

- A-69-91 A-69-91
- The Canadian Cable Television Association—
Association canadienne de télévision par câble
(Appellant)** **Association canadienne de télévision par câble—
The Canadian Cable Television Association
(appelante)**
- v. a
- The Copyright Board, Performing Rights
Organization of Canada Limited and Composers,
Authors and Publishers Association of Canada
Limited (Respondents)** c.
- INDEXED AS: CANADIAN CABLE TELEVISION ASSN. v. CANADA
(COPYRIGHT BOARD) (C.A.)* *RÉPERTORIÉ: ASSOC. CANADIENNE DE TÉLÉVISION PAR CÂBLE c.
CANADA (COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR) (C.A.)*
- Court of Appeal, Heald, Desjardins and Létourneau
J.J.A.—Toronto, December 7, 8, 9 and 10, 1992;
Ottawa, January 5, 1993. b
- Copyright — Appeal from Trial Division decision dismissing
application to prohibit Copyright Board from proceeding with
adoption of tariff under Copyright Act, s. 67 — Appellant
transmitting “non-broadcast services” to subscribers — Not
communicating musical works to public by telecommunication
under Act, s. 3(1)(f) as amended — “Copyright” including sole
right to communicate musical, literary, dramatic or artistic
work to public by telecommunication under s. 3(1)(f) — Appel-
lant performing musical works in public under s. 3(1) — Defi-
nition of “performance” in s. 2 including any acoustic repre-
sentation — Meaning of “in public” — Appellant authorizing
performance of musical works.* c
- Telecommunications — Appellant transmitting “non-broad-
cast” specialty services to subscribers — Not communication
of musical works to public by telecommunication under Act, s.
3(1)(f) as amended — Transmission of non-broadcast services,
in relation to musical works, performance in public — SCC
decision in CAPAC case distinguished — Performance of musi-
cal works authorized by appellant.* d
- This was an appeal from a decision of the Trial Division dis-
missing an application to prohibit the Copyright Board from
proceeding with the adoption of Tariff No. 17 proposed by the
respondents under section 67 of the *Copyright Act*. That tariff
required a “transmitter” of “non-broadcast services to its sub-
scribers” to pay a fee for “a licence to perform or to communi-
cate by telecommunication” a work over which the respon-
dents Societies have the “power to grant a performing licence”.
The appellant transmits “non-broadcast services”, those that do
not originate from a regular television broadcasting station
(services such as “Much Music”), to its subscribers via electri-
cal signals over a closed circuit network. The issues were 1) e
- Droit d’auteur — Appel d’une décision de la Section de pre-
mière instance rejetant une demande visant à interdire à la
Commission du droit d’auteur d’adopter un tarif en applica-
tion de l’art. 67 de la Loi sur le droit d’auteur — L’appelante
transmet des «services autres que de radiodiffusion» aux
abonnés — Elle ne communique pas au public des œuvres
musicales par télécommunication au sens de l’art. 3(1)f) de la
Loi, modifié — «Droit d’auteur» désigne le droit exclusif de
communiquer au public une œuvre musicale, littéraire, drama-
tique ou artistique par télécommunication suivant l’art. 3(1)f)
— L’appelante exécute en public des œuvres musicales en
vertu de l’art. 3(1) — La définition des mots «représentation»,
«exécution» ou «audition» à l’art. 2 comprend toute reproduc-
tion sonore — Sens de l’expression «en public» — L’appelante
autorise l’exécution d’œuvres musicales.* f
- Télécommunications — L’appelante transmet aux abonnés
des services «autres que de radiodiffusion» — Il n’y a pas
communication au public d’œuvres musicales par télécommu-
nication au sens de l’art. 3(1)f) de la Loi, tel que modifié — La
transmission de services autres que de radiodiffusion, pour ce
qui est des œuvres musicales, constitue une exécution en public
— Distinction faite avec la décision de la CSC dans l’affaire
CAPAC — L’exécution d’œuvres musicales est autorisée par
l’appelante.* g
- Il s’agit d’un appel interjeté contre la décision par laquelle la
Section de première instance rejetait la demande visant à inter-
dire à la Commission du droit d’auteur de procéder à l’adop-
tion du tarif n° 17 proposé par les intimés en application de
l’article 67 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Ce tarif exigeait que
le «transmetteur» de «services autres que de radiodiffusion» à
ses abonnés verse une redevance pour «une licence autorisant
l’exécution ou la communication» d’une œuvre à l’égard de
laquelle les associations intimées sont «habilitées à accorder
une licence». L’appelante transmet à ses abonnés des «services
autres que de radiodiffusion», soit ceux dont le point d’origine
n’est pas une station ordinaire de télévision (tels les services h

whether the appellant communicates musical works to the public, 2) whether it performs musical works in public and 3) whether it authorizes the performance of such works.

Held, the appeal should be dismissed.

1) In relation to musical, literary, dramatic or artistic work, "copyright" includes under paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* the sole right to communicate the work to the public by telecommunication. The respondents' argument, that the words "musical work" as defined in section 2 of the Act and "musical composition" may be used interchangeably, defies the most basic rules of legislative drafting and interpretation. Definitions are used for convenience and to bring more precision to a legislative text. They are meant to be of assistance to legislative drafting, not to bring confusion to legislative interpretation. The definition of "every original literary, dramatic, musical and artistic work" in section 2 of the Act makes it obvious that "musical work" is not meant to refer to or to include "composition with or without words" as the legislator opposes the two notions in that definition. The *Copyright Act* has been amended at least three times since the decision of the Supreme Court of Canada in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.* (CAPAC) and Parliament has never questioned the interpretation given to "musical works" by the Court. As the definitions of "musical works" and "performance" have remained unchanged, paragraph 3(1)(f) of the Act should have been amended to refer to "communication of the performance of musical works" in order to cover the acts of the appellant. The Supreme Court refused to make the legislative change and the Court is bound by that decision.

2) The definition of "performance" in section 2 speaks of any acoustic representation; it does not refer to acoustic waves as opposed to electro-magnetic waves or vice-versa. The word "includes" is generally not limitative and is certainly not apt in this context to limit Parliament's intention to cover all kinds of acoustic representations. As to whether appellant's transmission amounts to a public performance, there is Canadian authority to the effect that radio or television broadcasts do not constitute performances in public when received in private homes. The contrary views expressed by English, Indian and Australian authorities are preferable. They are consistent with our Act and with the plain and usual meaning of the words "in public", that is to say openly, without concealment and to the knowledge of all. In addition, they take a realistic view of the impact and effect of technological developments. Transmission of non-broadcast services by the appellant to its numerous subscribers, when it relates to musical works, is a performance in public within the meaning of subsection 3(1) of the *Copyright Act*.

3) The Trial Judge was correct in holding that the situation of the appellant is different from that of the CTV network in

«Much Music»), par la transmission de signaux électriques en circuit fermé. Les questions litigieuses consistaient à savoir 1) si l'appelante communique au public des œuvres musicales, 2) si elle exécute des œuvres musicales en public et 3) si elle autorise l'exécution de telles œuvres.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

1) Dans le cas d'une œuvre musicale, littéraire, dramatique ou artistique, «droit d'auteur» désigne également, suivant l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le droit exclusif de communiquer l'œuvre au public par télécommunication. L'argument des intimées voulant que les expressions «œuvre musicale», définie à l'article 2 de la Loi, et «composition musicale» puissent être employées indifféremment, va à l'encontre des règles les plus élémentaires de la rédaction et de l'interprétation législatives. Les définitions existent pour des raisons de commodité et afin de rendre le texte législatif plus précis. Elles visent à faciliter la rédaction législative et non à rendre confuse l'interprétation des lois. La définition de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale» à l'article 2 de la Loi montre clairement que l'«œuvre musicale» ne renvoie pas à une «composition musicale avec ou sans paroles» ni ne comprend celle-ci, puisque le législateur y oppose les deux notions l'une à l'autre. La *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée au moins à trois reprises depuis le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.* (CAPAC) et le législateur n'a jamais remis en cause l'interprétation que celle-ci avait donnée à l'expression «œuvre musicale». Comme la définition des expressions «œuvre musicale» et «représentation», «exécution» et «audition» est demeurée inchangée, l'alinéa 3(1)f) de la Loi aurait dû être modifié de manière à englober la «communication de l'exécution d'une œuvre musicale» pour que les actes de l'appelante soient visés. La Cour suprême a refusé de procéder à la modification de la Loi, et la Cour est liée par cette décision.

2) La définition de «représentation», «exécution» ou «audition» à l'article 2 englobe toute reproduction sonore; elle ne vise pas les ondes acoustiques par opposition aux ondes électromagnétiques ou l'inverse. L'expression «y compris» n'est généralement pas limitative, et elle ne saurait certainement pas restreindre l'intention du législateur de régir tous les types de reproduction sonore. Quant à savoir si la transmission de l'appelante équivaut à une exécution en public, des arrêts canadiens portent que ni la radiodiffusion ni la télédiffusion n'équivalent à une exécution en public lorsqu'elles sont captées dans des demeures privées. L'opinion contraire exprimée par les tribunaux britanniques, indiens et australiens est préférable. Elle est compatible avec notre Loi et avec le sens courant de l'expression «en public», c.-à-d. de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous. De plus, elle représente une appréciation plus réaliste des effets de l'essor technologique. La transmission par l'appelante de services autres que de radiodiffusion à ses nombreux abonnés, pour ce qui est des œuvres musicales, constitue une exécution en public au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

3) C'est à bon droit que le juge de première instance a conclu que la situation de l'appelante est différente de celle du

the *CAPAC* case. CTV was transmitting its programs to affiliated stations which broadcasted the musical works to the public, whereas CCTA transmits directly to the public. The appellant is more than a mere facilitator of a public performance which violates the *Copyright Act*, it is the actual performer with the assistance of a third party who completes the final and missing link by turning on the television set. If the subscriber is to be ultimately responsible for the materialization of the public performance and therefore the infringement of the copyrights, one must conclude, upon a plain or a constructive meaning of the word "authorization", that the appellant authorizes such materialization by its customers.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof, S.C. 1988, c. 15, s. 1. *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, Bill C-2, First Reading, ss. 61, 62. *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61, 62, 63, 64, 65. *Copyright Act*, 1911 [1 & 2 Geo. 5, c. 46]. *Copyright Act*, R.S.C. 1952, c. 55, s. 3(1)(f). *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 61), 3(1)(f) (as am. *idem*, s. 62), 5, 28, 66.52 (as enacted *idem*, s. 64), 67 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12), 70.61 (as enacted *idem*, s. 65). *Free Trade Agreement*, S.C. 1988, c. 65, Schedule, Part A, Art. 2006. *Integrated Circuit Topography Act*, S.C. 1990, c. 37, s. 33. *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 35(1). *Rome Copyright Convention, 1928*, R.S.C., 1985, c. C-42, Schedule III, art. 11 (*bis*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al., [1968] S.C.R. 676; (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; 55 C.P.R. 132; 38 Fox Pat. C. 108 (as to appellant not communicating musical works to the public by telecommunication).

APPLIED:

Messenger v. British Broadcasting Co., [1927] 2 K.B. 543; *Garware Plastics and Polyester Ltd. v. M/S Tele-link A.I.R.* 1989 Bombay 331; *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, [1925] V.L.R. 350 (S.C.); *Mellor v. Australian Broadcasting Commission*, [1940] 2 All E.R. 20 (P.C.).

réseau CTV dans l'affaire *CAPAC*. CTV transmettait sa programmation à des stations affiliées qui radiodiffusaient les œuvres musicales en public, alors que ACTC transmet directement au public. L'appelante fait plus que simplement faciliter l'exécution publique qui contrevient à la *Loi sur le droit d'auteur*, elle est l'exécutant véritable par l'intermédiaire d'un mandataire qui, en dernier lieu, allume le téléviseur. Si l'abonné est l'ultime responsable de la réalisation de l'exécution publique et, par conséquent, de la violation du droit d'auteur, il faut conclure, suivant le sens littéral du terme «autorisation», que l'appelante autorise ses clients à faire en sorte que l'exécution se matérialise.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord de libre-échange, L.C. 1988, ch. 65, Annexe, Partie A, art. 2006. *Convention de Rome sur le droit d'auteur, 1928*, L.R.C., (1985), ch. C-42, Annexe III, art. 11 (*bis*). *Copyright Act*, 1911 [1 & 2 Geo. 5, ch. 46]. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, Projet de loi C-2, première lecture, art. 61, 62. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61, 62, 63, 64, 65. *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 35(1). *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant les modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, ch. 15, art. 1. *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C., 1952, ch. 55, art. 3(1)(f). *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 61), 3(1)(f) (mod., *idem*, art. 62), 5, 28, 66.52 (édicte, *idem*, art. 64), 67 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12), 70.61 (édicte, *idem*, art. 65). *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.C. 1990, ch. 37, art. 33.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al., [1968] R.C.S. 676; (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; 55 C.P.R. 132; 38 Fox Pat. C. 108 (relativement au fait que l'appelante ne communique pas au public des œuvres musicales par télécommunication).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Messenger v. British Broadcasting Co., [1927] 2 K.B. 543; *Garware Plastics and Polyester Ltd. v. M/S Tele-link A.I.R.* 1989 Bombay 331; *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, [1925] V.L.R. 350 (S.C.); *Mellor v. Australian Broadcasting Commission*, [1940] 2 All E.R. 20 (P.C.).

NOT FOLLOWED:

Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion, Inc., [1954] Ex. C.R. 382; (1954), 20 C.P.R. 75; 14 Fox. Pat. C. 114.

DISTINGUISHED:

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al., [1968] S.C.R. 676; (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; 55 C.P.R. 132; 38 Fox Pat. C. 108 (as to appellant transmitting musical works directly to the public).

REFERRED TO:

CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board), [1993] 2 F.C. 115 (C.A.).

AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville, Quebec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991.

Tremblay, Richard et al. *Guide de rédaction législative*, Montréal: Société québécoise d'information juridique, 1984.

APPEAL from a decision of the Trial Division ((1991) 34 C.P.R. (3d) 521; 41 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)) dismissing an application to prohibit the Copyright Board from proceeding with the adoption of Tariff No. 17 proposed by the respondents under section 67 of the *Copyright Act*. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Michael K. Eisen and Stephen G. Rawson for appellant.

Mario Bouchard for respondent Copyright Board.

Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon and Gilles Marc Daigle for respondents Performing Rights Organization of Canada Limited and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited.

SOLICITORS:

Morris/Rose/Ledgett, Toronto, for appellant.
Legal Services, Copyright Board, Ottawa, for respondent Copyright Board.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondents Performing Rights Organization of

DÉCISION NON SUIVIE:

Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion, Inc., [1954] R.C.É. 382; (1954), 20 C.P.R. 75; 14 Fox. Pat. C. 114.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al., [1968] R.C.S. 676; (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; 55 C.P.R. 132; 38 Fox. Pat. C. 108 (en ce qui concerne la transmission par l'appelante d'œuvres musicales directement au public).

DÉCISION CITÉE:

Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur), [1993] 2 C.F. 115 (C.A.).

DOCTRINE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990.

Tremblay, Richard et al. *Guide de rédaction législative*, Montréal: Société québécoise d'information juridique, 1984.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ((1991) 34 C.P.R. (3d) 521; 41 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.)) rejetant une demande visant à interdire à la Commission du droit d'auteur de procéder à l'adoption du tarif n° 17 proposé par les intimées en application de l'article 67 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Appel rejeté.

AVOCATS:

Michael K. Eisen et Stephen G. Rawson pour l'appelante.

Mario Bouchard pour la Commission du droit d'auteur, intimée.

Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon et Gilles Marc Daigle pour la Société de droits d'exécution du Canada Ltée et l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée, intimées.

PROCUREURS:

Morris/Rose/Ledgett, Toronto, pour l'appelante.
Services juridiques, Commission du droit d'auteur, Ottawa, pour la Commission du droit d'auteur, intimée.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour la Société de droits d'exécution du Canada Ltée et

Canada Limited and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited.

l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée, intimées.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal by the Canadian Cable TV Association ("CCTA") from a decision of a judge of the Trial Division [(1991), 34 C.P.R. (3d) 521] dismissing an application to prohibit the Copyright Board from taking further proceedings with respect to Tariff No. 17 proposed by the respondents societies PROCAN and CAPAC under section 67 of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985 c. C-42 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12].

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: L'Association canadienne de télévision par câble (l'«ACTC») interjette appel, en l'espèce, du jugement de première instance [(1991), 34 C.P.R. (3d) 521] qui a rejeté la demande visant à empêcher, de la part de la Commission du droit d'auteur, toute autre démarche ayant trait au tarif n° 17 proposé par les associations intimées, la SDE et la CAPAC, en application de l'article 67 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12].

The Facts

The appellant is a corporation composed of some 619 cable television licensees and system operators in Canada. Its self-described role is to promote its members' interests and to reconcile those interests with the interests of cable television subscribers and the general public. It holds a distribution undertaking licence.

Les faits

L'entreprise appelante regroupe quelque six cent dix-neuf câblodistributeurs et exploitants de systèmes de câblodistribution au Canada. Selon ses statuts, son mandat est de promouvoir les intérêts de ses membres et de concilier ces intérêts avec ceux des abonnés du service de télévision par câble et ceux du public en général. Elle est titulaire d'une licence à titre d'entreprise de distribution.

The respondent Societies, the Performing Rights Organization of Canada Limited ("PROCAN") and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited ("CAPAC"), are performing rights societies currently in the process of merging. They own and administer the performance rights to a variety of musical works in Canada. The Societies grant licences for the performance of those works in Canada and collect and distribute royalties pursuant to statements of royalties certified by the Copyright Board.

La Société de droits d'exécution du Canada Ltée (la «SDE») et l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée (la «CAPAC»), dont les activités ont trait aux droits d'exécution, sont en voie de fusionner. Elles possèdent et gèrent les droits d'exécution relatifs à diverses œuvres musicales au Canada. Elles octroient des licences autorisant l'exécution de ces œuvres au Canada et perçoivent les redevances, puis les versent, conformément au projet de tarif homologué par la Commission du droit d'auteur.

Pursuant to statements of proposed tariffs filed by the respondents Societies, the Copyright Board published proposed Tariff No. 17 in the *Canada Gazette* on September 30, 1989 [123 *Canada Gazette*, Part 1, Supplement (September 30, 1989)]. Tariff No. 17 required a "transmitter" of "non-broadcast services to its subscribers" to pay a fee for "a licence to perform or to communicate by telecommunication" a work

Conformément aux projets de tarifs déposés par les associations intimées, la Commission du droit d'auteur a publié le projet de tarif n° 17 dans la *Gazette du Canada* le 30 septembre 1989 [123 *Gazette du Canada*, Partie 1, supplément (30 septembre 1989)]. Le tarif n° 17 prévoit que le «transmetteur» de «services autres que de radiodiffusion» verse une redevance pour «une licence autorisant l'exécution ou la

over which the Societies have the “power to grant a performing licence”.

“Non-broadcast services” are those that do not originate from a regular television broadcasting station and include such speciality services as “Much Music” and “Arts and Entertainment”. CCTA transmit these services to their subscribers via electrical signals over a closed circuit network. There are apparently 7 million subscribers to cable television in Canada; 97% of which are residential customers and 6.3 million of whom subscribe from CCTA members. The remainder are commercial subscribers such as rental and hotel units, hospitals, schools, restaurants and bars.

After the CCTA filed objections to the proposed tariff, the Copyright Board convened a pre-hearing conference on May 23, 1990. At the outset, the CCTA stated its belief that Tariff No. 17 was unenforceable against cable television systems because their transmissions do not involve any of the acts involved in section 3 of the *Copyright Act* [as am. *idem*, s. 2; S.C. 1988, c. 65, s. 62] as the transmissions are not public performances of musical works nor a communication of same to the public. On this basis, CCTA indicated that it was preparing an application for a prohibition order. The Board responded that, in the absence of court decisions to the contrary, it intended to proceed. On June 14, 1990, the CCTA obtained an order of the Federal Court staying the Board from any consideration of Tariff No. 17 until final disposition of the matter. On January 16, 1991, the learned Trial Division Judge finally dismissed the application for prohibition.

The Substantive Issues

This appeal raises three issues under section 3 of the *Copyright Act* with respect to the appellant’s transmission of musical works to its subscribers. This Court is called upon to determine whether the appel-

communication par télécommunication» d’une œuvre à l’égard de laquelle les associations en cause sont «habilitée[s] à accorder une licence».

a Les «services autres que de radiodiffusion» sont ceux dont le point d’origine n’est pas une station ordinaire de télévision, tels les services spécialisés que sont «Much Music» et «Arts and Entertainment». L’ACTC offre de tels services à ses abonnés par la transmission de signaux électriques en circuit fermé. b Il y aurait au Canada sept millions d’abonnés à la télévision par câble, quatre-vingt-dix-sept pour cent des abonnements étant de type résidentiel et six millions trois cent mille des abonnés faisant affaires avec un membre de l’ACTC. Les autres abonnements sont de nature commerciale et sont souscrits, par exemple, par des propriétaires d’immeubles locatifs, des établissements hôteliers, des hôpitaux, des maisons d’enseignement, des restaurants et des bars. c d

Après avoir reçu, de la part de l’ACTC, une opposition au projet de tarif, la Commission du droit d’auteur a tenu une conférence préparatoire à l’audience le 23 mai 1990. D’entrée de jeu, l’ACTC a prétendu que le tarif n° 17 ne pouvait s’appliquer aux systèmes de télévision par câble vu que leurs transmissions ne comportaient aucune des activités visées à l’article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur* [mod., *idem*, art. 2; L.C. 1988, ch. 65, art. 62], puisqu’elles ne constituaient pas des exécutions publiques d’œuvres musicales non plus que des communications au public d’œuvres musicales. Partant, l’ACTC a fait connaître son intention de présenter une demande en vue d’obtenir un bref de prohibition. La Commission a rétorqué que, en l’absence d’une décision judiciaire à l’effet contraire, elle entendait poursuivre son examen. Le 14 juin 1990, l’ACTC a obtenu une ordonnance de la Cour fédérale enjoignant à la Commission de surseoir à l’examen du tarif n° 17 jusqu’à ce qu’une décision finale soit rendue dans cette affaire. Le 16 janvier 1991, le juge de première instance a, en fin de compte, rejeté la demande visant à obtenir un bref de prohibition. e f g h i

Questions de droit substantiel

Le présent appel soulève trois questions concernant l’application de l’article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur* à la transmission, par l’appelante, d’œuvres musicales à ses abonnés. En effet, la Cour doit déter-

lant CCTA communicates musical works to the public, whether it performs musical works in public and whether it authorizes the performance of such works. These are the alleged foundation for Tariff No. 17 which is the subject of this attack by way of prohibition.

Whether appellant CCTA communicates musical works to the public by telecommunication within the meaning of paragraph 3(1)(f) of the Copyright Act

Broadly stated, section 3 of the *Copyright Act* defines “copyright” as the sole right to produce, reproduce or publish a work or any substantial part thereof in any material form whatever, or the sole right to perform it in public. In relation to musical, literary, dramatic or artistic work, it also includes under paragraph 3(1)(f) the sole right to communicate the work to the public by telecommunication.

On the basis of paragraph 3(1)(f), the respondents submit that appellant CCTA, in its transmission of non-broadcast services to its subscribers, communicates musical works to the public by telecommunication within the meaning of that section and therefore should be liable to pay royalties to them. Appellant relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*¹ [CAPAC] which, it alleges, has already decided the issue in its favour and applies in the present instance.

In order to properly understand the arguments of the parties and the decision of the Supreme Court of Canada, it is necessary to reproduce a certain number of definitions:

Copyright Act

[R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 61), 3(1)(f) (as am. *idem*, s. 62)]

2. ...

“every original literary, dramatic, musical and artistic work” includes every original production in the literary, scientific or artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books,

¹ [1968] S.C.R. 676.

miner si l’appelante, l’ACTC, communique des œuvres musicales au public, si elle exécute des œuvres musicales en public et si elle autorise l’exécution de telles œuvres. Ce sont de telles activités qui, selon l’appelante, emporteraient l’application du tarif n° 17, lequel fait l’objet de la demande visant à obtenir un bref de prohibition.

L’appelante, l’ACTC, communique-t-elle au public des œuvres musicales par télécommunication au sens de l’alinéa 3(1)(f) de la Loi sur le droit d’auteur

À l’article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur*, «droit d’auteur» désigne, en gros, le droit exclusif de produire, de reproduire ou de publier une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, ou le droit exclusif de l’exécuter ou de la représenter en public. Dans le cas d’une œuvre musicale, littéraire, dramatique ou artistique, l’expression désigne également, suivant l’alinéa 3(1)(f), le droit exclusif de la communiquer au public par télécommunication.

Se fondant sur l’alinéa 3(1)(f), les intimées prétendent que l’appelante, lorsqu’elle transmet des services autres que de radiodiffusion à ses abonnés, communique au public des œuvres musicales par télécommunication au sens de cette disposition et, par conséquent, qu’elle est tenue de leur verser une redevance. L’appelante s’appuie pour sa part sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*¹ [CAPAC] qui, selon elle, a tranché la question en sa faveur et s’applique en l’espèce.

Afin de bien saisir l’argumentation de chacune des parties ainsi que la portée de l’arrêt de la Cour suprême du Canada, voici le texte de certaines définitions:

Loi sur le droit d’auteur

[L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 61), 3(1)(f) (mod., *idem*, art. 62)]

2. ...

«toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale» S’entend de toutes les productions originales du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu’en soit le mode ou la forme d’expression,

¹ [1968] R.C.S. 676.

pamphlets and other writings, lectures, dramatic or dramatico-musical works, musical works or compositions with or without words, illustrations, sketches and plastic works relative to geography, topography, architecture or science;

telles que les livres, brochures et autres écrits, les conférences, les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres ou compositions musicales avec ou sans paroles, les illustrations, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences.

. . .

a «œuvre musicale» Toute combinaison de mélodie et d'harmonie, ou l'une ou l'autre, imprimée, manuscrite, ou d'autre façon produite ou reproduite graphiquement.

“musical work” means any combination of melody and harmony, or either of them, printed, reduced to writing or otherwise graphically produced or reproduced;

. . .

“performance” means any acoustic representation of a work or any visual representation of any dramatic action in a work, including a representation made by means of any mechanical instrument or by radio communication;

c «représentation», «exécution» ou «audition» Toute reproduction sonore d'une œuvre ou toute représentation visuelle de l'action dramatique qui est tracée dans une œuvre, y compris la représentation à l'aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique.

. . .

“telecommunication” means any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system;

d «télécommunication» vise toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique.

. . .

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright” means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

3. (1) Pour l'application de la présente loi, «droit d'auteur» s'entend du droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter ou de représenter ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter, en public, et si l'œuvre n'est pas publiée, de publier l'œuvre ou une partie importante de celle-ci; ce droit s'entend, en outre, du droit exclusif:

. . .

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

g f) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie.

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication. [As amended in 1988 [S.C. 1988, c. 65, s. 62]]. [My underlining.]

h f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. [Modification apportée en 1988 [L.C. 1988, ch. 65, art. 62]]. [C'est moi qui souligne.]

Rome Copyright Convention, 1928
[R.S.C., 1985, c. C-42, Schedule III]

Convention de Rome sur le droit d'auteur 1928
[L.R.C. (1985), ch. C-42, annexe III]

Article 11 (bis)

i Article 11 (bis)

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the communication of their works to the public by radiocommunication.

(1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la communication de leurs œuvres au public par la radiodiffusion.

In the CAPAC case, Pigeon J., writing for the Supreme Court and applying a literal construction to

j Dans l'arrêt CAPAC, le juge Pigeon, s'exprimant au nom de la Cour suprême et interprétant littérale-

the *Copyright Act* [R.S.C. 1952, c. 55], came to the following conclusions:

1. In view of the definitions of “musical work” and “performance”, CTV, by transmitting its entertainment programming to its affiliate stations either by shipping a copy of the video tape or by means of cable and microwave facilities, did not communicate “musical work” as defined in the Act, that is to say graphic reproductions of melody and harmony. Rather it communicated not the “work” but a “performance of the work”.²

2. Paragraph 3(1)(f) was inspired by paragraph 1 of Article 11 (*bis*) of the *Rome Copyright Convention, 1928*.³

3. Unlike the Canadian *Copyright Act*, the Rome Convention does not define “work” and the undefined word, as applied to musical work, is properly taken in the Convention in the primary sense of the composition itself, not its graphic representation as in the Act.⁴

4. The word “communication” does not usually mean a “performance” but in the Convention it is apt to include performances in its meaning along with other modes of representation applicable to other kinds of artistic or literary works that are not “performed”.⁵

5. Paragraph 3(1)(f) does not read “to communicate a performance of such work by radio communication” but to “communicate such work by radio communication” and, in view of the statutory definitions of “musical work” and of “performance”, the insertion of the word “performance” in the enactment is a very substantial departure from the text as written.⁶

6. To give paragraph 3(1)(f) the scope and meaning sought by the appellant, the word “performance” would have to be inserted in paragraph 3(1)(f) and the words “in public” would have to be deleted from section 3 because a performance of musical work is

ment la *Loi sur le droit d'auteur* [S.R.C. 1952, ch. 55], tire les conclusions suivantes:

1. Vu la définition d'«œuvre musicale» et de «représentation», «exécution» ou «audition», CTV, en transmettant sa programmation de divertissement à ses stations affiliées, soit en expédiant une copie de la bande magnétoscopique, soit en ayant recours au câble ou aux ondes hertziennes, n'a pas communiqué une «œuvre musicale» au sens de la Loi, c.-à-d. une reproduction graphique de mélodie et d'harmonie. Elle a plutôt communiqué «une exécution de l'œuvre» et non l'«œuvre».²

2. L'alinéa 3(1)f) s'inspire du paragraphe 1 de l'Article 11 (*bis*) de la *Convention de Rome sur le droit d'auteur 1928*.³

3. Contrairement à la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, la Convention de Rome ne définit pas le mot «œuvre» et, lorsque celui-ci y est employé à l'égard d'une œuvre musicale, il désigne à juste titre la composition comme telle, et non sa représentation graphique comme dans la Loi.⁴

4. Le mot «communication» ne désigne habituellement pas l'«exécution», mais dans la Convention de Rome, il pourrait englober celle-ci tout comme d'autres genres de représentation applicables à d'autres types d'œuvres artistiques ou littéraires qui ne sont pas «exécutées».⁵

5. L'alinéa 3(1)f) ne dit pas «transmettre l'exécution de cette œuvre au moyen de la radiophonie», mais bien «transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie» et, vu la définition légale de l'expression «œuvre musicale» ainsi que des mots «représentation», «exécution» et «audition», l'ajout du terme «exécution» dans le texte législatif constitue un écart très important du libellé.⁶

6. Pour que l'alinéa 3(1)f) ait la portée et le sens que l'appelante lui attribue, les mots «représentation», «exécution» et «audition» devraient être ajoutés à l'alinéa 3(1)f) et les mots «en public» supprimés de l'article 3, puisque l'exécution d'une œuvre musicale

² *Id.*, at p. 680.

³ *Id.*, at p. 681.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Id.*, at p. 682.

² *Id.*, à la p. 680.

³ *Id.*, à la p. 681.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Id.*, à la p. 682.

outside the scope of the definition of copyright if it is not in public.⁷

To distinguish the *CAPAC* case, the respondents now submit that the definition of “musical work” in the *Copyright Act* not only refers to a graphic representation of melody and harmony, but also to the primary sense of the composition itself. They borrow such an extended meaning from the definition of “every original literary, dramatic, musical and artistic work” found in section 2 and used in section 5 of the Act which refers both to musical work or composition with or without words. They conclude that the words “musical work” and “musical composition” are therefore used and usable interchangeably.

To arrive at such a result, one must for all practical purposes either ignore the contents of the definitions in section 2 of the Act or make what I would call a cross-fertilization of those definitions. In either case, this defies the most basic rules of legislative drafting and interpretation. Definitions are used for convenience and to bring more precision to a legislative text. They are meant to be of assistance to legislative drafting, not to bring confusion to legislative interpretation.⁸ The meaning of a definition cannot be changed by ignoring it or part of it or by reading in it words or concepts borrowed from another definition. The contents of definitions are simply not interchangeable and only confusion could result from cross-fertilization.

This in itself should be sufficient to dispose of the respondents’ argument. In addition, however, the definition of the words “every original literary, dramatic, musical and artistic work” makes it plainly obvious that musical work is not meant to refer to or to include “composition with or without words” as the legislator opposes the two notions in that definition. It makes sense for Parliament to do that as section 5, in which the definition of “every original

⁷ *Ibid.*

⁸ See *Guide de rédaction législative*, Ministère de la Justice du Québec, Montréal SOQUIJ, 1984, at pp. 12 to 14; P. A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1991, at p. 55.

n’est pas visée par la définition du droit d’auteur lorsqu’elle n’a pas lieu en public⁷.

Pour établir une distinction avec l’arrêt *CAPAC*, les intimées soutiennent maintenant que la définition d’«œuvre musicale» que prévoit la *Loi sur le droit d’auteur* renvoie non seulement à la reproduction graphique d’une mélodie et d’une harmonie, mais aussi, suivant le sens premier, à la composition comme telle. Leur interprétation extensive s’appuie sur la définition de «toute œuvre musicale originale» prévue à l’article 2 et employée à l’article 5 de la Loi, laquelle mentionne à la fois les œuvres ou compositions musicales avec ou sans paroles. Elles concluent que les expressions «œuvre musicale» et «composition musicale» sont donc employées et employables indifféremment.

Pour en arriver à une telle conclusion, il faut, en pratique, faire abstraction du libellé des définitions prévues à l’article 2 de la Loi ou procéder à une sorte de croisement de ces définitions. Dans l’un ou l’autre des cas, une telle démarche va à l’encontre des règles les plus élémentaires de la rédaction et de l’interprétation législatives. Les définitions existent pour des raisons de commodité et afin de rendre le texte législatif plus précis. Elles visent à faciliter la rédaction législative et non à rendre confuse l’interprétation des lois⁸. La portée d’une définition ne peut être modifiée en faisant abstraction de son libellé, en totalité ou en partie, ou en y intégrant des mots ou des notions qui appartiennent à une autre définition. Le libellé des définitions n’est tout simplement pas interchangeable, et les croisements ne peuvent que créer de la confusion.

Bien que cela suffise en soi pour réfuter l’argumentation des intimées, on observera par ailleurs, dans la définition de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale», que l’œuvre musicale ne renvoie manifestement pas à une «composition musicale avec ou sans paroles» ni ne comprend celle-ci, puisque le législateur y oppose les deux notions l’une à l’autre. Il est dans l’ordre des choses que le législateur ait procédé ainsi, étant

⁷ *Ibid.*

⁸ See reporter au *Guide de rédaction législative*, ministère de la Justice du Québec, Montréal, SOQUIJ, 1984, aux pp. 12 à 14; P. A. Côté, *Interprétation des lois*, 2e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990, à la p. 61.

work” is used, broadly protects copyright in every original work. In the case of music, it is appropriate that it extends also to every original composition, not only to music work as narrowly defined in section 2 to mean every combination of melody and harmony printed, reduced to writing or graphically produced.

It is interesting to note that the *Copyright Act* has been amended at least three times⁹ since the Supreme Court rendered its judgment in 1968 and that Parliament has never questioned the interpretation given to “musical works” by the Court. It is all the more interesting and telling as in the first series of amendments of 1988 Parliament saw fit to change, in section 2 of the Act, the definition of the words “architectural work”, “artistic work” and “literary work” and to add the definition of “choreographic work”, but left unchanged that of “musical work”.¹⁰ It had ample opportunity to do so as it revisited the definitions. One can only conclude that Parliament was satisfied with the meaning the Supreme Court had earlier given to “musical work” and which had been in force for twenty years at the time of the amending legislation.

The respondents heavily rely upon an amendment made in 1988 to paragraph 3(1)(f) whereby the words “to the public” were added to the section and the word “telecommunication” replaced “radio communication” and was defined. They contend that this amendment implements the change suggested by the Supreme Court in the *CAPAC* case and that, as a result, appellant CCTA is liable to pay compensation for the transmission of musical works to its subscribers.

I am willing to accept that the words “to the public” are broader than “in public” and that the insertion

⁹ *An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1988, c. 15; *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 et seq.; *Integrated Circuit Topography Act*, S.C. 1990, c. 37, s. 33.

¹⁰ S.C. 1988, c. 15, s. 1(1),(2),(3).

donné que l'article 5, qui reprend l'expression «toute œuvre originale», protège de manière générale le droit d'auteur afférent à toute œuvre originale. En ce qui concerne la musique, il convient d'englober également toute composition originale, et non seulement l'œuvre musicale, laquelle, selon l'article 2, s'entend strictement de toute combinaison de mélodie et d'harmonie imprimée, manuscrite, ou produite ou reproduite graphiquement.

Il est intéressant de noter que la *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée au moins à trois reprises⁹ depuis le jugement rendu en 1968 par la Cour suprême et que le législateur n'a jamais remis en cause l'interprétation que celle-ci avait donnée à l'expression «œuvre musicale». Cela est d'autant plus intéressant et significatif que, dans la première série de modifications en 1988, le législateur a jugé opportun de modifier, à l'article 2 de la Loi, la définition des expressions «œuvre d'art architecturale», «œuvre artistique» et «œuvre littéraire» et d'ajouter la définition d'«œuvre chorégraphique», mais qu'il n'a pas touché à la définition d'«œuvre musicale»¹⁰. Il lui aurait pourtant été tout à fait loisible de le faire en révisant ainsi les définitions. On ne peut que conclure que le législateur était en accord avec l'interprétation que la Cour suprême avait auparavant donnée à l'expression «œuvre musicale» et qui s'appliquait depuis vingt ans lorsque la Loi a été modifiée.

Les intimées insistent beaucoup sur la modification qui a été apportée en 1988 à l'alinéa 3(1)(f) par laquelle on a ajouté à la disposition les mots «au public» et substitué à l'expression «au moyen de la radiophonie» celle de «par télécommunication» qui a aussi été définie. Elles soutiennent en effet que cette modification donnait suite à la modification suggérée par la Cour suprême dans *CAPAC* et que, par conséquent, l'appelante est tenue de verser une redevance pour la transmission d'œuvres musicales à ses abonnés.

Je conviens que l'expression «au public» est plus large qu'«en public» et que l'ajout de ces mots ait pu

⁹ *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant les modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, ch. 15; *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 et ss.; *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.C. 1990, ch. 37, art. 33.

¹⁰ L.C. 1988, ch. 15, art. 1(1),(2),(3).

of those words may have taken care of the concern of Pigeon J. that performance of musical works under the Act always be in public.¹¹ The words “to the public” now found in paragraph 3(1)(f) of the Act parallel those found in Article 11(1) (*bis*) of the Rome Convention and would satisfy the requirement that a performance be in public.

However, the amendment leaves unanswered the crucial point decided by Pigeon J., to wit that paragraph 3(1)(f) covers the communication of musical works to the public, that is to say graphic reproductions of melody and harmony, while what is communicated by appellant CCTA within the terms of the Act as framed is not the “works” but “a performance of the works”,¹² that is to say an acoustic representation of such works. As the definitions of “musical works” and “performance” have remained unchanged, paragraph 3(1)(f) should have been amended to refer to “communication of the performance of musical works” in order to cover the acts of the appellant CCTA. This is clear from this passage of the judgment where referring to paragraph 3(1)(f), Pigeon J. wrote:

However, as previously noted, the material part of the provision does not read “to communicate a performance of such work by radio communication” but “to communicate such work by radio communication”. In view of the statutory definitions of “musical works” and of “performance” the insertion of the word “performance” in the enactment is a very substantial departure from the text as written.¹³

The Supreme Court refused to make the legislative change. This Court is bound by that decision.

I might add that the amendments to paragraph 3(1)(f) on which the respondents rely were enacted to implement the *Free Trade Agreement* [S.C. 1988, c.

¹¹ See *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, *supra* note 1, at pp. 681-682 where Pigeon J. wrote: “It must be noted that in the Convention it is doubly indicated by ‘au public’ and by ‘radiodiffusion’ that public performances or communications only are aimed at. This is consonant with the general definition of ‘copyright’ which, as stated in subs. 1 of s. 3 of the Act, applies to any reproduction of the work but, as respect performances, applies only to those that are in ‘public’.”

¹² *Id.*, at p. 680.

¹³ *Id.*, at p. 682.

répondre à l’exigence formulée par le juge Pigeon que l’exécution d’une œuvre musicale ait toujours lieu en public pour que la Loi s’applique¹¹. L’expression «au public» qui figure désormais à l’alinéa 3(1)f) de la Loi est également employée à l’article 11(1) (*bis*) de la Convention de Rome, ce qui satisfait à la condition voulant que l’exécution ait lieu en public.

Or, la modification ne résout pas la question cruciale tranchée par le juge Pigeon, soit le fait que l’alinéa 3(1)f) vise la communication au public d’une œuvre musicale, c.-à-d. la reproduction graphique d’une mélodie et d’une harmonie, alors que ce que l’appelante communique, suivant le libellé de la Loi, n’est pas une «œuvre», mais «l’exécution d’une œuvre»¹² ou la reproduction sonore d’une œuvre. Comme la définition des expressions «œuvre musicale» et «représentation», «exécution» et «audition» n’a pas changé, l’alinéa 3(1)f) aurait dû être modifié de manière à englober la «communication de l’exécution d’une œuvre musicale» pour que les actes de l’appelante soient visés. C’est ce qui ressort de l’extrait suivant du jugement du juge Pigeon se rapportant à l’alinéa 3(1)f):

[TRADUCTION] Cependant, comme nous l’avons déjà signalé, la partie pertinente de la disposition ne se lit pas «de communiquer l’exécution d’une telle œuvre au moyen de la radiophonie» mais «de communiquer une œuvre au moyen de la radiophonie». Vu les définitions légales des termes «œuvre musicale» et «exécution», l’ajout du terme «exécution» dans le texte législatif constitue un écart très important du libellé¹³.

La Cour suprême a refusé de procéder à la modification de la Loi, et la Cour est liée par cette décision.

Je pourrais ajouter que les modifications apportées à l’alinéa 3(1)f) sur lesquelles s’appuient les intimées ont été adoptées aux fins de la mise en œuvre de l’Ac-

¹¹ Se reporter à *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, *supra*, note 1, aux p. 681 et 682, où le juge Pigeon dit ce qui suit: [TRADUCTION] «Il y a lieu de noter que, dans la Convention de Rome, il ressort doublement de l’emploi des termes “au public” et “radiodiffusion” que seules les exécutions ou les communications publiques sont visées. Cela est compatible avec la définition générale de “droit d’auteur” qui, comme le prévoit le paragraphe 3(1) de la Loi, s’applique à toute reproduction d’une œuvre mais, en ce qui concerne l’exécution, seulement à celle qui a lieu “en public”.»

¹² *Id.*, à la p. 680.

¹³ *Id.*, à la p. 682.

65, Schedule, Part A] with respect to the retransmission of local or distant signals that carry a literary, dramatic, musical or artistic work.¹⁴ This appears clearly from the explanatory notes which accompanied Bill C-2 at the time of the first reading. The definition of “telecommunication” is said to be consequential to the amendments brought to paragraph 3(1)(f) and the latter was introduced to clarify the concept of communicating certain works to the public in order to implement subparagraph 2(a) of Article 2006 of the *Free Trade Agreement* which deals with the retransmission to the public of program signals not intended in the original transmission for free, over-the-air reception by the general public.¹⁵

It is significant in my view that the respondents have not been able to point to a single *indicia* of evidence, be they discussions or debates in the House of Commons, Committees or elsewhere, that would show that the amendments to paragraph 3(1)(f), along with sections 2, 28, 66.52 [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 64], 70.61 [as am. *idem*, s. 65] and others of the *Copyright Act* to implement the *Free Trade Agreement*, were intended to reverse the decision of the Supreme Court of Canada in the *CAPAC* case. I doubt that Parliament would have dealt with such an important issue in such an indirect and disguised manner.

Whether appellant CCTA performs musical works in public within the meaning of subsection 3(1) of the *Copyright Act*

The appellant first submits that it does not perform musical works because it does not, as required by the definition of “performance” in section 2 of the Act, broadcast an acoustic representation of a melody or harmony. Under the Act, performance means “any acoustic representation of a work or any visual representation of any dramatic action in a work, including a representation made by means of any mechanical

¹⁴ See *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 to 65.

¹⁵ See *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, Bill C-2, First Reading, ss. 61 and 62.

cord de libre-échange [L.C. 1988, ch. 65, Annexe, Partie A] en ce qui a trait à la retransmission de signaux locaux ou éloignés porteurs d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique¹⁴. C’est ce qui ressort des notes explicatives qui accompagnaient le Projet de loi C-2 en première lecture. On y précise en effet que la définition du mot «télécommunication» résulte des modifications apportées à l’alinéa 3(1)f) et que ces dernières ont été adoptées pour clarifier la notion de communication au public de certaines œuvres et ce, aux fins de la mise en œuvre de l’alinéa 2006(2)a) de l’*Accord de libre-échange*, lequel a trait à la retransmission au public d’une programmation qui, à l’origine, n’est pas destinée à être captée directement et gratuitement par le grand public¹⁵.

Il est significatif, à mon sens, que les intimées n’aient pu fournir un seul élément de preuve, qu’il s’agisse de discussions ou de débats à la Chambre des communes, au sein des différents comités ou ailleurs, établissant que les modifications apportées à l’alinéa 3(1)f), ainsi que, notamment, aux articles 2, 28, 66.52 [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 64], 70.61 [mod., *idem*, art. 65] de la *Loi sur le droit d’auteur* aux fins de la mise en œuvre de l’*Accord de libre-échange*, visaient à renverser la décision de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *CAPAC*. Il aurait été inconcevable que le législateur règle une question d’une telle importance de manière aussi indirecte et déguisée.

L’appelante a-t-elle exécuté des œuvres musicales en public au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*?

L’appelante prétend, tout d’abord, qu’elle n’exécute pas d’œuvres musicales étant donné qu’elle ne radiodiffuse pas, comme le prévoit la définition d’«exécution» à l’article 2 de la Loi, la reproduction sonore d’une mélodie ou d’une harmonie. La Loi prévoit en effet que «représentation», «exécution» ou «audition» désigne «[t]oute reproduction sonore d’une œuvre ou toute représentation visuelle de l’ac-

¹⁴ Se reporter à la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 à 65.

¹⁵ Se reporter à la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, Projet de loi C-2, première lecture, art. 61 et 62.

instrument or by radio communication.” What it transmits, appellant says, are electrical signals to individual subscribers’ premises. Such signals are electro-magnetic waves which are completely distinct from acoustic or sound waves and cannot be heard at any time during their distribution to subscribers’ premises. While the acoustic or sound waves are generated by compression of air or some other medium, electro-magnetic waves are generated by a change in an electric or magnetic field. In the words of the appellant, a cable system is simply a medium for the transmission of electrical signals to the subscribers’ premises and their transmission of non-broadcast services by cable television systems to individual subscribers’ premises is through a closed circuit network as opposed to being propagated through space by radio waves.

I do not think this whole case ought to depend on whether it is this kind or that kind of waves which are transmitted to the subscribers. The definition of “performance” in section 2 speaks of any acoustic representation. It does not speak of acoustic waves as opposed to electro-magnetic waves or vice-versa. When a subscriber turns on the television set and listens to the music broadcasted or transmitted by the appellant, it is an acoustic representation of a melody that he or she gets: it is the very performance of a musical work as contemplated by the Act.

Furthermore, the definition of “performance” covers “any” acoustic representation. The fact that it goes on to add that it includes a representation made by means of any mechanical instrument or radio communication does not limit the generality of the word “any” and surely does not limit it to the type of radio communication defined by subsection 35(1) of the *Interpretation Act*.¹⁶ The word “includes” is generally not limitative and is certainly not apt in this

¹⁶ R.S.C., 1985, c. I-21, s. 35(1) reads: “In every enactment . . . ‘radio’ or ‘radio communication’ means any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images, sounds

tion dramatique qui est tracée dans une œuvre, y compris la représentation à l’aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique». Or, l’appelante estime transmettre des signaux électriques destinés à être captés par les abonnés individuellement. Ces signaux sont des ondes électromagnétiques qui n’ont rien à voir avec les ondes acoustiques ou sonores; ils ne peuvent jamais être entendus pendant leur acheminement à l’abonné. Alors que les ondes acoustiques ou sonores sont produites par la compression de l’air ou grâce à quelque autre support, les ondes électromagnétiques résultent de la modification du champ électrique ou magnétique. Pour reprendre les termes utilisés par l’appelante, un système de câble n’est qu’un support qui permet de transmettre des signaux électriques à l’abonné, et la transmission de services autres que de radiodiffusion à la résidence ou dans les locaux de l’abonné, grâce à un système de télévision par câble, se fait au moyen d’un réseau en circuit fermé, par opposition à la propagation d’ondes radioélectriques dans l’espace.

Je ne crois pas que l’issue de la présente affaire dépende du fait que les ondes transmises à l’abonné sont d’un certain type plutôt que d’un autre. Il est question, à la définition de «représentation», «exécution» ou «audition» qui figure à l’article 2, de reproduction sonore, et non d’ondes acoustiques par opposition à des ondes électromagnétiques, ou vice-versa. Lorsque l’abonné allume son téléviseur et qu’il écoute la musique radiodiffusée ou transmise par l’appelante, il a droit à la reproduction sonore d’une mélodie; il s’agit donc de l’exécution d’une œuvre musicale comme le prévoit la Loi.

En outre, la définition de «représentation», «exécution» ou «audition» englobe «toute» reproduction sonore. Le fait qu’il y soit précisé que cela comprend toute représentation à l’aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique ne limite pas la généralité du mot «toute» et ne restreint certes pas l’application de la définition au type de radiocommunication défini au paragraphe 35(1) de la *Loi d’interprétation*.¹⁶ L’expression «y compris»

¹⁶ L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 35(1), dont voici le libellé: «Les définitions qui suivent s’appliquent à tous les textes . . . “radiocommunication” ou “radio” Toute transmission, émis-

context to limit Parliament's intention to cover all kinds of acoustic representations. It is merely illustrative of the fact that it applies as well to acoustic representations by technological means. The words "by means of any mechanical instrument or by radio communication" in the definition of performance are nothing more than mere surplusage for greater certainty. As is often the case, however, in legislative drafting, it creates more ambiguity than certainty, especially when the reasons for introducing such precision have long been forgotten. The words "radio communication" appear to have been introduced in 1931 to avoid endless litigation and to ensure that performance would extend to new technological means.¹⁷

The appellant also contends that, should this Court find that its transmission amounts to a performance, such performance is not a public performance as 97% of all cable television subscribers in Canada are residential subscribers and the transmission is to the private homes of the various subscribers.

I would have thought on a mere common sense basis that when the Prime Minister of Canada addresses the nation, either from his home or his private office, and reaches the citizens in their homes by means of radio and television, he appears in public and performs in public. I would have been content to leave it at that had it not been for early conflicting decisions on this issue.

(Continued from previous page)

or intelligence of any nature by means of electro magnetic waves of frequencies lower than 3 000 GHz propagated in space without artificial guide."

¹⁷ See the earlier case of *Messenger v. British Broadcasting Co.*, [1927] 2 K.B. 543 where the Court had to determine whether an acoustic representation by mechanical instrument included one by wireless telephony.

n'est généralement pas limitative et, dans le contexte, ne saurait certainement pas restreindre l'intention du législateur de régir tous les types de reproduction sonore. Elle précise simplement que la définition vise également les reproductions sonores obtenues grâce à des moyens technologiques. Les termes «à l'aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique», utilisés dans la définition de «représentation», «exécution» ou «audition», ne font rien de plus que d'apporter des précisions supplémentaires afin d'assurer une plus grande certitude. Cependant, comme c'est souvent le cas en rédaction législative, de telles précisions créent davantage d'ambiguïté que de certitude, surtout lorsque les motifs de leur adoption sont depuis longtemps oubliés. Il semble que le terme «radiocommunication» ait été intégré en 1931 afin d'éviter des poursuites interminables et de faire en sorte que la représentation, l'exécution ou l'audition englobe celle obtenue à l'aide des nouveaux moyens technologiques¹⁷.

L'appelante soutient par ailleurs, dans le cas où la Cour conclurait que ses activités de transmission équivalent à une exécution, que celle-ci n'est pas publique puisque, au Canada, quatre-vingt-dix-sept pour cent des abonnements au service de télévision par câble sont résidentiels et que la transmission est acheminée à la résidence privée de chacun des abonnés.

J'aurais été enclin à croire, à partir du simple bon sens, que lorsque, à partir de sa résidence ou de son bureau, le premier ministre du Canada s'adresse aux citoyens, lesquels se trouvent dans leurs demeures, au moyen de la radio ou de la télévision, son allocution est publique et est exécutée en public. Je n'aurais pas demandé mieux que d'en rester là n'eût été de l'existence de jugements antérieurs contradictoires sur le sujet.

(Suite de la page précédente)

sion ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, au moyen d'ondes électromagnétiques de fréquences inférieures à 3 000 GHz transmises dans l'espace sans guide artificiel».

¹⁷ Se reporter au jugement *Messenger v. British Broadcasting Co.*, [1927] 2 K.B. 543, rendu antérieurement, où le tribunal devait déterminer si la reproduction sonore à l'aide de quelque instrument mécanique incluait celle réalisée au moyen de la téléphonie sans fil.

In the case of *Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion, Inc.*,¹⁸ the Court held that radio or television broadcasts do not amount to performances in public when received in private homes. Cameron J. wrote:

Counsel for the plaintiff, however, submits that even if one such "view" in the privacy of the owner's home does not constitute a performance in public, that in cases where a large number of people, each having a terminal unit in his home, performs the work by operating the terminal units, that such would constitute a performance in public. He says that from the point of view of the owner, a large number of such performances would constitute an interference with the owner's right of making copies of his work and might cause him to lose part of his potential market. I am unable to agree with that submission. I cannot see that even a large number of private performances, solely because of their numbers, can become public performances. The character of the individual audiences remains exactly the same; each is private and domestic, and therefore not "in public". Moreover, in telecasting the films, I think the plaintiff desired to have the telecasts seen by as many people as were within range and possessed the necessary receiving equipment in order that they might be informed of its product; so that I do not think that what was done by the defendant in so far as the private homes and apartments are concerned, interfered with his potential market in any way. It was stated and not denied that the films, including the commercial announcements of the plaintiff, were rediffused as a whole.

I find, therefore, that the performances in the homes and apartments of the subscribers of the defendant company were not performances "in public".¹⁹

With respect, I prefer and adopt the contrary views expressed by English,²⁰ Indian²¹ and Australian²² authorities. They are consistent with our Act. They take a realistic view of the impact and effect of technological developments and they are consistent with the plain and usual meaning of the words "in public", that is to say openly, without concealment and to the knowledge of all. In *Messenger v. British Broadcasting Co.*,²³ an opera was played for a few friends in a private studio but was transmitted by wireless telephony to the general public. Called upon to decide

¹⁸ [1954] Ex. C.R. 382.

¹⁹ *Id.*, at p. 408.

²⁰ *Messenger v. British Broadcasting Co.*, [1927] 2 K.B. 543.

²¹ *Garware Plastics and Polyester Ltd. v. M/S Tele-link A.I.R.* 1989 Bombay 331.

²² *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, [1925] V.L.R. 350 (S.C.).

²³ *Supra*, note 20.

Dans *Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion, Inc.*¹⁸, le tribunal a statué que ni la radiodiffusion ni la télédiffusion n'équivalaient à une exécution en public lorsqu'elles étaient captées dans des demeures privées. Le juge Cameron y dit ce qui suit:

[TRADUCTION] L'avocat de la demanderesse prétend toutefois que même si un tel «visionnement» en privé dans la demeure du propriétaire ne constitue pas une exécution en public, lorsqu'un grand nombre de personnes, dotée chacune d'une station terminale, assurent l'exécution de l'œuvre en utilisant les stations terminales, il s'agit d'une exécution en public. Il soutient que, du point de vue du propriétaire, le fait que de telles exécutions soient nombreuses porte atteinte aux droits du propriétaire de tirer des copies de son œuvre et pourrait lui faire perdre une partie du marché potentiel. Je ne puis partager cet avis. Je ne vois pas comment même un grand nombre d'exécutions privées, du seul fait qu'elles soient nombreuses, pourraient devenir des exécutions publiques. Les caractéristiques de l'auditoire demeurent strictement les mêmes, chacun des téléspectateurs se trouvant dans son foyer, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une exécution «en public». De plus, je crois que la demanderesse, en télédiffusant les films, souhaitait que les émissions de télévision soient regardées par le plus de gens possibles qui étaient à sa portée et qui étaient munis du matériel de réception nécessaire, afin que les téléspectateurs soient informés de son produit. Par conséquent, je ne crois pas que ce qu'a fait la défenderesse, en ce qui concerne les maisons et les appartements privés, ait porté atteinte au marché cible de la demanderesse de quelque manière que ce soit. Selon un témoignage qui n'a pas été contredit, les films, y compris les annonces publicitaires de la demanderesse, étaient télédiffusés en bloc.

J'en arrive donc à la conclusion que les exécutions dans les maisons et les appartements des abonnés de la défenderesse n'étaient pas des exécutions «en public».¹⁹

Avec déférence pour l'avis contraire, je partage plutôt le point de vue exprimé par les tribunaux britanniques²⁰, indiens²¹ et australiens²², lequel est compatible avec notre Loi. Ces tribunaux se sont en effet prononcés de manière réaliste quant aux effets de l'essor technologique, et leurs conclusions sont compatibles avec le sens courant de l'expression «en public», c.-à-d. de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous. Dans *Messenger v. British Broadcasting Co.*²³, un opéra avait été présenté à l'intention de quelques amis dans un studio privé,

¹⁸ [1954] R.C.É. 382.

¹⁹ *Id.*, à la p. 408.

²⁰ *Messenger v. British Broadcasting Co.*, [1927] 2 K.B. 543.

²¹ *Garware Plastics and Polyester Ltd. v. M/S Tele-link A.I.R.* 1989 Bombay 331.

²² *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, [1925] V.L.R. 350 (S.C.).

²³ *Supra*, note 20.

whether this amounted to a public performance for the purpose of the English *Copyright Act*, 1911 [1 & 2 Geo. 5, c. 46] whose definition was analogous to ours, McCardie J. wrote:

In my view, however, the defendants, in doing what they did, clearly gave a public performance. Instead of gathering the public into a vast assembly room, they set in motion certain ether waves knowing that millions of receiving instruments in houses and flats were tuned to the waves sent forth, and knowing and intending also that acoustic representation of the opera would thereby be given to an enormous number of listeners. If I did not hold this to be a public performance by the defendants I should fail to recognize the substance and reality of the matter and also the object and intent of the *Copyright Act*.²⁴

In *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, Cussen J. wrote for the Court:

A performance, in our judgment, is no less public because the listeners are unable to communicate with one another or are not assembled within an enclosure or gathered together in some open stadium or park or other public place. Nor can a performance, in our judgment, be deemed private because each listener may be alone in the privacy of his home. Radio-broadcasting is intended and in fact does reach a very much larger number of the public at the moment of the rendition than any other medium of performance.²⁵

This is certainly even truer of a transmission by means of television. I am satisfied that the transmission of non-broadcast services by the appellant to its numerous subscribers, when it relates to musical works, is a performance in public within the meaning of subsection 3(1) of the *Copyright Act*.

Whether the appellant authorizes the performance of musical works

The appellant argues that it does not authorize, sanction or countenance the performance of musical works, but merely supplies the equipment and services which it knows will result in copyright infringement in the course of a use by another person.

²⁴ *Id.*, at pp. 548-549.

²⁵ *Supra*, note 22, at p. 362.

mais il avait été transmis au grand public par radiotéléphonie. Appelé à déterminer s'il s'agissait d'une exécution publique aux fins de la *Copyright Act* britannique, 1911 [1 & 2 Geo. 5, ch. 46], laquelle renfermait une définition analogue à la nôtre, le juge McCardie a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] J'estime toutefois que ce que la partie défenderesse a fait constituait manifestement une exécution publique. Au lieu de rassembler le public dans une grande salle, elle a transmis des signaux tout en sachant que des millions d'auditeurs, dans leurs maisons ou leurs appartements, pouvaient les capter et que la reproduction sonore de l'opéra bénéficierait ainsi d'un auditoire considérable, et c'est d'ailleurs ce qu'elle souhaitait. Conclure qu'il ne s'agit pas là d'une exécution publique par la partie défenderesse serait faire abstraction des éléments essentiels et réels de la question ainsi que de l'objet de la *Copyright Act* et de l'intention du législateur²⁴.

Voici ce que dit le juge Cussen, au nom du tribunal, dans *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*:

[TRADUCTION] Selon nous, une exécution n'est pas moins publique parce que les auditeurs ne peuvent communiquer entre eux ou ne sont pas rassemblés en une même enceinte, non plus que dans un stade, un parc ou un autre lieu public. Nous ne croyons pas non plus qu'une exécution soit réputée privée du seul fait que chaque auditeur puisse se trouver seul dans l'intimité de son foyer. La radiodiffusion vise à atteindre et, dans les faits, atteint une plus grande partie du public, au moment de la prestation, que tout autre moyen de communication²⁵.

Cela est encore plus vrai dans le cas de la transmission au moyen de la télévision. Je suis convaincu que la transmission par l'appelante de services autres que de radiodiffusion à ses nombreux abonnés, pour ce qui est des œuvres musicales, constitue une exécution en public au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

L'appelante autorise-t-elle l'exécution d'œuvres musicales?

L'appelante soutient qu'elle n'autorise pas, n'approuve pas ni ne favorise l'exécution d'œuvres musicales, mais qu'elle fournit simplement le matériel et les services dont elle sait que l'utilisation par une autre personne emportera la violation du droit d'auteur.

²⁴ *Id.*, aux p. 548 et 549.

²⁵ *Supra*, note 22, à la p. 362.

I agree with the learned Trial Division Judge that the situation of the appellant in this case is different from that of the CTV network in the *CAPAC* case.²⁶ The affiliated stations to whom CTV was transmitting were licensed by CAPAC to perform musical works in public and therefore to make use of the copyrights. In addition, CTV was not transmitting its programs directly to the public. It transmitted them to affiliated stations which broadcasted the musical works to the public. In the case at bar, the appellant transmits directly to the public and in my view 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 which violates the *Copyright Act*, 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.

However, if one wants to lay with the subscriber the ultimate responsibility for the materialization of the public performance and therefore the infringement of the copyrights, there is no doubt that, upon a plain or a constructive meaning of the word "authorization", the appellant authorizes such materialization by its customers.²⁷ I think the learned Trial Division judge correctly summarized the state of the law with regard to the appellant's actions when he wrote:

... I believe a cable television system which provides electromagnetic signals to a subscriber, under a contract which clearly

²⁶ *Supra* note 1. See also the decision of this Court in *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115 (C.A.).

²⁷ See *Mellor v. Australian Broadcasting Commission*, [1940] 2 All E.R. 20 (P.C.), at p. 24, where Viscount Maugham wrote for the Privy Council: "Whether the studio performance is public or private, if the persons who are responsible for that performance are also responsible for the broadcasting of the piece, there is no doubt that they have facilitated the performance of the work in public by any listener who is in a position to use a loudspeaker, and thus to perform the piece in public. The question as to the position of the broadcasters in such a case, so far as regards infringement, is answered by the language of sect. 1 (2) of the Act. It is sufficient to show that they have authorised the performance in public of the works, and this will generally be established by proving that listeners with a licence were entitled to tune in their receivers." [My underlining.]

À l'instar du juge de première instance, je suis d'avis que la situation de l'appelante en l'espèce est différente de celle du réseau CTV dans l'affaire *CAPAC*²⁶. Les stations affiliées auxquelles CTV transmettait sa programmation étaient titulaires d'une licence accordée par la CAPAC les autorisant à exécuter les œuvres musicales en public et, par conséquent, à utiliser l'œuvre protégée par le droit d'auteur. De plus, CTV ne transmettait pas sa programmation directement au public. Elle la transmettait à des stations affiliées qui, à leur tour, radio-diffusaient les œuvres musicales à l'intention du public. Dans la présente affaire, l'appelante transmet directement au public et, selon moi, 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 qui contrevient à la *Loi sur le droit d'auteur*, 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.

Cependant, même si l'abonné est l'ultime responsable de la réalisation de l'exécution publique et, par conséquent, de la violation du droit d'auteur, il ne fait aucun doute, suivant le sens littéral du terme «autorisation» ou suivant l'interprétation qu'on en fait, que l'appelante autorise ses clients à faire en sorte que l'exécution se matérialise²⁷. J'estime que le juge de première instance a bien résumé le droit applicable aux actes de l'appelante en disant ce qui suit:

[Lorsqu'une société exploitant un système de télévision par câble fournit à un abonné des signaux électromagnétiques, aux

²⁶ *Supra*, note 1. Se reporter également à la décision de la Cour dans *Réseau de télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.).

²⁷ Se reporter à *Mellor v. Australian Broadcasting Commission*, [1940] 2 All E.R. 20 (P.C.), à la p. 24, où le Vicomte Maugham écrit ce qui suit au nom du Conseil privé: [TRADUCTION] «Que l'exécution en studio soit publique ou privée, lorsque les personnes responsables de cette exécution sont également responsables de la radiodiffusion du morceau, il ne fait aucun doute qu'elles ont facilité l'exécution de l'œuvre, en public, par tout auditeur doté d'un haut-parleur et, par conséquent, en mesure d'assurer l'exécution du morceau en public. La situation du radiodiffuseur, en pareil cas, pour ce qui est de la violation, est prévue au paragraphe 1(2) de la Loi. Il suffit d'établir qu'il a «autorisé» l'exécution des œuvres en public, c.-à-d., en général, en prouvant que les auditeurs titulaires d'une licence pouvaient brancher leurs récepteurs». [C'est moi qui souligne.]

contemplates that the sole use of the cable company's service is to be the production of audible and visual messages from the subscriber's television set connected to that cable, must be taken to have authorized that ultimate performance.²⁸

Conclusion

Having found that the appellant performs or authorizes the performance of musical works in public and, therefore, that there is a statutory basis for the proposed Tariff No. 17, I would dismiss the appeal with costs.

HEALD J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

termes d'un contrat qui prévoit clairement que la prestation de la compagnie consiste uniquement à faire produire par le téléviseur de l'abonné, téléviseur relié au câble, des messages sonores et visuels, cette société est censé[e] avoir autorisé cette dernière exécution²⁸.

a

Conclusion

Ayant conclu que l'appelante exécute des œuvres musicales en public ou autorise une telle exécution et, par conséquent, que le tarif n° 17 est conforme à la loi, je rejetterais l'appel avec dépens.

b

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

c

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

²⁸ *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521, at p. 541.

²⁸ *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521, à la p. 541.