cession de la SOCAN, que la SOCAN administre le droit d'autoriser une communication tout autant que le droit de communiquer.

En premier lieu, la Loi elle-même envisage qu'une société comme la SOCAN puisse administrer le droit d'autoriser. Ainsi, selon la définition donnée à l'expression «société de gestion», l'objet d'une telle société est de se livrer à l'administration d'un système d'octroi de licences portant sur certaines utilisations «qu'elle autorise». L'article 2.7 prévoit qu'une licence est «l'autorisation accordée au licencié d'accomplir un acte» [notre soulignement]. Enfin, en vertu de l'article 67 de la Loi, la SOCAN est une société chargée d'octroyer des «licences», lesquelles sont des «autorisations d'accomplir un acte».

En deuxième lieu, le bon sens veut que la SOCAN soit tenue d'administrer le droit d'autoriser pour que le régime puisse fonctionner de façon satisfaisante. La SOCAN elle-même n'a pratiquement que faire du droit de communiquer puisqu'il ne lui arrive que rarement, voire jamais, de communiquer des œuvres elle-même. Elle accorde plutôt à d'autres le droit de

some of SOCAN's licensees require not the right to act, but the right to authorize. Such is the case of concert promoters, music suppliers and the like. Were SOCAN unable to grant the right to authorize, these people would be unable to obtain a proper licence.

Third, the assignments secured by SOCAN define the rights so assigned as including the right to authorize a performance or communication.⁵⁷ Moreover, since these assignments are exclusive, it is difficult to imagine in practice how assignors could somehow keep in reserve the right to authorize an act they no longer have the right to do themselves.

In the same vein, the internal logic of the *Act* dictates that the right to authorize an act subject to the SOCAN regime be itself subject to that regime. Any other interpretation would allow a performing rights society to do an end run on the legislation and deprive users of the protection afforded to them by these statutory requirements.

B. The Ability of the Board to Proceed with the Examination of the Tariff as Filed

The Board has concluded that where the role of Internet intermediaries in a given transmission is confined to providing the tools required for the transmission to occur, the only person liable for communicating a work is the person who posted it. Given that conclusion, is Tariff 22 as filed sufficient to seize the Board of the matter?

SOCAN contends that the Board must approve Tariff 22 provided that the tariff is filed by a properly authorized collective society, and applies to protected musical works that can be communicated to the public by telecommunication in connection with the activities of users

communiquer, ce qui constitue l'essence même de l'acte d'autorisation d'une communication.⁵⁶ De plus, certains des titulaires de licences de la SOCAN ont besoin non du droit d'agir, mais du droit d'autoriser. C'est le cas des organisateurs de concerts, des fournisseurs de musique et autres professionnels semblables. Si la SOCAN était incapable d'accorder le droit d'autoriser, ces personnes seraient dans l'impossibilité d'obtenir la licence appropriée.

En troisième lieu, les cessions obtenues par la SOCAN définissent au nombre des droits cédés celui d'autoriser une exécution ou une communication.⁵⁷ De plus, comme ces cessions sont exclusives, il est difficile d'imaginer comment, en pratique, les cédants pourraient de quelque façon conserver en réserve le droit d'autoriser un acte qu'ils n'ont plus le droit de faire eux-mêmes.

Dans le même ordre d'idées, de par la logique interne de la *Loi*, le droit d'autoriser un acte assujéti au régime de la SOCAN est lui-même assujéti à ce régime. Toute autre interprétation permettrait à une société de gestion du droit d'exécution de contourner la loi et de priver les utilisateurs de la protection que leur offrent ces exigences d'origine législative.

B. La capacité de la Commission de procéder à l'examen du tarif déposé

La Commission a conclu que lorsque le rôle des intermédiaires Internet dans une transmission donnée se limite à fournir les outils nécessaires à la transmission, la seule personne qui est responsable de la communication d'une œuvre est celle qui l'a rendue disponible. Compte tenu de cette conclusion, le tarif 22 tel qu'il a été déposé permet-il de saisir la Commission de cette question?

La SOCAN prétend que la Commission doit approuver le tarif 22 dès lors que ce tarif est déposé par une société de gestion autorisée et qu'il s'applique à des œuvres musicales protégées qui peuvent être communiquées au public par télécommunication à l'égard d'activités

contemplated by the tariff. It adds that the Board should refrain from certifying a tariff only if there is no possibility whatsoever of a licensing situation to which the tariff could relate, and that the Board has no authority to decide whether any person is or is not liable to SOCAN for the payment of royalties. In the end, SOCAN argues that the Board should certify a tariff if any of the contemplated activities constitutes a communication to the public by telecommunication or the authorization of such a communication.

For its part, CAIP's argument is articulated around four propositions. First, a tariff cannot simply target "communications to the public" and must target specific infringing activities. Second, Tariff 22 only targets activities included in the two-pronged definition of a "telecommunications service" (i.e., "providing for or authorizing digital encoding, random access and/or storage of musical works for transmission in digital form via a telecommunications network" and "providing access to a telecommunications network"). Third, those activities are non-infringing activities, carried on by entities that are not involved in communicating musical works over the Internet. Fourth, the Board cannot substitute other activities or entities for those targeted by SOCAN; if the activities targeted in the tariff do not constitute communications to the public of musical works, then the Board should reject the tariff in its entirety.

SOCAN is correct when it states that CAIP misreads the tariff as filed. The person who posted content "communicates ... by means of computers or other devices connected to a telecommunications network". The words "by a telecommunication service" refer not only (if at all) to the targeted user, but also to the means through which the communication is achieved. This is especially clear upon reading the French version of the tariff ("*Pour une licence permettant*

d'utilisateurs visées par le tarif. Elle ajoute que la Commission ne devrait se retenir d'homologuer un tarif qu'en l'absence de possibilité qu'une situation de concession de licence soit visée par le tarif, et que la Commission n'est pas habilitée à décider si une personne est ou n'est pas tenue de verser des redevances à la SOCAN. Finalement, la SOCAN prétend que la Commission devrait homologuer le tarif dès lors qu'une des activités envisagées constitue une communication au public par télécommunication ou l'autorisation d'une telle communication.

Pour sa part, la CAIP a articulé son argumentation autour de quatre propositions. En premier lieu, un tarif ne peut viser tout simplement des «communications au public» et doit viser des activités précises susceptibles de porter atteinte au droit de communication. En deuxième lieu, le tarif 22 ne vise que les activités comprises dans la définition à deux volets donnée à l'expression «service de télécommunications» (c'est-à-dire «permettre ou sanctionner l'encodage numérique, l'accès sélectif et/ou la mémorisation d'œuvres musicales – en vue de leur transmission par le biais d'un réseau de télécommunications – ou permettre l'accès à un tel réseau.»). En troisième lieu, ces activités sont des activités qui ne portent aucune atteinte au droit d'auteur; elles sont effectuées par des entités qui ne sont pas engagées dans la communication d'œuvres musicales sur l'Internet. En quatrième lieu, la Commission ne peut substituer d'autres activités ou d'autres entités à celles qui sont visées par la SOCAN; si les activités visées dans le tarif ne constituent pas des communications d'œuvres musicales au public, alors la Commission devrait rejeter le tarif en entier.

La SOCAN a raison de prétendre que la CAIP interprète mal le projet de tarif tel qu'il a été déposé. La personne qui rend disponible du contenu «communique... au moyen d'ordinateurs ou d'autres appareils connectés à un réseau de télécommunications». Les mots «par le biais d'un réseau de télécommunications» ne font pas seulement référence (si tant est) à l'utilisateur visé, mais aussi aux moyens par lesquels la communication est effectuée. Cela ressort de

la communication à des abonnés par le biais d'un service de télécommunications à l'aide d'un ordinateur" [our underline]).

Furthermore, Tariff 22 does not only target the two activities referred to in the definition of "telecommunications service" set out in the tariff. The definition of "telecommunications service" is disjunctive as well as inclusive; consequently, the two parts of the definition do not purport to represent an exhaustive definition of the term.

In any event, a tariff need not specify who shall pay it. It is sufficient that it specify the use being targeted and the price for that use. Here, this has been done satisfactorily.

C. Musical Works, Television and Radio Signals and the Internet

SOCAN is correct in stating that the transmission over the Internet of a musical work embodied in a radio or television broadcast signal is a separate communication.⁵⁸ Having said this, whether SOCAN is already properly compensated for that separate use is an issue that ought to be left for Phase II. Participants may wish to take into account what the Board has already said in the context of another tariff involving two separate uses for the delivery of a single service.⁵⁹

D. Retransmission and the Internet

Again, the transmission over the Internet of a musical work embodied in a radio or television broadcast signal is a separate communication. If this is done by the broadcaster itself, it is not a retransmission. If it is done by someone else, it does not meet the conditions set out in the retransmission regime. Consequently, the SOCAN regime will apply to that separate communication, and the sole person responsible for it will be the person who makes the signal available on its site, so long again as the Internet intermediaries

façon particulièrement claire dans la version française du tarif («Pour une licence permettant la communication à des abonnés par le biais d'un service de télécommunications à l'aide d'un ordinateur» [notre soulignement]).

De plus, le tarif 22 ne vise pas seulement les deux activités mentionnées dans la définition du «service de télécommunications» figurant dans le tarif. Cette définition est à la fois disjunctive et inclusive; par conséquent, les deux parties de la définition ne visent pas à donner une définition exhaustive de l'expression.

De toute façon, il n'est pas nécessaire que le tarif précise qui doit payer. Il suffit qu'il précise l'utilisation qui est visée et le prix applicable à cette utilisation. Cela a été fait de façon satisfaisante en l'espèce.

C. Les œuvres musicales, les signaux de télévision et de radio et l'Internet

La SOCAN a raison d'affirmer que la transmission sur l'Internet d'une œuvre musicale incluse dans un signal de radio ou de télévision est une communication distincte.⁵⁸ Cela dit, la question de savoir si la SOCAN est déjà adéquatement rémunérée pour cette utilisation distincte devrait relever de la Phase II. Les participants voudront sans doute tenir compte de ce que la Commission a déjà dit dans le cadre d'un autre tarif portant sur deux utilisations distinctes dans le cadre de la prestation d'un même service.⁵⁹

D. La retransmission et l'Internet

Encore une fois, la transmission sur l'Internet d'une œuvre musicale incluse dans un signal de radio ou de télévision est une communication distincte. Si elle est effectuée par le diffuseur lui-même, il ne s'agit pas d'une retransmission. Si elle est effectuée par quelque autre personne, elle ne remplit pas les conditions stipulées dans le régime de la retransmission. Par conséquent, le régime de la SOCAN s'applique à cette communication distincte, et la seule personne qui en est responsable est celle qui rend le signal

involved in the transmission confine themselves to providing the tools required for the transmission to occur.

disponible sur son site, pourvu que les intermédiaires Internet engagés dans la transmission se limitent à fournir les moyens nécessaires pour que la transmission ait lieu.

Le secrétaire de la Commission,

Claude Majeau
Secretary to the Board

ENDNOTES

1. Subsection 2.4(1)(b) of the *Act* reads as follows: “a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public”.
2. The address is *static* if it is permanently assigned to a component of the Internet, and *dynamic* if it is assigned only for the time of the connection. Each Internet Access Provider is assigned a range of addresses which it may use to give access to its subscribers on an “as needed” or permanent basis.
3. This is sometimes described as a “best efforts” delivery model or “delivery contract”.
4. For this reason, the Board did not find it necessary to rely on evidence relating to the American and European situations in reaching its decision. In any event, European precedents would have been of little use since legislation does not deal expressly with the Internet and jurisprudence appears to be non-existent. This explains why Dr. Dreier could only offer analogies with the situation for satellite broadcasting and cable distribution.

For their part, American precedents are numerous. However, the important distinctions that exist between American and Canadian copyright law on issues such as distribution rights and contributory infringement, coupled with the detailed statutory provisions that now address the liability of ISPs mean that American cases are of little relevance in determining the application of Canadian legal principles in these matters.

NOTES

1. L’alinéa 2.4(1)b) de la *Loi* se lit comme suit : «n’effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l’effectue».
2. L’adresse est *statique* si elle est attribuée en permanence à une composante de l’Internet, et *dynamique* si elle ne l’est que pour la durée de la connexion. Chaque fournisseur de l’accès à l’Internet reçoit une gamme d’adresses, qu’il peut employer pour procurer à ses abonnés l’accès soit au besoin, soit de façon permanente.
3. C’est ce que l’on désigne parfois par «modèle (ou contrat) de livraison avec engagement de faire son possible».
4. Pour cette raison, la Commission n’a pas senti le besoin de baser sa décision sur la preuve touchant la situation aux États-Unis ou en Europe. De toute façon, les précédents européens auraient été de peu de secours car la législation ne traite pas expressément de l’Internet et la jurisprudence semble inexistante. C’est pourquoi M. Dreier s’est contenté d’établir une analogie avec la radiodiffusion par satellite et la câblodistribution.

Quant aux précédents américains, ils sont nombreux. Toutefois, les distinctions importantes qui existent entre le droit d’auteur aux États-Unis et au Canada sur des questions telles que les droits de distribution et la responsabilité contributive, combinées aux dispositions détaillées de la loi qui portent sur la responsabilité des ISP, signifient que les causes américaines ne peuvent pas vraiment servir à interpréter les principes juridiques canadiens applicables en la matière.

5. See definitions in the *Oxford Reference Dictionary*, *Black's Law Dictionary* and *Le Petit Robert*.
6. Or, as is the case with broadcast or cable transmissions, radio waves or electric signals: *CTV Television Network v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115 [hereafter *CTV 1993*]; *Canadian Cable Television Association v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 138 (C.A.) [hereafter *CCTA (C.A.)*]; [1991] 34 C.P.R. (3d) 521 [hereafter *CCTA (T.D.)*].
7. *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467 [hereafter *Bishop*].
8. *CTV 1993*; *CCTA (C.A.)*.
9. *CCTA (C.A.)* at 153.
10. *CCTA (C.A.)*.
11. *Rank Film Production Ltd. v. Dodds* [1983] 2 IPR 113 at 115; *Australasian Performing Right Association Ltd. v. Commonwealth Bank of Australia*, [1992] 25 IPR 157; *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.* [1997] 38 IPR 294 (H.C. Aust.) at 303-304; *Performing Rights Society v. Gillette Industries Ltd.*, [1943] 1 All E.R. 413 at 416.
12. It goes without saying that a multicast Internet transmission runs an even higher chance of being a telecommunication to the public.
13. By contrast, paragraphs 21(1)(c) and 31(2)(c) of the *Act* do impose such a requirement.
14. *CCTA (T.D.)* at 537.
15. *CCTA (T.D.)* at 540c.
5. Voir les définitions du *Oxford Reference Dictionary*, du *Black's Law Dictionary* et du *Petit Robert*.
6. Ou, comme dans le cas des transmissions par la radiodiffusion ou par la câblodistribution, des ondes radioélectriques ou des signaux électriques : Réseau de *Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 [ci-après *CTV 1993*]; *Association canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.) [ci-après *ACTC (C.A.)*]; [1991] 34 C.P.R. (3d) 521 [ci-après *ACTC (1^{re} inst.)*].
7. *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467 [ci-après *Bishop*].
8. *CTV 1993*; *ACTC (C.A.)*.
9. *ACTC (C.A.)* à la p. 153.
10. *ACTC (C.A.)*.
11. *Rank Film Production Ltd. c. Dodds* [1983] 2 IPR 113, à la p. 115; *Australasian Performing Right Association Ltd. c. Commonwealth Bank of Australia*, [1992] 25 IPR 157; *Telstra Corporation Ltd. c. Australasian Performing Right Association Ltd.* [1997] 38 IPR 294 (H.C. Aust.) aux pp. 303 et 304; *Performing Rights Society c. Gillette Industries Ltd.*, [1943] 1 All E.R. 413, à la p. 416.
12. Il va sans dire qu'il y a encore plus de chances qu'une transmission sur l'Internet par multidiffusion soit une télécommunication au public.
13. Par contraste, les alinéas 21(1)c) et 31(2)c) de la *Loi* énoncent une telle exigence.
14. *ACTC (1^{re} inst.)* à la p. 537.
15. *ACTC (1^{re} inst.)* à la p. 540c.

16. *CCTA (T.D.)* at 538f; *CCTA (C.A.)* at 153.
17. Proponents of Tariff 22 also found some comfort for their position in the definition of the term “public” set out in Article 1721(2) of the *North America Free Trade Agreement* (NAFTA). Canada’s international obligations can be used to interpret Canadian statutes: see *National Corn Growers Association v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at 1371; R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, (Butterworths, Toronto, 1994), (3d ed.), at 459. However, given the repeated refusals of the Federal Court of Appeal to rely on treaty obligations to interpret statutory provisions which had not been modified as a result of the treaty (*CTV 1993; CCTA (C.A.)*; *Canadian Association of Broadcasters v. SOCAN* [1994] 58 C.P.R. (3d) 190 (F.C.A.) [hereafter *CAB 1994*]) and the fact that the NAFTA definition was not imported into the *Act*, any reliance on the NAFTA definition would be less than prudent.
18. *Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd.* [1990] 33 C.P.R. (3d) 242 (F.C.T.D.); appeal dismissed [1993] 53 C.P.R. (3d) 407 (F.C.A.).
19. *CCTA (C.A.)* at 153.
20. *CAPAC v. CTV*, [1968] S.C.R. 676 [hereafter *CTV 1968*]; *CTV 1993; CCTA (C.A.)*; *CAB 1994*.
21. A more detailed description of this evolution can be found in the Board’s decision dealing with SOCAN’s Tariff 17: *Public Performance of Music (Re)* [1994] Copyright Board Reports at 380; *SOCAN Statement of Royalties, 1990-1995 (Tariff 17) (Re)* [1996] 70 C.P.R. (3d) 501, at 505-506 (Cop. Bd.).
22. *CTV 1993; CCTA (C.A.)*.
16. *ACTC (1^{re} inst.)* à la p. 538f; *ACTC (C.A.)* à la p. 153.
17. Ceux qui appuient le tarif 22 ont également fondé leur position sur la définition du mot «public» donnée au paragraphe 1721(2) de l’*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA). Les obligations internationales du Canada peuvent servir à l’interprétation des lois canadiennes : voir *National Corn Growers Association c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la p. 1371; R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, (Butterworths, Toronto, 1994), (3^e éd.), à la p. 459. Toutefois, comme la Cour d’appel fédérale a refusé à maintes reprises d’invoquer les obligations énoncées dans les traités pour interpréter des dispositions de loi qui n’avaient pas été modifiées par suite du traité (*CTV 1993; ACTC (C.A.)*; *Association canadienne des radiodiffuseurs c. SOCAN* [1994] 58 C.P.R. (3d) 190 (C.A.F.) [ci-après *ACR 1994*]) et que la définition donnée dans l’ALÉNA n’a pas été importée dans la *Loi*, il serait imprudent de s’en remettre à la définition de l’ALÉNA.
18. *Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd.* [1990] 33 C.P.R. (3d) 242 (C.F. 1^{re} inst.); appel rejeté [1993] 53 C.P.R. (3d) 407 (C.A.F.).
19. *ACTC (C.A.)* à la p. 153.
20. *CAPAC c. CTV*, [1968] R.C.S. 676 [ci-après *CTV 1968*]; *CTV 1993; ACTC (C.A.)*; *ACR 1994*.
21. Pour la description de cette évolution, voir la décision de la Commission portant sur le tarif 17 de la SOCAN : *Exécution publique de la musique (Re)* [1994] Recueil des décisions de la Commission du droit d’auteur à la p. 380; *SOCAN Statement of Royalties, 1990-1995 (Tariff 17) (Re)* [1996] 70 C.P.R. (3d) 501 aux pages 505-506 (Cop. Bd.).
22. *CTV 1993; ACTC (C.A.)*.

23. S.C. 1993, ch. 23, s. 1.
24. Subsection 3(4) of the *Act*, as enacted by S.C. 1993, ch. 44, s. 55(3), now section 2.3 of the *Act*.
25. Significantly, in *CAB 1994*, the Court carefully avoided passing any judgment on the situation as of September 1, 1993: see p. 197.
26. *CCTA (C.A.)* at 155.
27. *CAB 1994*, para. 23, quoting the Board's decision then under review.
28. Then, the right to perform, now the right to communicate.
29. *R. v. McLaughlin*, [1982] S.C.R. 331. The decision interpreted the expression "telecommunication facility" in section 287.1 of the *Criminal Code*, which the proponents of *Tariff 22* argue connotes much the same thing.
- SOCAN also cites as authority for its interpretation of the term "service" the case of *Bartholomew Green 1751 Association Inc. v. A.G. Canada*, [1978] 2 F.C. 391 (F.C.T.D.), and various definitions from the *Telecommunications Act* S.C. 1993, c. 38, s. 23, in support of the distinction it draws between "means" and "services".
30. As would be the case, for example, if an ISP offered a Web design service in which the designer offered a choice of protected musical works for inclusion into a Web page.
31. *Cie générale des Établissements Michelin – Michelin & Cie v. C.A.W. – Canada* [1996] 71 C.P.R. (3d) 348 (F.C.T.D.) at 379.
32. *Bishop*.
23. L.C. 1993, chap. 23, art. 1.
24. Le paragraphe 3(4) de la *Loi*, L.C. 1993, chap. 44, art. 55(3), maintenant l'article 2.3 de la *Loi*.
25. Fait à signaler, dans *ACR 1994*, la Cour a pris soin de ne pas traiter de la situation à partir du 1^{er} septembre 1993 : voir à la p. 197.
26. *ACTC (C.A.)* à la p. 155.
27. *ACR 1994*, paragraphe 23, citant la décision de la Commission en révision.
28. À l'époque, le droit d'exécuter, maintenant le droit de communiquer.
29. *R. c. McLaughlin*, [1982] R.C.S. 331. Cet arrêt traite de l'interprétation du terme «installations de télécommunication» qui est employé à l'article 287.1 du *Code criminel* et qui, d'après ceux qui appuient le tarif 22, comporterait sensiblement la même idée.
- Pour justifier la distinction entre «moyens» et «service», la SOCAN fonde aussi son interprétation du terme «service» sur l'affaire *Bartholomew Green 1751 Association Inc. c. P.G. du Canada*, [1978] 2 C.F. 391 (C.F. 1^{re} inst.) et sur diverses définitions données dans la *Loi sur les télécommunications*, L.C. (1993), ch. 38, art. 23.
30. Ce qui serait le cas, par exemple, si un ISP offrait un service de conception de pages Web dans le cadre duquel le concepteur offrirait un éventail d'œuvres musicales protégées à inclure dans une page Web.
31. *Cie générale des Établissements Michelin – Michelin & Cie c. T.U.A. – Canada* [1996] 71 C.P.R. (3d) 348 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 379.
32. *Bishop*.

33. *Compo Co. v. Blue Crest Music, Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357 [hereafter *Compo*]; *Bishop*.
34. *Electric Despatch Co. of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada* [1892] 20 S.C.R. 83.
35. Both the WIPO Treaty and the draft European directive contain provisions which have a similar effect to paragraph 2.4 (1)(b). American legislation now contains detailed requirements that ISPs must meet in order to claim immunity from liability, even though earlier decisions went some way to ensure that they would not be held liable in most cases. To date, the Canadian Parliament has given no indication that it intends to resort to such a detailed, *sui generis* regime.
36. The fact that there may be multiple parties engaged in the transmission does not preclude a finding that each is communicating the work. Thus, where a site owner, through a mirroring arrangement, grants a second party the right to operate a mirror site in its own name, both the original site owner and the person who operates the mirror site jointly communicate works that are posted on the original site when they are transmitted from the mirror site.
37. See e.g., *Compo* at 375.
38. Programming Undertaking Regulations (SOR/93-436), *Canada Gazette*, Part II, Vol. 127, Extra No. 1, August 31, 1993.
39. See H.G. Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, (2d. ed.) 1967, Carswell, at 334.
33. *Compo Co. c. Blue Crest Music, Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357 [ci-après *Compo*]; *Bishop*.
34. *Electric Despatch Co. of Toronto c. Bell Telephone Co. of Canada* [1892] 20 R.C.S. 83.
35. Tant le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur que le projet de directive européenne contiennent des dispositions dont l'effet est semblable à celui de l'alinéa 2.4(1)b). La législation américaine renferme maintenant des exigences détaillées auxquelles doivent satisfaire les ISP pour se prévaloir de l'exemption de responsabilité, encore que la jurisprudence antérieure ait contribué à faire en sorte que leur responsabilité ne soit pas engagée dans la plupart des cas. À ce jour, le législateur canadien n'a pas fait connaître son intention d'établir un tel régime détaillé *sui generis*.
36. Le fait que diverses parties soient engagées dans la transmission n'empêche pas de conclure que chacune communique l'œuvre. Par exemple, si le propriétaire d'un site permet à une autre personne d'opérer un site miroir au nom de cette dernière personne dans le cadre d'une entente de duplication, tant le propriétaire du site original que la personne opérant le site miroir communiquent les œuvres hébergées dans le site original lorsqu'elles sont transmises à partir du site miroir.
37. Voir, par ex., *Compo* à la p. 375.
38. *Règlement sur les entreprises de programmation* (DORS/93-436) *Gazette du Canada*, Partie II, Vol. 127, Édition spéciale n° 1, 31 août 1993.
39. Voir H.G. Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, (2d. ed.) 1967, Carswell, à la p. 334.

40. The leading Canadian authority on the issue is *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Assoc. (Canada)*, [1953] 2 S.C.R. 182 [hereafter *Muzak*], which relied in this respect on *Falcon v. Famous Players Film Co.*, [1926] 2 K.B. 474 [hereafter *Falcon*]. See also *Underwriters' Survey Bureau Ltd. v. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] 2 D.L.R. 31 at p. 46, quoted in *de Tervagne v. Beloeil (Town) (T.D.)*, [1993] 3 C.F. 227, at p. 237 h-i.
41. *Vigneux v. Canadian Performing Right Society* [1945] 4 C.P.R. 65 (P.C.) [hereafter *Vigneux*].
42. *Vigneux*, at 77.
43. *CBS Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812 (Ch.) [hereafter *CBS Inc.*].
44. *CBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics TLC*, [1988] 2 All E.R. 484 (H.L.) [hereafter *CBS Songs*].
45. See *CCTA (C.A.)* at 155e-156a.
46. This interpretation is also in line with Article 8 of the WIPO Treaty, and the draft European directive. However, neither instruments states who would be held responsible for authorizing the communication.
47. *Falcon*.
48. *CBS Inc.*; *CBS Songs*.
49. *de Tervagne*.
50. *de Tervagne*, at 245g.
51. *CTV 1968* and *CTV 1993* are of no use in this respect. They do not address authorization as a separate use within the meaning of subsection 3(1) of the *Act*. They simply hold that a person cannot be held liable for facilitating a protected use already authorized by the owner of the rights in the work.
40. L'arrêt de base au Canada sur cette question est l'arrêt *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Assoc. (Canada)*, [1953] 2 R.C.S. 182 [ci-après *Muzak*], qui s'est fondé à cet égard sur *Falcon c. Famous Players Film Co.*, [1926] 2 K.B. 474 [ci-après *Falcon*]. Voir également *Underwriters' Survey Bureau Ltd. c. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] 2 D.L.R. 31, à la p. 46, cité dans *de Tervagne c. Beloeil (Ville) (1^{re} inst.)*, [1993] 3 C.F. 227, à la p. 237 h-i.
41. *Vigneux c. Canadian Performing Right Society* [1945] 4 C.P.R. 65 (C.P.) [ci-après *Vigneux*].
42. *Vigneux*, à la p. 77.
43. *CBS Inc. c. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812 (Ch.) [ci-après *CBS Inc.*].
44. *CBS Songs Ltd. c. Amstrad Consumer Electronics TLC*, [1988] 2 All E.R. 484 (H.L.) [ci-après *CBS Songs*].
45. Voir *ACTC (C.A.)* aux pages 155e et 156a.
46. Cette interprétation correspond également à l'article 8 du Traité de l'OMPI et au projet de directive européenne. Aucun de ces actes ne précise toutefois qui serait tenu responsable d'avoir autorisé la communication.
47. *Falcon*.
48. *CBS Inc.*; *CBS Songs*.
49. *de Tervagne*.
50. *de Tervagne*, à la p. 245g.
51. Les arrêts *CTV 1968* et *CTV 1993* ne sont d'aucun secours à cet égard. Ils n'examinent pas l'autorisation comme une utilisation distincte au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi*. Ils statuent simplement qu'une personne ne peut être tenue responsable d'avoir facilité une utilisation protégée déjà autorisée par le titulaire des droits sur l'œuvre.

52. *Muzak* at 189 (per Rand J.).

53. Of course, it may be that a communication originating in Canada that is received elsewhere may constitute an infringement of the communication right in that other country.

54. Unless the cache was created for reasons other than improving system performance or the cached material was modified or interfered with, in which case the cache operator becomes a joint communicator: see III C) 3), *supra*.

55. *CAPAC v. International Good Music Inc.*, [1963] S.C.R. 136.

Difficulties in determining where protected activities take place for the purposes of copyright law are not unique to Canada. In Europe, it is generally thought that communications occur at the point of transmission, even though some European courts have held that communications occur in the country of destination where broadcasters specifically target an audience in that second country.

By contrast, the WIPO Treaty and the draft European directive that would implement it do not speak to the issue of the *locus* of the act of authorization.

56. See e.g. *CTV 1968*.

57. See eg. *Writer Membership Agreement and Assignment of Performing Rights*, para. 4.3. This contract has been so often discussed before the Board as to be within the Board's official knowledge.

58. *CAB 1994*.

59. *SOCAN Statement of Royalties, 1994-1997 (Re)* [1996] 71 C.P.R. (3d) 196, at 217-218 (Cop. Bd.).

52. *Muzak* à la p. 189 (le juge Rand).

53. Il se peut, bien sûr, qu'une communication en provenance du Canada qui est reçue ailleurs constitue une violation du droit relatif à la communication dans cet autre pays.

54. À moins que l'antémémoire n'ait été créée à d'autres fins que celle d'améliorer la performance du système ou que les données mises en antémémoire aient été modifiées ou trafiquées; dans ce cas, l'opérateur de l'antémémoire est solidairement responsable : voir III C) 3), *supra*.

55. *CAPAC c. International Good Music Inc.*, [163] R.C.S. 136.

Les difficultés éprouvées lorsqu'il s'agit de déterminer à quel endroit se produisent les activités protégées aux fins de l'application du droit d'auteur ne se limitent pas au Canada. En Europe, les communications sont généralement réputées se produire au point de transmission, même si certains tribunaux européens ont conclu que les communications se produisent dans le pays de destination, où les diffuseurs visent particulièrement un groupe cible dans ce deuxième pays.

Par contraste, le Traité de l'OMPI et le projet de directive européenne destiné à le mettre en application ne parlent pas de la question du lieu de l'acte d'autorisation.

56. Voir, par exemple, *CTV 1968*.

57. Voir, par exemple, le paragraphe 4.3 du *Contrat d'adhésion et de cession des droits d'exécution*. Ce contrat a été si souvent examiné devant la Commission qu'il fait partie des faits dont elle a connaissance d'office.

58. *ACR 1994*.

59. *SOCAN Statement of Royalties, 1994-1997 (Re)* [1996] 71 C.P.R. (3d) 196, aux pages 217-218 (Cop. Bd.).