

A-340-90  
**Performing Rights Organization of Canada Limited and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited (Appellants)**  
*(Respondents)*

v.

**CTV Television Network Ltd. (Respondent)**  
*(Applicant)*

and

**The Copyright Board (Respondent)** *(Respondent)*

*INDEXED AS: CTV TELEVISION NETWORK LTD. v. CANADA (COPYRIGHT BOARD) (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Desjardins and Létourneau J.J.A.—Toronto, December 7, 8, 9 and 10, 1992; Ottawa, January 5, 1993.

*Copyright — Appeal from Trial Division decision prohibiting Copyright Board from proceeding with adoption of tariff covering royalties to be paid to performing rights societies — Jurisdiction of Board at issue — Whether proposed tariff applicable to CTV's distribution network under Copyright Act, s. 3(1)(f) as amended — Meaning of "musical work" — Amendments to Copyright Act not intended to overcome case law and subject entertainment programming networks to payment of royalties — CTV communicating performance of musical works, not musical works — Not performing musical works in public under s. 3(1)(f) — No legal basis for appellants to file statement of royalties.*

*Telecommunications — Copyright Act, s. 3(1)(f) amended to replace "by radio communication" with "by telecommunication" — Whether CTV communicates musical works to public by telecommunication within meaning of s. 3(1)(f) — "Musical work" not including "composition with or without words" — Meaning of "musical work" established by case law unchanged by amendments to legislation — CTV communicating "performance of musical works", not "musical works" — Not performing musical works in public when transmitting entertainment programming to affiliated stations.*

This was an appeal from a decision of the Trial Division prohibiting the Copyright Board from proceeding with the adoption of a tariff which would authorize the appellants, as performing rights societies, to claim royalties from commercial television networks under the *Copyright Act*; there was also a cross-appeal by the Board as to its jurisdiction to deal with the

A-340-90  
**Société de droits d'exécution du Canada Limitée et Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada, Limitée (appellantes)** *(intimées)*

a

c.

**Réseau de Télévision CTV Ltée (intimée)**  
*b (requérante)*

et

**Commission du droit d'auteur (intimée)** *(intimée)*

*RÉPERTORIÉ: RÉSEAU DE TÉLÉVISION CTV LTÉE c. CANADA (COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR) (C.A.)*

Cour d'appel, juges Heald, Desjardins et Létourneau, J.C.A.—Toronto, 7, 8, 9 et 10 décembre 1992; Ottawa, 5 janvier 1993.

*Droit d'auteur — Appel interjeté d'une décision de la Section de première instance interdisant à la Commission du droit d'auteur de faire toute autre démarche à l'égard de l'adoption d'un tarif prévoyant le versement de droits à des sociétés de droits d'exécution — La compétence de la Commission est en cause — Le projet de tarif est-il applicable au réseau de distribution de CTV en vertu de l'art. 3(1)f) de la Loi sur le droit d'auteur, modifié? — Sens d'«œuvre musicale» — Les modifications apportées à la Loi sur le droit d'auteur ne visaient pas à contourner la jurisprudence ni à assujettir les réseaux de programmation de divertissement au versement de droits — CTV communique l'exécution d'œuvres musicales et non des œuvres musicales — Elle n'exécute pas des œuvres musicales en public au sens de l'art. 3(1)f) — Les appellantes n'ont aucun fondement juridique pour déposer un projet de tarif.*

*Télécommunications — L'art. 3(1)f) de la Loi sur le droit d'auteur a été modifié de façon à substituer à l'expression «au moyen de la radiophonie» celle de «par télécommunication» — CTV communique-t-elle au public, par télécommunication, une œuvre musicale au sens de l'art. 3(1)f)? — «Œuvre musicale» ne comprend pas «composition musicale avec ou sans paroles» — Le sens de l'expression «œuvre musicale» établi par la jurisprudence n'a pas été modifié par les modifications apportées à la Loi — CTV communique «l'exécution d'œuvres musicales» et non des «œuvres musicales» — Elle n'exécute pas des œuvres musicales en public lorsqu'elle transmet sa programmation de divertissement à ses stations affiliées.*

Il s'agit d'un appel interjeté d'une décision de la Section de première instance interdisant à la Commission du droit d'auteur de faire toute autre démarche à l'égard de l'adoption d'un tarif qui autoriserait les appellantes, en leur qualité de sociétés de droits d'exécution, à exiger des réseaux de télévision privés le versement de droits sous le régime de la *Loi sur le droit*

proposed tariff and legal issues relating to it. The respondent CTV is a privately owned network which provides entertainment programming to its affiliated stations across Canada. In 1968, the Supreme Court of Canada held in the *CAPAC* case that paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act*, as it was then written, did not provide copyright protection for musical works with respect to CTV's network transmissions. In 1988, that paragraph was amended to replace the words "by radio communication" with "to the public by telecommunication". The issues in this appeal were 1) whether the Board had the capacity to consider Tariff 2.A.2 submitted by the appellants and to decide jurisdictional questions and questions of law and 2) whether the performing rights in musical works administered by the appellants are protected under the *Copyright Act* in respect of CTV's distribution network and therefore could provide a statutory foundation for Tariff 2.A.2.

*Held*, the appeal and the cross-appeal should be dismissed.

1) The Copyright Board possesses the incidental powers necessary to the exercise of its function which consists in fixing the rates that the performing rights societies can charge. This may entail deciding preliminary or collateral issues and questions of fact or of law. The powers of any administrative tribunal must be stated in its enabling statute but may also exist by necessary implication from the wording of the act, its structure and purpose. Courts must avoid sterilizing the powers of regulatory authorities through overly technical interpretations of enabling statutes. The Copyright Board can make an initial determination of the facts and the law as to whether the proposed statement of royalties is within the terms of the Act. On an application for prohibition, a court should be loath to prevent the Board from making the initial determination on matters incidental to its jurisdiction and to frustrate Parliament's intention in establishing a regulating body.

2) 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. In the *CAPAC* case, the Supreme Court of Canada ruled that CTV, by transmitting its entertainment programming to its affiliate stations, communicated not a "musical work" as defined in the Act but "a performance of the work". In an attempt to distinguish the *CAPAC* case, the appellants sought to extend the meaning of "musical work" and submitted that the words "musical work" and "musical composition" can be used interchangeably. That proposition defies the 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 the words "every original literary, dramatic, musical and artistic work" in section 2 of the Act makes

*d'auteur*; un appel incident est également interjeté par la Commission en ce qui a trait à l'étendue de sa compétence pour traiter du projet de tarif et des questions de droit connexes. L'intimée CTV est un réseau privé de télédiffusion qui fournit des émissions de divertissement à ses stations affiliées situées un peu partout au Canada. En 1968, dans l'arrêt *CAPAC*, la Cour suprême du Canada a conclu que l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*, dans sa version alors en vigueur, n'accordait pas la protection du droit d'auteur à des œuvres musicales visées par les transmissions du réseau de CTV. En 1988, cet alinéa a été modifié et les mots «au moyen de la radiophonie» furent remplacés par «au public, par télécommunication». Il s'agit en l'espèce de déterminer 1) si la Commission est habilitée à examiner le projet de tarif 2.A.2 présenté par les appelantes et à trancher des questions de compétence et des questions de droit, et 2) si les droits d'exécution d'œuvres musicales gérés par les appelantes sont protégés en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* en ce qui a trait au réseau de distribution de CTV et, partant, s'ils pourraient constituer un fondement législatif pour le tarif 2.A.2.

*Arrêt*: l'appel et l'appel incident doivent être rejetés.

1) La Commission du droit d'auteur possède les pouvoirs connexes qui sont nécessaires à l'exercice de sa fonction, qui consiste à établir les tarifs que les sociétés de droits d'exécution peuvent imposer. Cette fonction peut impliquer le règlement de questions préliminaires ou connexes et de questions de fait ou de droit. Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Les tribunaux doivent éviter de rendre stériles les pouvoirs des organismes de réglementation en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste. La Commission du droit d'auteur peut rendre une décision initiale sur les faits et le droit quant à la question de savoir si le projet de tarif est conforme aux dispositions de la Loi. Tout tribunal saisi d'une demande de bref de prohibition devrait être réticent à empêcher la Commission de trancher initialement des questions accessoires à sa compétence, et à contrecarrer l'intention du législateur lorsqu'il a constitué un organisme de réglementation.

2) Dans le cas d'une œuvre musicale, littéraire, dramatique ou artistique, l'expression «droit d'auteur» désigne, 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. Dans l'arrêt *CAPAC*, la Cour suprême du Canada a conclu que CTV, en transmettant sa programmation de divertissement à ses stations affiliées, n'a pas communiqué une «œuvre musicale» au sens de la Loi, mais a plutôt communiqué «une exécution de l'œuvre». Dans une tentative pour établir une distinction avec l'arrêt *CAPAC*, les appelantes ont cherché à élargir le sens d'«œuvre musicale» et ont fait valoir que les expressions «œuvre musicale» et «composition musicale» peuvent être employées indifféremment. Cette prétention 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

it obvious that “musical work” is not meant to include “composition with or without words” as the legislator opposes the two notions in that definition. As the definitions of “musical works” and “performance” have remained unchanged, the Court was bound by the decision of the Supreme Court in *CAPAC* that paragraph 3(1)(f) covers the communication of musical works to the public, not the communication of the performance of musical works; that paragraph should have been amended accordingly in order to cover the acts of CTV. The amendments to paragraph 3(1)(f) were not intended to reverse the decision of the Supreme Court and to subject entertainment programming networks to the payment of royalties; they were enacted to implement the *Free Trade Agreement* with respect to the retransmission of local or distant signals that carry a literary, dramatic, musical or artistic work. CTV is not a retransmitter within the meaning of the *Copyright Act* and therefore is not affected by these amendments. Paragraph 3(1)(f) does not apply to CTV’s network as the latter does not communicate musical works *per se*; rather, it communicates the performance of musical works.

CTV is not performing musical works in public when it transmits its entertainment programming to its affiliated stations. That question of the public or private nature of CTV’s action was before the Supreme Court in the *CAPAC* case where the transmission was held to be private, not public. The factual and legal situation has not changed since that decision and the fact that transmission by electrical signals or data streams has replaced transmission by microwaves does not change the private character of such transmission. CTV does not broadcast to the public when it transmits its programming to its affiliated stations as such transmission does not meet the definition of broadcasting in the *Broadcasting Act*. CTV, through its programming activities and its distribution network, facilitates the work of the affiliated stations but does not authorize it. The authorization given to its affiliated stations to broadcast musical works comes from the appellants themselves. The appellants had no legal basis, statutory or otherwise, to file a statement of royalties that applies to CTV’s entertainment programming network.

#### 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. *i*  
*Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, s. 2.  
*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. 61-65. *j*  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

l’interprétation des lois. Il ressort de la définition de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale» donnée à l’article 2 de la Loi que «l’œuvre musicale» ne comprend pas une «composition musicale avec ou sans paroles» puisque le législateur y oppose les deux notions l’une à l’autre. *a*  
 Comme la définition des expressions «œuvre musicale» et «représentation», «exécution» et «audition» n’a pas changé, la Cour est liée par l’arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *CAPAC*, qui porte que l’alinéa 3(1)f) vise la communication au public d’une œuvre musicale, non la communication de l’exécution d’une œuvre musicale; cet alinéa aurait dû être modifié de manière à englober les actes de CTV. Les modifications apportées à l’alinéa 3(1)f) ne visaient pas à renverser la décision de la Cour suprême du Canada et à assujettir les réseaux de programmation de divertissement au versement de droits. Elles ont été adoptées aux fins de la mise en œuvre de l’*Accord de libre-échange* en ce qui a trait à la retransmission de signaux locaux ou éloignés porteurs d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. CTV n’est pas un retransmetteur au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* et n’est donc pas visée par ces modifications. L’alinéa 3(1)f) ne s’applique pas au réseau de CTV parce que cette dernière ne communique pas des œuvres musicales en elles-mêmes; elle communique plutôt l’exécution d’œuvres musicales. *b*  
*c*  
*d*

CTV n’exécute pas des œuvres musicales en public lorsqu’elle transmet sa programmation de divertissement à ses stations affiliées. Cette même question de la nature publique ou privée de l’action de CTV a été examinée par la Cour suprême dans l’arrêt *CAPAC* et la Cour a conclu que la transmission était privée et non publique. La situation factuelle et juridique n’a pas changé depuis cette décision et le fait que la transmission par des signaux électriques ou par des flots de données a remplacé la transmission par micro-ondes ne change rien au caractère privé de cette transmission. CTV ne diffuse pas au public lorsqu’elle transmet sa programmation à ses stations affiliées puisque cette transmission ne correspond pas à la définition du terme radiodiffusion figurant dans la *Loi sur la radiodiffusion*. CTV, par ses activités de programmation et son réseau de distribution, facilite le travail des stations affiliées, mais elle ne l’autorise pas. L’autorisation donnée aux stations affiliées de radiodiffuser des œuvres musicales provient des appelantes elles-mêmes. Les appelantes ne disposent d’aucun fondement juridique, législatif ou autre, pour déposer un projet de tarif applicable au réseau de programmation de divertissement de CTV. *e*  
*f*  
*g*  
*h*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de libre-échange*, L.C. 1988, ch. 65, Annexe, Partie A, Art. 2006(2)(a).  
*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].  
*Convention de Rome sur le droit d’auteur 1928*, L.R.C. (1985), ch. C-42, Annexe III, Art. 11(bis).

- 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- Copyright Act*, R.S.C. 1952, c. 55, ss. 3(1)(f), 49.1 (as enacted by S.C. 1988, c. 15, s. 12), 50, 50.1 to 50.4 (as enacted *idem*, s. 14).
- 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), 3 (1.4) (as enacted *idem*), 5, 28, 66.52 (as am. *idem*, s. 64), 67 to 67.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 10, s. 12), 70.1-70.2 (as enacted *idem*, s. 16), 70.61 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65 ).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(1)(j) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).
- Free Trade Agreement*, S.C. 1988, c. 65, Schedule, Part A, Art. 2006(2)(a).
- Integrated Circuit Topography Act*, S.C. 1990, c. 37, s. 33.
- Rome Copyright Convention, 1928*, R.S.C., 1985, c. C-42, Schedule III, Art. 11 (*bis*).
- Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 à 65.
- 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 modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant les modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, ch. 15, art. 1.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28(1)(j) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).
- Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 2.
- 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), 3(1.4) (édicte, *idem*), 5, 28, 66.52 (mod., *idem*, art. 64), 67 à 67.3 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12), 70.1 et 70.2 (édicte, *idem*, art. 16), 70.61 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 65).
- Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1952, ch. 55, art. 3(1)(f), 49.1 (édicte par L.C. 1988, ch. 15, art. 12), 50, 50.1 à 50.4 (édicte, *idem*, art. 14).
- Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.C. 1990, ch. 37, art. 33.

## 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.

## APPLIED:

*Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*, [1980] 2 F.C. 259; (1979), 46 C.P.R. (2d) 63; 36 N.R. 572 (C.A.); *FWS Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board)*, [1992] 1 F.C. 487; (1991), 81 D.L.R. (4th) 412; 36 C.P.R. (3d) 483; 129 N.R. 289 (C.A.); *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 97 N.R. 15; *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521; 41 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296 (C.A.); *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, A-329-90, Létourneau J.A., judgment dated 5/1/93, F.C.A., not yet reported.

## 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.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Posen c. Le ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*, [1980] 2 C.F. 259; (1979), 46 C.P.R. (2d) 63; 36 N.R. 572 (C.A.); *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1992] 1 C.F. 487; (1991), 81 D.L.R. (4th) 412; 36 C.P.R. (3d) 483; 129 N.R. 289 (C.A.); *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 97 N.R. 15; *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521; 41 F.T.R. 1, (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES

*Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296 (C.A.); *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *Société de droits d'exécution du Canada Ltée c. Réseau de télévision CTV Ltée*, A-329-90, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 5-1-93, C.A.F., encore inédit.

## 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 ([1990] 3 F.C. 489; (1990), 30 C.P.R. (3d) 262; 34 F.T.R. 142 (T.D.)) prohibiting the Copyright Board from proceeding with the adoption of Tariff 2.A.2 relating to royalties claimed by appellants under the *Copyright Act*; cross-appeal by the Board as to its jurisdiction to deal with the proposed tariff and legal issues relating to it. Appeal and cross-appeal dismissed.

## COUNSEL:

*Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon and Gilles Marc Daigle* for appellants (respondents). *Gordon J. Zimmerman and Gayle Pinheiro* for respondent (applicant) CTV Television Network Ltd.

*Mario Bouchard* for respondent (respondent) Copyright Board.

## SOLICITORS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for appellants (respondents).

*Borden & Elliot*, Toronto, for respondent (applicant) CTV Television Network Ltd.

*Legal Services, Copyright Board*, Ottawa, for respondent (respondent) Copyright Board.

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

LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal from a decision of the Trial Division [[1990] 3 F.C. 489] prohibiting the Copyright Board (the Board) from taking further proceedings with respect to the adoption of appellants' Tariff 2.A.2 applicable to commercial television networks and relating to royalties to be paid under the *Copyright Act* [R.S.C., 1985, c. C-42] to performing rights societies.

## DOCTRINE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 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 ([1990] 3 C.F. 489; (1990), 30 C.P.R. (3d) 262; 34 F.T.R. 142 (1<sup>re</sup> inst.)) interdisant à la Commission du droit d'auteur de faire toute autre démarche à l'égard de l'adoption du Tarif 2.A.2 relatif aux droits revendiqués par les appelantes sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*; appel incident interjeté par la Commission en ce qui a trait à l'étendue de sa compétence pour traiter du projet de tarif et des questions de droit connexes. Appel et appel incident rejetés.

## AVOCATS:

*Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon et Gilles Marc Daigle* pour les appelantes (intimées).

*Gordon J. Zimmerman et Gayle Pinheiro* pour le Réseau de Télévision CTV Ltée, intimée (requérante).

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

## PROCUREURS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour les appelantes (intimées).

*Borden & Elliot*, Toronto, pour le Réseau de Télévision CTV Ltée, intimée (requérante).

*Contentieux, Commission du droit d'auteur*, Ottawa, pour la Commission du droit d'auteur, intimée (intimée).

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté d'une décision de la Section de première instance [[1990] 3 C.F. 489] interdisant à la Commission du droit d'auteur (la Commission) de faire toute autre démarche à l'égard de l'adoption du tarif 2.A.2 des appelantes applicable aux réseaux de télévision privés et prévoyant le versement de droits aux sociétés de droits d'exécution sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur* [L.R.C. (1985), ch. C-42].

It also involves a cross-appeal by the Board on the scope of its jurisdiction to deal with the proposed tariff and legal issues relating to it.

Un appel incident est également interjeté par la Commission en ce qui a trait à l'étendue de sa compétence pour traiter du projet de tarif et des questions de droit connexes.

### The Facts

The appellant 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 Board.

### Les faits

Les sociétés appelantes, la Société de droits d'exécution du Canada Limitée (SDE) et l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada, Limitée (CAPAC), sont des sociétés de droits d'exécution 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 à des projets de tarifs homologués par la Commission.

The respondent, the CTV Television Network Ltd. (CTV), is a privately owned network which, among other things, provides entertainment programming to its affiliated stations across Canada.

L'intimée, le Réseau de Télévision CTV Ltée (CTV), est un réseau privé de télédiffusion qui fournit notamment des émissions de divertissement à ses stations affiliées situées un peu partout au Canada.

Indeed, the respondent CTV, which describes itself as a "programming cooperative", distributes programming to its affiliated stations via satellite. The receiving stations then communicate the programs to the public from local broadcasting transmitters.

En fait, l'intimée CTV, qui se décrit comme une [TRADUCTION] «coopérative de programmation», distribue des émissions à ses stations affiliées au moyen de communications par satellite. Les stations réceptrices communiquent ensuite les émissions au public grâce à des transmetteurs de radiodiffusion.

Under the terms of the agreement between CTV and its affiliated stations, total programming time is divided between "Network Sales Time" (when the affiliates must carry programs as scheduled by the network) and "Affiliate Sales Time" (in which the affiliates run programs of their own choosing). Generally, advertising revenues generated during Network Sales Time are retained by CTV; those generated during Affiliate Sales Time are retained by the affiliate. Affiliates also receive some proportion of the Network Sales Time revenues.<sup>1</sup>

Aux termes des ententes conclues entre CTV et ses stations affiliées, le temps total de programmation est divisé entre le [TRADUCTION] «temps d'antenne du réseau» (temps où les stations affiliées doivent diffuser les émissions établies par le réseau) et le [TRADUCTION] «temps d'antenne des stations affiliées» (temps où les stations affiliées diffusent les émissions à leur gré). En général, les revenus de publicité obtenus durant le temps d'antenne du réseau appartiennent à CTV, tandis que ceux qui sont obtenus durant le temps d'antenne des stations affiliées appartiennent aux stations. Les stations affiliées reçoivent aussi une partie des revenus tirés du temps d'antenne du réseau<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> The respondent CTV refers to this proportion as the "profits" derived from "Network Sales Time" revenues. The appellants point out that the proportion allotted to the affiliates declined from 16.8% of NST revenues in 1988 to 1.4% of NST revenues in 1989.

<sup>1</sup> Pour désigner cette partie, l'intimée CTV parle de «profits» tirés des revenus du «temps d'antenne du réseau». Les appelantes soulignent que la partie attribuée aux stations affiliées est passée de 16,8 % des revenus TVR en 1988 à 1,4 % en 1989.

Affiliated stations pay royalties to the performing societies based on a percentage (2.1%) of the gross advertising revenues of each station. According to the appellants, in 1963, the Board approved a royalty, similar to that proposed here, that attached to Network Sales Time revenues. However, in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.* ["CAPAC"], [1968] S.C.R. 676, the Supreme Court of Canada interpreted paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act*,<sup>2</sup> as it was then written [R.S.C. 1952, c. 55], so as not to provide copyright protection for musical works with respect to CTV's network transmissions. Thus, CTV's network advertising revenues have historically escaped the application of royalties.

In 1988, paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* was amended to replace the phrase "to communicate the work by radio communication" with "to communicate the work to the public by telecommunication".<sup>3</sup>

On this basis, pursuant to the then section 49.1 (as enacted by S.C. 1988, c. 15, s. 12) (now sections 67 to 67.3 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12]) of the *Copyright Act*, the Societies filed new proposed Tariffs 2.A.1. (pertaining to television stations) and 2.A.2 (pertaining to television networks) with the Board in September 1989. As required by this legislation, the proposed Tariffs (which were to take effect January 1, 1990) were published in the *Canada Gazette* on September 30, 1989 [123 *Canada Gazette, Part 1, Supplement* (September 30, 1989)].

Respondent CTV filed formal objections to the proposal with the Board on October 27, 1989. Then, on November 16, 1989, it filed an originating notice of motion in the Federal Court seeking the writ of prohibition which is the subject of the present appeal.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. C-42.

<sup>3</sup> *Canada—United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, s. 62(1).

Les stations affiliées versent aux sociétés de droits d'exécution des droits établis en vertu d'un pourcentage (2,1 %) des revenus de publicité bruts de chaque station. Selon les appelantes, la Commission a, en 1963, homologué un tarif semblable à celui du projet visé en l'espèce, qui s'appliquait aux revenus tirés du temps d'antenne du réseau. Toutefois, dans l'arrêt *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.* [«CAPAC»], [1968] R.C.S. 676, la Cour suprême du Canada a donné à l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>2</sup>, dans sa version alors en vigueur [S.R.C. 1952, ch. 55], une interprétation portant qu'il n'accordait pas la protection du droit d'auteur à des œuvres musicales visées par les transmissions du réseau de CTV. C'est ainsi que les revenus de publicité du réseau de CTV ont historiquement échappé à l'assujettissement à des droits.

En 1988, l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* a été modifié et les mots «de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie» furent remplacés par «de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre»<sup>3</sup>.

À la faveur de cette modification et sous le régime de l'article 49.1 [édicte par L.C. 1988, ch. 15, art. 12] (maintenant les articles 67 à 67.3 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12]) de la *Loi sur le droit d'auteur*, les sociétés ont, en septembre 1989, déposé à la Commission de nouveaux projets de tarifs, à savoir le projet de tarif 2.A.1 (applicable aux stations de télévision) et le projet de tarif 2.A.2 (applicable aux réseaux de télévision). Conformément à la Loi, les projets de tarifs (qui devaient entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1990) furent publiés dans la *Gazette du Canada* le 30 septembre 1989 [123 *Gazette du Canada, Partie 1, supplément* (30 septembre 1989)].

L'intimée CTV a déposé à la Commission des oppositions formelles aux projets de tarifs le 27 octobre 1989. Le 16 novembre 1989, elle a déposé devant la Cour fédérale un avis de requête introductif d'instance par lequel elle demandait un bref de prohibition, point qui fait l'objet du présent appel.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. C-42.

<sup>3</sup> *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 62(1).

I might add that, in response to the issuing of the writ, on November 24, 1989, the Societies made an additional and alternative filing of the proposed Tariffs under sections 50.1 to 50.4 [as enacted by S.C. 1988, c. 15, s. 14] (now sections 70.1 to 70.2 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 16]) of the Act. Respondent CTV filed another notice of motion on December 18, 1989 again seeking to prohibit the Board from further considering the Tariff 2.A.2 application based on section 50 (now section 70) of the Act. The Trial Judge's order regarding this motion was released on April 12, 1990 and is the subject of an appeal in file A-329-90 [*Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, Létourneau J.A., judgment dated 5/1/93, not yet reported].

### The Substantive Issues

The appeal primarily involves a determination of the Board's capacity to consider Tariff 2.A.2 submitted by the appellants along with its capacity to decide jurisdictional questions and questions of law. At the core of the debate also lies the question as to whether the performing rights in musical works administered by the appellants are protected under the *Copyright Act* in respect of CTV's distribution network and therefore could provide a statutory foundation for Tariff 2.A.2. A number of arguments were raised in support and against the proposal that they are so protected. An assessment of these arguments would involve a reconsideration of the decision of the Supreme Court of Canada in the *CAPAC* case. Both the appellants and respondent CTV have urged us to decide the core issue and not simply that relating to the Board's capacity to deal with it.

### The power of the Copyright Board to decide legal and jurisdictional questions

On this matter, counsel for the respondent CTV initially took a very restrictive view of the Board's jurisdiction and powers and submitted that the Board

Il y lieu d'ajouter qu'en réponse à la requête visant l'obtention d'un bref de prohibition, les sociétés ont, le 24 novembre 1989, procédé à un nouveau dépôt des projets de tarifs sous le régime des articles 50.1 à 50.4 [édictees par L.C. 1988, ch. 15, art. 14] (maintenant les articles 70.1 à 70.2 [édictees par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 16]) de la Loi. L'intimée CTV a déposé le 18 décembre 1989 un nouvel avis de requête par lequel elle demandait de nouveau qu'on interdise à la Commission d'examiner plus avant la demande d'homologation du projet de tarif 2.A.2 sous le régime de l'article 50 (maintenant l'article 70) de la Loi. L'ordonnance prononcée par le juge de première instance à l'égard de cette requête a été rendue le 12 avril 1990 et elle fait l'objet d'un appel interjeté sous le numéro du greffe A-329-90 [*Société de droit d'exécution du Canada Ltée c. Réseau de télévision CTV Ltée*, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 5-1-93, encore inédit].

### Questions de fond

Le présent appel porte essentiellement sur la question de déterminer si la Commission est habilitée à examiner le projet de tarif 2.A.2 présenté par les appelantes et à trancher des questions de compétence et des questions de droit. Au cœur du différend se trouve aussi la question de savoir si les droits d'exécution d'œuvres musicales gérés par les appelantes sont protégés en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* en ce qui a trait au réseau de distribution de CTV et, partant, s'ils pourraient constituer un fondement législatif pour le tarif 2.A.2. Nombre d'arguments ont été invoqués à l'appui comme à l'encontre de la prétention selon laquelle ils bénéficient de cette protection. L'examen de ces arguments implique un réexamen de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *CAPAC*. Les appelantes comme l'intimée CTV ont demandé à la Cour de trancher la question de fond et de ne pas se limiter à la seule question de la compétence de la Commission pour en traiter.

### Le pouvoir de la Commission du droit d'auteur de trancher des questions de droit et de compétence

Sur cette question, l'avocat de l'intimée CTV a d'abord adopté un point de vue très restrictif de la compétence et des pouvoirs de la Commission et pré-

has no authority to decide legal or jurisdictional questions. I say initially because, in my view rightly so, he made a number of important concessions pursuant to the very able and objective submissions made by Mr. Bouchard on behalf of the Board.

Mr. Bouchard submitted that the Board, in order to be functional, must have the power to initially, though not conclusively, decide questions of law and jurisdiction. If the Board is limited to deciding questions of fact as counsel for the respondent CTV originally proposed, Mr. Bouchard said, one would end up in a ludicrous situation as the Board would have the power to adjudicate on questions of fact, but not on questions of law or of mixed fact and law. However, he adds, the very question of determining whether a matter is a question of fact or of law or a question of a mixed law and fact is itself a question of law on which the Board could not adjudicate. Any debate on the issue would have to be settled before the courts and the Board would simply be paralyzed.

The parties have cited us numerous decisions and authorities on a Board's capacity to decide Charter [Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], jurisdictional and legal issues. It is fair to say that there have been fluctuations over the years and I am not sure there is any point in trying to reconcile the sometimes conflicting views on the matter.

I am satisfied that the Board cannot have a jurisdiction as limited as counsel for the respondent CTV initially put it. Nor is the Board's jurisdiction unlimited. I firmly believe that the Board possesses the incidental powers which are necessary and inexorably linked to the exercise of its function which is of fixing the rates which the performing rights societies can charge. This may entail deciding preliminary or collateral issues and questions of fact or of law.

tendu que celle-ci n'est pas habilitée à trancher des questions de droit ou de compétence. Je dis d'abord parce que, à bon droit selon moi, il a fait un certain nombre de concessions importantes après la présentation par M<sup>e</sup> Bouchard, pour le compte de la Commission, d'arguments très judicieux et objectifs.

M<sup>e</sup> Bouchard a fait valoir que pour pouvoir fonctionner, la Commission doit avoir le pouvoir de trancher au départ, bien que de façon provisoire, des questions de droit et de compétence. Selon M<sup>e</sup> Bouchard, si la Commission était confinée aux seules questions de fait, comme le prétendait d'entrée de jeu l'avocat de l'intimée CTV, on se trouverait dans une situation ridicule puisque la Commission aurait le pouvoir de trancher des questions de fait, mais non des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait. Et M<sup>e</sup> Bouchard d'ajouter que la question même de décider si un point en litige est une question de fait, une question de droit ou une question mixte de droit et de fait est en soi une question de droit que la Commission ne serait pas habilitée à trancher. Tout différend sur ce point devrait être porté devant les tribunaux, ce qui entraînerait pratiquement la paralysie de la Commission.

Les parties ont cité nombre de décisions et d'auteurs sur la question de la compétence de la Commission pour trancher des questions d'application de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44]], de compétence et de droit. Il est juste de reconnaître l'existence de fluctuations au cours des ans et je ne crois pas qu'il soit utile de tenter d'harmoniser les opinions parfois contraires qui ont été exprimées en cette matière.

Je suis convaincu que la Commission ne peut avoir une compétence aussi limitée comme l'a prétendu au départ l'avocat de l'intimée CTV. En revanche, elle n'a pas non plus une compétence illimitée. Je crois fermement que la Commission possède les pouvoirs connexes qui sont nécessairement et inexorablement liés à l'exercice de sa fonction, qui consiste à établir les tarifs que les sociétés de droits d'exécution peuvent imposer. Cette fonction peut impliquer le règle-

This finding is consistent with the decisions of this Court in *Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*<sup>4</sup> and in *FWS Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board)*.<sup>5</sup> In this latter case, my colleague Linden J.A., in relating to the Copyright Board's power to decide questions of contractual rights, wrote for the Court:

... it is clear that the Board must do so, at least in a preliminary way, as a necessary incident to the exercise of its jurisdiction. It cannot value a right unless it exists. The Board's conclusion as to legal rights may not bind everyone for all time, but it cannot perform its mandate without making a legal determination about these rights. It may be different, however, where all that the Board is asked to do is to determine the rights of the parties (see *Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*, [1980] 2 F.C. 259 (C.A.)).<sup>6</sup>

It is also consistent with what Gonthier J., of the Supreme Court of Canada, said in the *Bell Canada* case:

The powers of any administrative tribunal must of course be stated in its enabling statute but they may also exist by necessary implication from the wording of the act, its structure and its purpose. Although courts must refrain from unduly broadening the powers of such regulatory authorities through judicial law-making, they must also avoid sterilizing these powers through overly technical interpretations of enabling statutes.<sup>7</sup>

It is not necessary in this case to review all the powers of the Board under the Act. Suffice it for me to say that the Board has under section 67 of the Act, in exercising its rate fixing function, the power to make an initial determination as to whether or not the party filing a proposed statement of royalties is entitled to do so, whether or not it is in relation to musical works, i.e., works protected under the Act, and

<sup>4</sup> [1980] 2 F.C. 259 (C.A.). See also *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.), at pp. 659-660.

<sup>5</sup> [1992] 1 F.C. 487 (C.A.).

<sup>6</sup> *Id.*, at p. 494.

<sup>7</sup> *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1756.

ment de questions préliminaires ou complexes et de questions de fait ou de droit.

Cette conclusion s'harmonise avec les arrêts de notre Cour dans les affaires *Posen c. Le ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*<sup>4</sup> et *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur)*<sup>5</sup>. Dans cette dernière affaire, mon collègue le juge Linden, J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour au sujet du pouvoir de la Commission du droit d'auteur de trancher des questions de droits contractuels, a écrit:

Quant à savoir si la Commission peut trancher des questions portant sur des droits contractuels, il est évident que la Commission doit forcément le faire, du moins au préalable, dans l'exercice de sa compétence. On ne peut évaluer un droit à moins qu'il n'existe. Il se peut que la conclusion de la Commission relativement aux garanties juridiques ne lie pas tout le monde pour toujours, mais elle ne peut remplir sa mission sans rendre une décision juridique au sujet de ces droits. Ce peut être différent, toutefois, lorsque tout ce qu'on demande à la Commission est de déterminer les droits des parties (voir *Posen c. Le ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*, [1980] 2 C.F. 259 (C.A.)).<sup>6</sup>

Cela est aussi conforme à l'opinion exprimée par le juge Gonthier de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Bell Canada*:

Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Bien que les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste.<sup>7</sup>

Il n'est pas nécessaire en l'espèce de procéder à l'examen de tous les pouvoirs conférés à la Commission en vertu de la Loi. Qu'il me suffise de dire qu'aux termes de l'article 67 de la Loi, la Commission a, dans l'exercice de sa fonction d'établissement des tarifs applicables, le pouvoir de décider initialement si la partie qui a déposé un projet de tarif a ou non le droit de le faire, si ces droits portent ou non

<sup>4</sup> [1980] 2 C.F. 259 (C.A.). Voir aussi *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.), aux p. 659 et 660.

<sup>5</sup> [1992] 1 C.F. 487 (C.A.).

<sup>6</sup> *Id.*, à la p. 494.

<sup>7</sup> *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1756.

whether or not it is for the grant of licences for the performance of protected works in Canada. To use the words of Strayer J. in *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*,<sup>8</sup> the Board can make an initial determination of the facts and the law as to whether the proposed statement of royalties is within the terms of the Act.

Otherwise, the Board would have to publish in the *Canada Gazette*, as required by section 67.1, a statement of royalties which it knows has no legal foundation as it comes from unauthorized persons and relates to unprotected works. What, then, is the purpose of having a Board if it cannot determine these necessary incidents to its jurisdiction?

This is not to say that the Board's decisions on these matters should not be reviewable by the courts. Indeed, judicial review is available pursuant to section 28 of the *Federal Court Act*.<sup>9</sup> In addition, as the Board has not expressly been given the power to interpret law and as it does not claim a special expertise, it is not entitled to the curial deference which is generally applied in such cases to the interpretation of a statute within a tribunal's area of expertise.<sup>10</sup>

Having said that, I hasten to add that, on an application for prohibition, a court should be loath to pre-

<sup>8</sup> (1991), 34 C.P.R. (3d) 521 (F.C.T.D.), at p. 533.

<sup>9</sup> S. 28(1)(j) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] as amended [S.C. 1990, c. 8, s. 8] reads:

28. (1) The Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of any of the following federal boards, commissions or other tribunals:

(j) the Copyright Board established by the *Copyright Act*.

<sup>10</sup> *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 33 (per La Forest J.).

sur des œuvres musicales, c'est-à-dire des œuvres protégées par la Loi, et s'il est question ou non de l'octroi de licences pour l'exécution d'œuvres protégées au Canada. Pour reprendre les termes employés par le juge Strayer dans *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*<sup>8</sup>, la Commission peut rendre une décision initiale sur les faits et le droit quant à la question de savoir si le projet de tarif est conforme aux dispositions de la Loi.

Autrement, la Commission devrait publier dans la *Gazette du Canada*, comme le prévoit l'article 67.1, un projet de tarif qu'elle sait ne pas être fondé en droit puisqu'il provient de personnes qui ne sont pas habilitées à le présenter et qu'il porte sur des œuvres qui ne sont pas protégées. À quoi servirait alors la Commission si elle ne peut décider de questions accessoires qui découlent nécessairement de sa compétence?

Cela ne veut pas dire que les décisions de la Commission sur ces questions ne devraient pas être susceptibles de contrôle judiciaire. En fait, le contrôle judiciaire est prévu à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>9</sup>. En outre, comme la Commission n'a pas été habilitée expressément à interpréter la loi et qu'elle ne peut justifier d'une expertise particulière, elle n'a pas droit à la déférence judiciaire qu'on accorde généralement en pareil cas dans l'interprétation d'une loi visant le champ d'expertise d'un office fédéral<sup>10</sup>.

Cela dit, je m'empresse d'ajouter que tout tribunal saisi d'une demande de bref de prohibition devrait

<sup>8</sup> (1991), 34 C.P.R. (3d) 521 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 533.

<sup>9</sup> L'art. 28(1)(j) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], modifiée [L.C. 1990, ch. 8, art. 8], porte:

28. (1) La Cour d'appel a compétence pour connaître des demandes de contrôle judiciaire visant les offices fédéraux suivants.

j) la Commission du droit d'auteur constituée par la *Loi sur le droit d'auteur*.

<sup>10</sup> *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 33 (motifs du juge La Forest).

vent a board, in this case the Copyright Board, from making the initial determination on matters incidental to its jurisdiction and to frustrate Parliament's intention in establishing a regulating body. There will be ample opportunities for subsequent judicial review if necessary and the reviewing court will then have the benefit of an initial determination.<sup>11</sup>

At the present stage of these proceedings and in view of the extensive arguments submitted to this Court, I agree with the parties to this appeal that it would not be convenient to send the matter back to the Board for determination. I therefore propose to deal with the other substantive issue involved in this appeal, that is to say whether the proposed Tariff 2.A.2 for royalties payable to the appellants applies to the respondent CTV for its network distribution of entertainment programming.

Whether respondent CTV 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 appellants submit that in its transmission of network programming to its affiliated television stations which broadcast the programming to the public, respondent CTV communicates musical works to the public by telecommunication within the meaning of that section

<sup>11</sup> See *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at pp. 604-605. At p. 605, La Forest J. referring to a study published in an American legal periodical, writes: "The study notes, for example, that in the case of statutes capable of alternative interpretations, some of which raise and some which [*sic*] do not raise constitutional problems, it is extremely important that judicial appraisal of the various possibilities not be conducted in a vacuum. The informed view of the tribunal is invaluable here."

être réticent à empêcher un office fédéral, en l'espèce la Commission du droit d'auteur, de trancher initialement des questions accessoires à sa compétence, et à contrecarrer l'intention du législateur lorsqu'il a constitué un organisme de réglementation. Il existera amplement d'occasions de procéder à un contrôle judiciaire si cela s'avère nécessaire, et le cas échéant, le tribunal qui sera saisi de l'affaire pourra tirer parti de la décision initiale<sup>11</sup>.

Compte tenu de l'étape actuelle des procédures et des argumentations élaborées qui ont été présentées à la Cour, je conviens avec les parties au présent appel qu'il ne serait pas opportun de renvoyer le litige à la Commission. Je me propose par conséquent de traiter de l'autre question de fond soulevée dans le présent appel, soit celle de savoir si le projet de tarif 2.A.2 concernant des redevances payables aux appelantes s'applique à l'intimée CTV à l'égard de son réseau de distribution d'émissions de divertissement.

L'intimée CTV 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 appelantes prétendent que l'intimée CTV, lorsqu'elle transmet sa programmation à ses stations de télévision affiliées qui la diffusent au public, communique au public des œuvres musicales par télécommunication au sens de cette disposition et que, par conséquent, elle est tenue

<sup>11</sup> Voir *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, aux p. 604 et 605. À la p. 605, le juge La Forest écrit, en se référant à une étude publiée dans une revue juridique américaine: «Par exemple, cette étude souligne que dans les cas de dispositions législatives susceptibles d'interprétations différentes, qui soulèvent ou non des problèmes constitutionnels, il est extrêmement important que l'évaluation judiciaire des différentes possibilités ne soit pas examinée dans le vide. L'opinion éclairée du tribunal est inestimable».

and therefore is liable for the payment of royalties to the appellants. The respondent CTV 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.*<sup>12</sup> a [“CAPAC”] which, it alleges, has already decided this issue in its favour. In its view, the facts and legal issues in that case are undistinguishable from those in the case at bar.

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, 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; e

. . . .

“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;

. . . .

“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;

de leur verser une redevance. L’intimée CTV 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.* [«CAPAC»]<sup>12</sup> qui, selon elle, a déjà tranché la question en sa faveur. À son avis, les faits et les points de droit de cette affaire ne peuvent être distingués de ceux de la présente espèce.

b

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

c

*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. . . .

«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.

d

f

«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.

g

h

«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.

j

«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, telles que les livres, brochures et autres écrits, les conférences, les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres ou compositions musicales avec ou sans

<sup>12</sup> [1968] S.C.R. 676.

<sup>12</sup> [1968] R.C.S. 676.

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

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

(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 [R.S.C. 1988, c. 65, s. 62]]. [My underlining.]

*Rome Copyright Convention, 1928*

[R.S.C., 1985, c. C-42, Schedule III]

*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.

In the *CAPAC* case, Pigeon J., writing for the Supreme Court and applying a literal construction to the *Copyright Act*, came to the following conclusions:

1. In view of the definitions of "musical work" and "performance", CTV, by transmitting its entertainment programming to its affiliated 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".<sup>13</sup>

2. Paragraph 3(1)(f) was inspired by paragraph 1 of Article 11 (*bis*) of the *Rome Copyright Convention, 1928*.<sup>14</sup>

3. Unlike the Canadian *Copyright Act*, the Rome Convention does not define "work" and the undefined word, as applied to musical work, is properly

<sup>13</sup> *Id.*, at p. 680.

<sup>14</sup> *Id.*, at p. 681.

paroles, les illustrations, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences.

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

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.]

*Convention de Rome sur le droit d'auteur 1928*

[L.R.C. (1985), ch. C-42, annexe III]

*Article 11 (bis)*

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

Dans l'arrêt *CAPAC*, le juge Pigeon, s'exprimant au nom de la Cour suprême et interprétant littéralement la *Loi sur le droit d'auteur*, 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».<sup>13</sup>

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*.<sup>14</sup>

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

<sup>13</sup> *Id.*, à la p. 680.

<sup>14</sup> *Id.*, à la p. 681.

taken in the Convention in the primary sense of the composition itself, not its graphic representation as in the Act.<sup>15</sup>

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”.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup>

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 outside the scope of the definition of copyright if it is not in public.<sup>18</sup>

To distinguish the *CAPAC* case, the appellants 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

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Id.*, at p. 682.

<sup>18</sup> *Ibid.*

d’une œuvre musicale, il désigne à juste titre la composition comme telle, et non sa représentation graphique comme dans la Loi<sup>15</sup>.

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»<sup>16</sup>.

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<sup>17</sup>.

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 n’est pas visée par la définition du droit d’auteur lorsqu’elle n’a pas lieu en public<sup>18</sup>.

Pour établir une distinction avec l’arrêt *CAPAC*, les appelantes 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 littéraire, dramatique, musicale et artistique 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

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Id.*, à la p. 682.

<sup>18</sup> *Ibid.*

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.<sup>19</sup> 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 appellants' 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 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 times<sup>20</sup> 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

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> *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.

de croisement de ces définitions. Dans l'un ou l'autre 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 lois<sup>19</sup>. 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 appelantes, 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 donné que l'article 5, qui reprend l'expression «toute œuvre originale», protège de manière générale le droit d'auteur relatif à toute œuvre originale. En ce qui concerne la musique, il convient d'y 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 reprises<sup>20</sup> 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 oppor-

<sup>19</sup> Se reporter au *Guide de rédaction législative*, ministère de la Justice du Québec, Montréal, SOQUIJ, 1984, aux p. 12 à 14; P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990, à la p. 61.

<sup>20</sup> *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.

words “architectural work”, “artistic work” and “literary work” and to add the definition of “choreographic work”, but left unchanged that of “musical work”.<sup>21</sup> 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 appellants 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, Parliament has made respondent CTV liable to pay compensation for the use of music it includes in the programming transmitted by the network to its affiliated stations. In the words of the appellants, the commercial network of the respondent is a joint venture with its affiliated station and respondent CTV communicates musical works to the public by telecommunication.

I am willing to accept that the words “to the public” are broader than “in public” and that the insertion 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.<sup>22</sup> 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.

<sup>21</sup> S.C. 1988, c. 15, s. 1(1), (2) and (3).

<sup>22</sup> See *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, *supra* note 12, 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.’”

tun 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»<sup>21</sup>. Il lui aurait pourtant été tout à fait loisible de le faire en révisant 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 appelantes 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 du Canada dans *CAPAC* et que, par conséquent, l'intimée CTV est tenue de verser une redevance pour l'emploi de la musique qu'elle inclut dans la programmation transmise par son réseau à ses stations affiliées. Selon les appelantes, le réseau privé de l'intimée et ses stations affiliées constituent une coentreprise et l'intimée CTV communique au public des œuvres musicales par télécommunication.

Je conviens que l'expression «au public» est plus large qu'«en public» et que l'ajout de ces mots ait pu répondre à l'exigence exprimée par le juge Pigeon que la représentation d'une œuvre musicale ait toujours lieu en public pour que la Loi s'applique<sup>22</sup>. 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.

<sup>21</sup> L.C. 1988, ch. 15, art. 1(1), (2) et (3).

<sup>22</sup> Se reporter à *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, *supra*, note 12, 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”».

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 respondent CTV within the terms of the Act as framed is not the “works” but “a performance of the works”,<sup>23</sup> 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 respondent CTV. 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.<sup>24</sup>

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

In addition, if this Court were to include the word “performance” in paragraph 3(1)(f), it would be confronted with the fact that the communication made by respondent CTV is made to its affiliated stations through electrical signals or data streams and not to the public in any audible state. I shall return later to this question of whether CTV’s transmission of its entertainment programming to its affiliated stations is private or public.

I might add that the amendments to paragraph 3(1)(f) on which the appellants rely were enacted to implement the *Free Trade Agreement* [S.C. 1988, c. 65, Schedule, Part A] with respect to the retransmission of local or distant signals that carry a literary, dramatic, musical or artistic work.<sup>25</sup> This appears clearly from the explanatory notes which accompanied Bill C-2 at the time of the first reading. The defi-

<sup>23</sup> *Id.*, at p. 680.

<sup>24</sup> *Id.*, at p. 682.

<sup>25</sup> See *Canada—United States Free Trade Agreement Implementation Act* S.C. 1988, c. 65, ss. 61-65.

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’intimée CTV communique, suivant le libellé de la Loi, ce n’est pas une «œuvre» mais l’«exécution d’une œuvre»<sup>23</sup> 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’intimée CTV 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 libellé<sup>24</sup>.

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

En outre, même si notre Cour devait inclure le mot «représentation» dans l’alinéa 3(1)(f), elle ne pourrait s’empêcher de reconnaître le fait que la communication effectuée par l’intimée CTV atteint ses stations affiliées par l’intermédiaire de signaux électriques et de flots de données et non le public sous quelque forme audible. Je reviendrai plus tard sur la question de savoir si la transmission de la programmation de divertissement de CTV à ses stations affiliées est privée ou publique.

Je pourrais ajouter que les modifications apportées à l’alinéa 3(1)(f) sur lesquelles s’appuient les appelantes ont été adoptées aux fins de la mise en œuvre de l’*Accord 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 artistique<sup>25</sup>. C’est ce qui ressort des notes explicatives qui accompa-

<sup>23</sup> *Id.*, à la p. 680.

<sup>24</sup> *Id.*, à la p. 682.

<sup>25</sup> 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.

inition 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 paragraph 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.<sup>26</sup>

The respondent CTV is not a retransmitter within the meaning of the *Copyright Act* and therefore is not affected by these amendments.

It is significant in my view that the appellants 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 enacted *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 and to subject entertainment programming networks to the payment of royalties. I doubt that Parliament would have dealt with such an important issue in such an indirect and disguised manner.

The appellants also submitted that subsection 3(1.4) [as enacted *idem*, s. 62] of the *Copyright Act*, equally introduced by the *Canada—United States Free Trade Agreement Implementation Act* [section 62], confirms the intent to cover networks like that of the respondent. That section, which is no more than an interpretative provision, reads:

3. . . .

(1.4) For the purpose of paragraph (1)(f), where a person, as part of a network whose object is to communicate 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 by those persons constitute a single communication to the public for which those persons are jointly and severally liable.

<sup>26</sup> See *Canada—United States Free Trade Agreement Implementation Act*, Bill C-2, First Reading, ss. 61-62.

gnaient 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’Article 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 public<sup>26</sup>.

L’intimée CTV n’est pas un retransmetteur au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* et n’est donc pas visée par ces modifications.

Il est significatif, à mon sens, que les appelantes 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] et 70.61 [édicte, *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* et à assujettir les réseaux de programmation de divertissement au versement de droits. Il aurait été inconcevable que le législateur règle une question d’une telle importance de manière aussi indirecte et déguisée.

Les appelantes ont aussi fait valoir que le paragraphe 3(1.4) [édicte, *idem*, art. 62] de la *Loi sur le droit d’auteur*, ajouté lui aussi par la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada—États-Unis* [article 62], confirme l’intention d’embrasser les réseaux comme celui de l’intimée. Cet article, qui n’est qu’une disposition interprétative, porte:

3. . . .

(1.4) Toute transmission par une personne d’une œuvre, par télécommunication, communiquée au public par une autre constitue, pour l’application de l’alinéa (1)(f), une communication unique, dès lors qu’elle s’effectue dans le cadre d’un réseau ayant pour objet cette communication au public, celles-ci étant en l’occurrence solidaires.

<sup>26</sup> 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.

To the extent that one wants to apply that provision to the respondent's network, one is confronted with the same difficulty as under paragraph 3(1)(f). As a matter of fact, subsection 3(1.4) complements paragraph 3(1)(f) and, like it, refers to the communication of works. However, paragraph 3(1)(f) does not apply to the respondent's network because the respondent communicates the performance of musical works. It does not communicate musical works *per se*. Consequently, subsection 3(1.4) has no more application than the main provision it complements.

Whether respondent CTV performs musical works in public within subsection 3(1) of the *Copyright Act*

According to the appellants, respondent CTV broadcasts musical works and such broadcasting constitutes a performance of the work in public within the meaning of subsection 3(1) of the Act. Furthermore, respondent is alleged to be a full participant in the broadcasting of network programming and therefore is itself performing the works in public.

With respect, I do not think that respondent CTV is performing musical works in public when it transmits its entertainment programming to its affiliated stations. That very question of the public or private nature of respondent's action was before the Supreme Court in the *CAPAC* case and Pigeon J. held the transmission to be private, not public. He came to that conclusion both on a literal and on a purposive interpretation of the *Copyright Act*.

Looking literally at the then paragraph 3(1)(f) of the Act, he concluded that, in order to accept the contention of the appellant that the respondent was communicating musical work within the terms of the subparagraph, one would have to insert the word "performance" in it and delete the words "in public" found in section 3. This is because section 3 required at that time and still requires now that performance be in public and also because the transmission by the respondent CTV to its affiliated stations was in private. He wrote:

Bearing in mind that the reproduction of a work as distinguished from a performance thereof is always within the defi-

Quiconque cherche à appliquer cette disposition au réseau de l'intimée se trouve devant la même difficulté que celle posée par l'alinéa 3(1)f). En réalité, le paragraphe 3(1.4) complète l'alinéa 3(1)f) et, à l'instar de celui-ci, mentionne la communication d'œuvres. Toutefois, l'alinéa 3(1)f) ne s'applique pas au réseau de l'intimée parce que cette dernière communique l'exécution d'œuvres musicales. Elle ne communique pas des œuvres musicales en elles-mêmes. En conséquence, le paragraphe 3(1.4) ne s'applique pas plus que la disposition principale qu'il vient compléter.

L'intimée CTV exécute-t-elle ou représente-t-elle des œuvres musicales en public au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*?

Selon les appelantes, l'intimée CTV diffuse des œuvres musicales, et cette diffusion constitue une exécution ou une représentation de l'œuvre en public au sens du paragraphe 3(1) de la Loi. En outre, l'intimée serait un participant à part entière dans la diffusion de programmation de réseau et, partant, serait elle-même engagée dans l'exécution ou la représentation d'œuvres en public.

Avec égards, je ne crois pas que l'intimée CTV exécute des œuvres musicales en public lorsqu'elle transmet sa programmation de divertissement à ses stations affiliées. Cette même question de la nature publique ou privée de l'action de l'intimée a été examinée par la Cour suprême dans l'affaire *CAPAC* et le juge Pigeon a conclu que la transmission était privée et non publique. Il est arrivé à cette conclusion en soumettant la *Loi sur le droit d'auteur* à une interprétation tant littérale que fondée sur l'objet visé.

En interprétant littéralement l'alinéa 3(1)f) de la Loi alors en vigueur, il a conclu que pour que puisse être accueillie la prétention de l'appelante selon laquelle l'intimée communiquait une œuvre musicale au sens de cet alinéa, il faudrait y ajouter le mot «représentation», «exécution» ou «audition» et retrancher de l'article 3 les mots «en public», ceci parce que l'article 3 exigeait à cette époque, comme aujourd'hui, que l'exécution ait lieu en public et aussi parce que la transmission faite par l'intimée CTV à ses stations affiliées était privée. Il a écrit:

[TRADUCTION] Compte tenu du fait que la reproduction d'une œuvre par opposition à son exécution est toujours visée par la

inition of “copyright” while a performance is outside the scope of the definition if not in public, it is only through the insertion of the word “performance” without the words “in public” that a departure from principle would be effected.<sup>27</sup>

Obviously, one other way would be to change the definition of “musical work” and “performance”.

As far as a purposive interpretation of the Act was concerned, he referred to the anomalous result that would flow from the contention advanced by the appellant in view of the fact that respondent’s transmission to its affiliated stations is private. He dismissed the appellant’s contention in these terms:

The contention advanced by CAPAC would have the anomalous result that the extent of the copyright with respect to the communication or transmission of performances of musical works, would depend on the means employed for such communication or transmission. If it was by physical delivery of magnetic tape or by transmission of an electrical signal by cable, there would be no monopoly in favour of the owner of the copyright in the works performed. However, such monopoly would exist if the transmission was by microwave, although such transmission would be as private as in the other cases.<sup>28</sup> [My underlining.]

The factual and legal situation has not changed since that decision and the fact that transmission by electrical signals or data streams has replaced transmission by microwaves does not change the private character of such transmission.

Furthermore, it cannot be said that the respondent CTV broadcasts to the public when it transmits its programming to its affiliated stations. Such transmission does not meet the definition of broadcasting in the *Broadcasting Act*<sup>29</sup> as it is not a transmission by radio waves or other means of telecommunication for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus. The affiliated stations meet that definition and do hold a broadcasting licence. Respondent CTV is the holder of a TV programmer licence, but has no authorization from the CRTC to broadcast and indeed does not broadcast to the public.

<sup>27</sup> *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, supra, note 12, at p. 682.

<sup>28</sup> *Id.*, at pp. 682-683.

<sup>29</sup> S.C. 1991, c. 11, s. 2.

définition de «droit d’auteur» alors que l’exécution n’est pas visée par cette définition si elle n’est pas publique, ce n’est que par l’ajout du terme «exécution» sans les mots «en public» que l’on dérogerait au principe<sup>27</sup>.

On pourrait évidemment obtenir le même résultat en modifiant la définition des termes «œuvre musicale» et «représentation», «exécution» ou «audition».

En ce qui a trait à l’interprétation de la Loi fondée sur l’objet visé, il a souligné l’anomalie qu’entraînerait la prétention mise de l’avant par l’appelante étant donné le fait que la transmission entre l’intimée et ses stations affiliées est privée. Il a rejeté la prétention de l’appelante en ces termes:

[TRADUCTION] La prétention mise de l’avant par CAPAC entraînerait l’anomalie suivante: la portée du droit d’auteur sur la communication ou la transmission d’exécutions d’œuvres musicales dépendrait des moyens utilisés pour procéder à cette communication ou transmission. Si elle avait lieu par la livraison matérielle d’une bande magnétique ou par la transmission d’un signal électrique par câble, il n’y aurait pas de monopole pour le titulaire du droit d’auteur sur les œuvres exécutées. Il y en aurait un cependant si la transmission se faisait par micro-ondes, même si cette transmission était aussi privée que dans les autres cas<sup>28</sup>. [Je souligne.]

La situation factuelle et juridique n’a pas changé depuis cette décision et le fait que la transmission par des signaux électriques ou par des flots de données a remplacé la transmission par micro-ondes ne change rien au caractère privé de cette transmission.

En outre, on ne peut prétendre que l’intimée CTV diffuse au public lorsqu’elle transmet sa programmation à ses stations affiliées. Cette transmission ne correspond pas à la définition du terme radiodiffusion figurant dans la *Loi sur la radiodiffusion*<sup>29</sup> puisqu’elle n’est pas une transmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou de tout autre moyen de télécommunication, d’émissions destinées à être reçues par le public à l’aide d’un récepteur. Les stations affiliées correspondent à cette définition et sont titulaires d’une licence d’exploitation d’une entreprise de radiodiffusion. L’intimée CTV est titulaire d’une licence de programmation d’émissions de télévision,

<sup>27</sup> *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, précitée, note 12, à la p. 682.

<sup>28</sup> *Id.*, aux p. 682 et 683.

<sup>29</sup> L.C. 1991, ch. 11, art. 2.

Whether respondent CTV authorizes the public performance of the works in the network programming

As I understand the argument, respondent CTV would be liable for the broadcasting of musical works by its affiliated stations because, in the words of the appellants, it authorizes it. There is no doubt in my mind that the respondent CTV, through its programming activities and its distribution network, facilitates the work of the affiliated stations. This is its "*raison d'être*" as a television programmer involved in the acquisition, development and distribution of entertainment programming. Indeed, respondent CTV does not deny that and even suggests that the affiliated stations probably pay more in copyrights to the appellants than an independent broadcasting station does because the network is successful.

With respect, to facilitate is not to authorize. The authorization given to respondent CTV's affiliated stations to broadcast musical works comes from the appellants themselves. Here again the factual and legal situation is the same as it was in the CAPAC case and it is in vain that the appellants have tried to distinguish it. Respondent CTV facilitated what the appellants have authorized the affiliated stations to do. It is in these terms that Pigeon J. dismissed the appellant's contention in this regard:

The authorization to make use of the copyright by performing the works through television broadcasts was given by CAPAC to the affiliated stations and it cannot be said to proceed from CTV. CTV effectively provided the means of doing that which CAPAC had authorized.<sup>30</sup>

There is nothing wrong in facilitating or even authorizing what one is legally entitled to do.

Conclusion

In conclusion, I believe the appellants have no legal basis, statutory or otherwise, to file a statement of royalties that applies to the entertainment programming network of respondent CTV. I am not insensitive or unsympathetic to the appellants' plight but it

<sup>30</sup> *Supra*, note 12, at p. 683.

mais n'est pas autorisée par le CRTC à diffuser des émissions destinées au public, ce qu'elle ne fait pas.

L'intimée CTV autorise-t-elle l'exécution publique d'œuvres dans la programmation de réseau?

Si je comprends bien l'argument avancé, l'intimée CTV serait responsable de la radiodiffusion d'œuvres musicales par ses stations affiliées puisque, pour reprendre les termes employés par les appelantes, elle l'autorise. Il ne fait aucun doute pour moi que l'intimée CTV, par ses activités de programmation et son réseau de distribution, facilite le travail des stations affiliées. C'est là sa raison d'être en sa qualité de programmatrice de télévision chargée de l'acquisition, de l'élaboration et de la distribution d'émissions de divertissement. En fait, l'intimée CTV ne nie rien de cela, et prétend même que les stations affiliées versent probablement plus de droits aux appelantes que des stations de radiodiffusion indépendantes en raison du succès que connaît le réseau.

Avec égards, faciliter n'équivaut pas à autoriser. L'autorisation donnée aux stations affiliées de l'intimée CTV de radiodiffuser des œuvres musicales provient des appelantes elles-mêmes. Ici encore, la situation factuelle et juridique est la même que celle qui a été examinée dans l'arrêt CAPAC et c'est en vain que les appelantes ont tenté d'établir des distinctions. L'intimée CTV a facilité ce que les appelantes ont autorisé les stations affiliées à faire. C'est en ces termes que le juge Pigeon a rejeté la prétention de l'appelante à cet égard:

[TRADUCTION] L'autorisation d'employer le droit d'auteur en exécutant les œuvres au moyen d'émissions de télévision a été donnée par la CAPAC aux stations affiliées et l'on ne peut prétendre qu'elle provient de CTV. CTV a effectivement fourni les moyens de faire ce que la CAPAC avait autorisé.<sup>30</sup>

Il n'y a aucun mal à faciliter, voire à autoriser, ce que l'on a le droit de faire.

Conclusion

En conclusion, je crois que les appelantes ne disposent d'aucun fondement juridique, d'origine législative ou autre, pour déposer un projet de tarif applicable au réseau de programmation de divertissement de l'intimée CTV. Je ne suis ni insensible ni indifférent

<sup>30</sup> *Supra*, note 12, à la p. 683.

requires fundamental and substantial legislative changes that this Court has no authority to effect. Policy-making with respect to important issues such as in the present case involves substantial economic, social and cultural considerations which have simply not been properly canvassed in this Court and requires an extensive and meaningful public debate that this Court cannot offer.

For the reasons given, the appeal should be dismissed with costs payable by the appellants to the respondent CTV Television Network Ltd.

The cross-appeal by the respondent The Copyright Board should be dismissed without costs.

HEALD J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

à la situation difficile des appelantes, mais celle-ci appelle des modifications législatives fondamentales et importantes que notre Cour n'est pas habilitée à apporter. L'établissement de politiques à l'égard de questions importantes comme celles qui sont soulevées en l'espèce implique d'importantes considérations économiques, sociales et culturelles qui n'ont pas été adéquatement exposées devant notre Cour et exige un débat public étendu et constructif que notre Cour ne peut offrir.

Pour les motifs énoncés, l'appel devrait être rejeté, et les dépens de l'intimée le Réseau de Télévision CTV Ltée devraient être supportés par les appelantes.

L'appel incident interjeté par l'intimée la Commission du droit d'auteur devrait être rejeté sans dépens.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.