Télé-Métropole Inc. Appellant

v.

Michael Bishop Respondent

INDEXED AS: BISHOP v. STEVENS

File No.: 20695.

1990: March 30; 1990: August 16.

Present: Lamer C.J.* and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Copyright — Infringement — Prerecording of song for broadcast purposes — Whether right to broadcast a musical work includes the incidental right to make an “ephemeral” recording beforehand — Whether composer implicitly consented to ephemeral recordings in granting a licence to broadcast performances of his work — Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 2, 3(1), 17(1).

Respondent Bishop composed the music and lyrics to a song and sent a copy, with the appropriate forms, to a British association which acts to protect and enforce its members' copyrights. This association is affiliated with the Composers, Authors and Publishers Association of Canada (CAPAC). Stevens, a singer, subsequently recorded the song without entering into any agreement with Bishop and arranged with appellant Télé-Métropole to appear on certain television shows in order to publicize it. Télé-Métropole broadcast two performances of the song using a prerecorded tape. It gave due notification and paid the appropriate fees for the broadcast performances to CAPAC, and the payments were eventually forwarded to Bishop.

Bishop alleged that Télé-Métropole had infringed his copyright by recording the song without his permission, even though the recording was to be used only for the two broadcasts. The trial judge found that Télé-Métropole's prerecording infringed Bishop's copyright. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal on this issue.

Held: The appeal should be dismissed.

The right to broadcast a performance under s. 3(1) of the *Copyright Act* does not include the right to make

* Chief Justice at the time of judgment.

Télé-Métropole Inc. Appellante

c.

Michael Bishop Intimé

a

RÉPERTORIÉ: BISHOP c. STEVENS

N° du greffe: 20695.

1990: 30 mars; 1990: 16 août.

b

Présents: Le juge en chef Lamer* et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

c

Droit d'auteur — Violation — Préenregistrement d'une chanson à des fins de radiodiffusion — Le droit de diffuser une œuvre musicale comporte-t-il le droit accessoire d'effectuer un préenregistrement «éphémère»? — Le compositeur a-t-il implicitement consenti à des enregistrements éphémères en accordant une licence qui autorise la radiodiffusion des exécutions de son œuvre? — Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 2, 3(1), 17(1).

e

L'intimé Bishop a composé la musique et les paroles d'une chanson et en a fait parvenir une copie, avec les formules appropriées, à une association britannique pour la protection et le respect des droits d'auteurs appartenant à ses membres. Cette association est affiliée à l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada (CAPAC). Stevens, un chanteur, a par la suite enregistré la chanson sans conclure d'entente avec Bishop et a pris des dispositions avec l'appellante Télé-Métropole afin de paraître à certaines émissions télévisées pour faire de la publicité à l'enregistrement. Télé-Métropole a diffusé deux fois des exécutions de la chanson en se servant d'un ruban préenregistré. Elle a donné l'avis prévu et payé les droits afférents à la CAPAC; les droits pour les exécutions télévisées ont finalement été remis à Bishop.

h

Bishop a allégué que Télé-Métropole avait violé son droit d'auteur en enregistrant la chanson sans son consentement, bien que l'enregistrement ait été destiné à servir uniquement aux deux diffusions. Le juge de première instance a conclu que le préenregistrement de Télé-Métropole violait le droit d'auteur de Bishop. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel sur cette question.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre en vertu du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne comporte

* Juge en chef à la date du jugement.

“ephemeral” recordings beforehand for the purpose of facilitating the broadcast. Copyright law is purely statutory law which simply creates rights and obligations as set out in the statute. The right to perform and the right to record a work are separately enumerated in s. 3(1). They are distinct rights in theory and in practice and are generally assigned separately, and administered by different entities. Section 3(1)(d) provides that copyright includes the sole right to make any record or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered, and nothing in this section restricts its application to recordings made for the purpose of reproduction and sale. If a recording made for any purpose, even one not prejudicial to the copyright holder, is not authorized by the copyright holder then it is an infringement of his rights. A literal reading of s. 3(1)(d) does not prohibit the practice of prerecording; it simply requires a broadcaster to make the appropriate arrangements with the holder of the recording rights. An implied exemption to the literal meaning of s. 3(1)(d) is all the more unlikely in light of the detailed and explicit exemptions in s. 17(2) of the Act.

Ephemeral recordings are a very convenient device for broadcasters and their use is widespread, but they are also subject to abuse. In other countries, where the right to make ephemeral recordings as an adjunct of broadcast performances is recognized by statute, conditions are imposed on the broadcaster limiting the time for which an ephemeral recording may be kept and the use to which it may be put. Strict safeguards are necessary; these should be decided on by the legislature and not the courts.

Respondent did not implicitly consent to the ephemeral recordings in granting a licence to broadcast performances of his work. CAPAC powers are confined to performances and do not extend to contrivances for the reproduction of the performance. CAPAC can only grant licences which lie within its powers. Since the right to perform does not include the right to make ephemeral recordings, the CAPAC licence is confined to performance and cannot extend to the right to make ephemeral recordings.

Cases Cited

Referred to: *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496; *Performing Right*

pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion. Le droit d'auteur a pour seule source la législation qui crée simplement les droits et obligations établis dans le texte législatif. Le droit d'exécuter une œuvre et le droit de faire un enregistrement sont mentionnés de façon distincte au par. 3(1). Ce sont des droits distincts en théorie et en pratique, et ils sont ordinairement cédés séparément et administrés par des organismes différents. L'alinéa 3(1)d) édicte que le droit d'auteur comporte le droit exclusif de confectionner toute empreinte ou tous autres organes quelconques, à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement et rien dans cet alinéa ne limite son application aux enregistrements effectués aux fins de reproduction et de vente. Un enregistrement fait dans n'importe quel but, même non préjudiciable au titulaire du droit d'auteur, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue une violation de ses droits. Le sens littéral de l'al. 3(1)d) n'interdit nullement la pratique du préenregistrement: il oblige seulement le radiodiffuseur à obtenir l'autorisation du titulaire des droits d'enregistrement. Une exception implicite au sens littéral de l'al. 3(1)d) est d'autant moins plausible que le par. 17(2) de la Loi prévoit des exceptions expresses et détaillées.

Les enregistrements éphémères sont très utiles aux radiodiffuseurs qui s'en servent beaucoup, mais ils peuvent aussi donner lieu à des abus. Dans d'autres pays, où le droit d'effectuer des enregistrements éphémères est reconnu par la loi comme étant accessoire à la diffusion des exécutions, des conditions sont imposées aux radiodiffuseurs quant à la durée de conservation des enregistrements éphémères et quant à leur utilisation. Des mesures strictes de protection sont nécessaires; c'est au législateur, non aux tribunaux, qu'il appartient de les prendre.

L'intimé n'a pas implicitement consenti aux enregistrements éphémères quand il a accordé une licence de radiodiffusion des exécutions de son œuvre. Les pouvoirs de CAPAC se limitent à l'exécution et ne s'appliquent pas aux moyens de reproduction des exécutions. CAPAC ne peut céder de licence que pour les droits qu'elle contrôle. Puisque le droit d'exécution ne comporte pas celui d'effectuer des enregistrements éphémères, il s'ensuit que la licence délivrée par CAPAC se limite à l'exécution de l'œuvre et ne peut s'étendre au droit d'effectuer des enregistrements éphémères.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496; *Performing*

Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co., [1934] 1 Ch. 121; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 2, 3, 13, 17, 19, 48, 49, 50.

Copyright Act, 1956 (U.K.), 4 & 5 Eliz. II, c. 74, s. 6(7).

Revised Berne Convention, Schedule II of the *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30, arts. 1, 11, 13, 14.

Rome Copyright Convention, 1928, Schedule III of the *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30, art. 11 (*bis*).

Rules of the Supreme Court of Canada, s. 29(2).

Television Broadcasting Regulations, C.R.C. 1978, c. 381, s. 5(5).

Authors Cited

Canada. Consumer and Corporate Affairs. *From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright*. Ottawa: Department of Communications, 1984.

Canada. Parliament. House of Commons. Sub-Committee on the Revision of Copyright. *Government Response to the Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright*. Ottawa: Government of Canada, 1986.

Canada. Parliament. House of Commons. Sub-Committee on the Revision of Copyright. *A Charter of Rights for Creators: Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright*. Ottawa: The Sub-Committee, 1985.

Canada. Royal Commission on Patents, Copyright, Trade Marks and Industrial Design. *Report on Copyright* (the Ilsley Report). Ottawa: Queen's Printer, 1957.

Fox, H. G. *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (2nd ed.). Toronto: Carswells, 1967.

Keyes, A. A. and C. Brunet. *Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law*. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1977.

Sanderson, P. *Musicians and the Law in Canada*. Toronto: Carswells, 1985.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1987), 80 N.R. 302, 18 C.P.R. (3d) 257, 16 C.I.P.R. 243, dismissing in part an appeal from a judgment of Strayer J., [1985] 1 F.C. 755, 4 C.P.R. (3d) 349, allowing respondent's action for copyright infringement. Appeal and cross-appeal dismissed.

Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co., [1934] 1 Ch. 121; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750.

a Lois et règlements cités

Convention de Berne révisée, Annexe II de la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 1, 11, 13, 14.

b *Convention de Rome sur le droit d'auteur, 1928*, Annexe III de la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 11 (*bis*).

Copyright Act, 1956 (R.-U.), 4 & 5 Eliz. II, ch. 74, art. 6(7).

Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 2, 3, 13, 17, 19, 48, 49, 50.

c *Règlement sur la télédiffusion*, C.R.C. 1978, ch. 381, art. 5(5).

Règles de la Cour suprême du Canada, art. 29(2).

d Doctrine citée

Canada. Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels. *Rapport sur le droit d'auteur*, (Rapport Ilsley). Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1957.

e Canada. Consommation et Corporations. *De Gutenberg à Télidon, Livre blanc sur le droit d'auteur*. Ottawa: Ministère des Communications, 1984.

Canada. Parlement. Chambre des communes. Sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur. *Réponse du gouvernement au rapport du sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur*. Ottawa: Gouvernement du Canada, 1986.

Canada. Parlement. Sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur. *Une Charte des droits des créateurs: Rapport du sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur*. Ottawa: Chambre des communes, 1985.

Fox, H. G. *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (2nd ed.). Toronto: Carswells, 1967.

h Keyes, A. A. et C. Brunet. *Le droit d'auteur au Canada: Propositions en vue d'une révision de la Loi*. Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1977.

Sanderson, P. *Musicians and the Law in Canada*. Toronto: Carswells, 1985.

i POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1987), 80 N.R. 302, 18 C.P.R. (3d) 257, 16 C.I.P.R. 243, qui a rejeté en partie un appel d'un jugement du juge Strayer, [1985] 1 C.F. 755, 4 C.P.R. (3d) 349, qui avait accueilli l'action de j l'intimé en violation de droit d'auteur. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Jacques A. Léger and Laurent Carrière, for the appellant.

Roger T. Hughes, Q.C., and *John N. Allport*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—The principal issue in this case is whether the right to broadcast a musical work in accordance with the *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30 (now R.S.C., 1985, c. C-42), includes the incidental right to make an “ephemeral” recording beforehand for the sole purpose of facilitating the broadcast.

The appellant Télé-Métropole Inc. operates a television broadcasting business. The respondent Bishop is a musician, who composed the music and lyrics to a song entitled “Stay”. He sent a copy, with the appropriate forms, to the Performing Rights Society (PRS) of Great Britain, which is an association for the protection and enforcement of music copyrights held by its members. That association is affiliated with a similar association in Canada, the Composers, Authors and Publishers Association of Canada (CAPAC), which administers rights held by PRS and its members within Canada. CAPAC is a “performing rights society” as contemplated by s. 48 (now s. 66) of the *Copyright Act*, and is entitled to collect fees for performing rights of its members and affiliates according to a scale published in the *Canada Gazette*. These fees are then passed on to the copyright holder.

Stevens, a singer, subsequently heard a performance of the song, and had inconclusive discussions with the respondent about the possibility of recording it. Without entering into any agreement with the respondent, Stevens recorded the song, in both English and French (under the title “Ne t’en vas pas” (*sic*)). To publicize the recording, Stevens arranged with the appellant to appear on television shows that feature popular music. Performances of the song were broadcast by the appellant on two occasions, in each case using a prerecorded tape. The appellant, though unaware that the song was

Jacques A. Léger et Laurent Carrière, pour l’appelante.

Roger T. Hughes, c.r., et *John N. Allport*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—La principale question en l’espèce est de savoir si le droit de diffuser une œuvre musicale conformément à la *Loi sur le droit d’auteur*, S.R.C. 1970, ch. C-30 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-42), comporte un droit accessoire d’effectuer un enregistrement «éphémère» préalable dans le seul but de faciliter la radiodiffusion.

L’appelante Télé-Métropole Inc. exploite une entreprise de télévision. L’intimé Bishop est le musicien qui a composé la musique et les paroles d’une chanson intitulée «Stay». Il en a fait parvenir une copie, avec les formules appropriées, à la Performing Rights Society (PRS) de Grande-Bretagne, une association pour la protection et le respect des droits d’auteurs appartenant à ses membres. Cette association est affiliée à une association canadienne semblable, l’Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada (CAPAC) qui administre les droits que détiennent PRS et ses membres au Canada. CAPAC est une «société de droits d’exécution» définie à l’art. 48 (maintenant art. 66) de la *Loi sur le droit d’auteur* et elle est autorisée à percevoir des droits pour le compte de ses membres et de ses affiliés selon un barème publié dans la *Gazette du Canada*. Ces droits sont par la suite versés au titulaire du droit d’auteur.

Stevens, un chanteur, a par la suite entendu une exécution de la chanson et a tenu, avec l’intimé, des pourparlers infructueux au sujet de la possibilité de l’enregistrer. Sans conclure d’entente avec l’intimé, Stevens a enregistré la chanson, en anglais et en français (sous le titre «Ne t’en vas pas» (*sic*)). Pour faire de la publicité à l’enregistrement, Stevens a pris des dispositions avec l’appelante pour paraître à des émissions télévisées de musique populaire. L’appelante a diffusé des exécutions de la chanson à deux occasions en se servant d’un ruban préenregistré. L’appelante,

written by the respondent and not by Stevens, gave due notification and paid the appropriate fees to CAPAC, and the payments for the broadcast performances were eventually forwarded through PRS to the respondent. No specific arrangements, however, were made regarding the prerecordings used in the broadcast.

Subsequent to the broadcasts, the respondent entered into an agreement with the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd. (CMRRA), an organization for the protection of reproduction rights in music held by its members. By the terms of the agreement, CMRRA had the non-exclusive right to administer the reproduction rights in the respondent's work, including the right to take legal action (with the respondent's consent) to collect monies due or to enforce his rights.

The respondent and CMRRA brought an action against several defendants including Stevens and the appellant. By the time of the trial, only the appellant remained as defendant. The complaint against the appellant was that it had infringed the respondent's copyright by recording the song without first obtaining his permission, though the recording was intended to be used only to effect the later broadcasts (which the parties agreed involved only performing rights that the appellant had properly paid for). The appellant claimed that the right to broadcast the performances included the incidental right to make an "ephemeral" recording for the sole purpose of facilitating the broadcasts.

Strayer J., at trial, found that the respondent had copyright in the song, and that the copyright had been infringed by the appellant's prerecording, though the infringement was minimal. He awarded damages in the amount of \$150, and further ordered that the prerecordings of the performances used for the broadcast be destroyed. He held also that CMRRA was a proper party to the action in so far as it sought relief against future infringements, though it could not sue in respect of an infringement of the respondent's rights that occurred before the respondent entered into an

bien que sans savoir que l'auteur de la chanson était l'intimé et non Stevens, a donné l'avis prévu et payé les droits afférents à la CAPAC et les droits pour les exécutions télévisées ont finalement été remis à l'intimé par l'entremise de PRS. Par contre, rien de précis n'avait été prévu pour les préenregistrements utilisés dans l'émission télévisée.

Après la diffusion des émissions, l'intimé a conclu une entente avec l'Agence canadienne des droits de reproduction musicale limitée (ACDRM), un organisme dont le rôle est de protéger les droits de reproduction sur la musique dont ses membres sont titulaires. En vertu de cette entente, ACDRM avait le privilège non exclusif d'administrer les droits de reproduction que l'intimé détenait sur son œuvre, notamment celui d'intenter une action (avec le consentement de l'intimé) pour percevoir les montants exigibles et exercer ses droits.

L'intimé et ACDRM ont intenté une action contre plusieurs défendeurs, dont Stevens et l'appelante. Au moment du procès, seule l'appelante était encore défenderesse à l'action. Il était reproché à l'appelante d'avoir violé le droit d'auteur de l'intimé en enregistrant sa chanson, sans avoir au préalable obtenu son consentement, bien que l'enregistrement ait été destiné à servir uniquement aux diffusions subséquentes (qui, les parties le reconnaissent, ne faisaient intervenir que des droits d'exécution dûment payés par l'appelante). L'appelante a soutenu que le droit de diffuser les exécutions comportait le droit incident d'effectuer un enregistrement «éphémère» destiné uniquement à faciliter les diffusions.

En première instance, le juge Strayer a conclu que l'intimé était titulaire d'un droit d'auteur sur la chanson, que le préenregistrement fait par l'appelante violait ce droit d'auteur, même si cette violation était minime. Il a accordé 150 \$ de dommages-intérêts et ordonné la destruction des préenregistrements utilisés pour la diffusion. Il a aussi conclu que ACDRM avait qualité pour agir en ce qu'elle demandait la prévention de violations futures, bien qu'elle ne puisse agir à l'égard d'une violation des droits de l'intimé survenue avant que ce dernier ait conclu une entente avec ACDRM.

agreement with CMRRA. An appeal to the Federal Court of Appeal was allowed in part, on the issue of whether CMRRA was a proper party, but the Court, *per Pratte J.*, agreed that the prerecordings constituted an infringement of the respondent's copyright. Leave to appeal on the issue of the prerecordings was granted by this Court.

CMRRA purported to cross-appeal the holding that it was not a proper party to the action. The appellant applied to quash the cross-appeal, on the grounds that no leave had been sought, that the time limits for appealing had been exceeded, and that the issue was not one of national importance. This Court granted the motion. The respondent subsequently purported to cross-appeal on the same issue, also without seeking leave. At the hearing of the case we indicated that we did not wish to hear argument on this point.

Statutory Provisions

Copyright Act

2. ...

“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.

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; if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof; and includes the sole right

(d) in the case of a literary, dramatic, or musical work, to make any record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered;

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

and to authorize any such acts as aforesaid.

En appel, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel en partie, relativement à la qualité pour agir de ACDRM, mais le juge Pratte a conclu, au nom de la cour, que les préenregistrements violaient le droit d'auteur de l'intimé. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi sur la question des préenregistrements.

ACDRM a voulu contester par pourvoi incident la conclusion qu'elle n'avait pas qualité pour agir. L'appelante a demandé l'annulation du pourvoi incident, pour le motif qu'il n'y avait pas eu de demande d'autorisation, que le délai d'appel était expiré et que la question n'était pas d'importance nationale. Notre Cour a accueilli cette requête. L'intimé a voulu présenter plus tard un pourvoi incident sur la même question, sans avoir non plus demandé d'autorisation. À l'audition, nous avons indiqué que nous ne voulions pas entendre de plaidoiries sur ce point.

Les dispositions législatives

Loi sur le droit d'auteur

2. ...

«représentation» ou «exécution» ou «audition» désigne 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.

3. (1) Pour les fins de la présente loi, le «droit d'auteur» désigne le 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 comprend, en outre, le droit exclusif:

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, de confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement;

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

le droit d'auteur comprend aussi le droit exclusif d'autoriser les actes mentionnés ci-dessus.

17. (1) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who, without the consent of the owner of the copyright, does anything that, by this Act, only the owner of the copyright has the right to do.

Analysis

The issue in this case arises because the introduction of new technology presented a situation not contemplated by the drafters of the original Canadian *Copyright Act* in the 1920's.

The Act was based on, and designed to implement, the Berne Convention of 1886 as revised in Berlin in 1908, which set forth an international code and created a union of states "for the protection of the rights of authors over their literary and artistic works": Revised Berne Convention, Schedule II of the *Copyright Act*, Article 1. Canada is a party to that convention.

The Revised Berne Convention sets out a number of specific rights of authors (comprising also composers and artists), including Articles 11, 13 and 14:

Article 11

The stipulations of the present Convention shall apply to the public representation of dramatic or dramatico-musical works, and to the public performance of musical works, whether such works be published or not.

Article 13

The authors of musical works shall have the exclusive right of authorizing (1) the adaptation of those works to instruments which can reproduce them mechanically; (2) the public performance of the said works by means of these instruments.

Article 14

Authors of literary, scientific or artistic works shall have the exclusive right of authorizing the reproduction and public representation of their works by cinematography.

17. (1) Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur sur une œuvre quiconque, sans le consentement du titulaire de ce droit, exécute un acte qu'en vertu de la présente loi seul ledit titulaire a la faculté d'exécuter.

Analyse

Le litige en l'espèce tient à ce que l'arrivée d'une nouvelle technologie a donné lieu à une situation que n'avaient pas prévue les rédacteurs de la première *Loi sur le droit d'auteur* au Canada, qui date des années 1920.

La Loi a été conçue pour appliquer la Convention de Berne de 1886, modifiée à Berlin en 1908, qui instituait un code international et créait une union d'États «pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques»: Convention de Berne révisée, Annexe II de la *Loi sur le droit d'auteur*, article premier. Le Canada est partie à cette convention.

La Convention de Berne révisée établit un certain nombre de droits spécifiques conférés aux auteurs (dont les compositeurs et les artistes), et prévoit notamment aux articles 11, 13, et 14:

Article 11

Les stipulations de la présente Convention s'appliquent à la représentation publique des œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, et à l'exécution publique des œuvres musicales, que ces œuvres soient publiées ou non.

Article 13

Les auteurs d'œuvres musicales ont le droit exclusif d'autoriser: (1) l'adaptation de ces œuvres à des instruments servant à les reproduire mécaniquement; (2) l'exécution publique des mêmes œuvres au moyen de ces instruments.

Article 14

Les auteurs d'œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques ont le droit exclusif d'autoriser la reproduction et la représentation publique de leurs œuvres par la cinématographie.

The above provisions apply to reproduction or production effected by any other process analogous to cinematography.

These specific rights find their reflection in the introductory paragraph to s. 3(1) and in s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*. The first of these refers to the right to perform (Article 11), and the second to the right to make any record, perforated roll, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered (Articles 13 and 14).

With the advent of radio broadcasting, the Convention was further modified in 1928 by, *inter alia*, the addition of Article 11 (*bis*):

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.

Canada is also a party to this round of revisions, known as the Rome Copyright Convention, 1928. Section 3(1)(f), referring explicitly to the sole right of the copyright holder to communicate the work by radio communication, was added to the *Copyright Act* in 1931 to implement the Rome agreement.

Technological progress, of course, did not stop there. As broadcasting became more advanced, the practice developed of recording a performance for broadcast later, in order to ensure greater quality and flexibility for broadcasters. A further round of revisions to the convention was undertaken in Brussels, in 1948, and as part of these revisions a paragraph (3) was added to Article 11 (*bis*):

(3) Except where otherwise provided, permission granted in accordance with paragraph (1) of this Article shall not imply permission to record the radio-diffused work by means of instruments recording sounds or images. It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the regulations for ephemeral recordings made by a broadcasting body by means of its own facilities and used for its own emissions. The preservation of these recordings in official

Les dispositions qui précèdent s'appliquent à la reproduction ou production obtenue par tout autre procédé analogue à la cinématographie.

Ces droits spécifiques figurent dans l'introduction du par. 3(1) et à l'al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le paragraphe 3(1) mentionne le droit d'exécution (article 11), et l'al. 3(1)d) le droit de confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement (articles 13 et 14).

Avec l'avènement de la radio, la Convention a de nouveau été modifiée en 1928 par l'addition notamment de l'article 11 (*bis*):

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.

Le Canada est aussi partie à cette révision connue comme la Convention de Rome sur le droit d'auteur 1928. L'alinéa 3(1)f), qui mentionne expressément le droit exclusif du détenteur du droit d'auteur de transmettre l'œuvre au moyen de la radiophonie, a été ajouté à la *Loi sur le droit d'auteur* en 1931 pour donner effet à la Convention de Rome.

Évidemment, le progrès de la technologie ne s'est pas arrêté à cette époque. La radiodiffusion a progressé et l'usage s'est implanté d'enregistrer l'exécution d'une œuvre pour la diffuser ultérieurement, dans le but d'assurer une plus grande qualité à la diffusion et une plus grande souplesse aux radiodiffuseurs. Une autre série de modifications a été effectuée à Bruxelles, en 1948 et, dans le cadre de cette révision, le paragraphe (3) a été ajouté à l'article 11 (*bis*):

(3) Sauf stipulation contraire, une autorisation accordée conformément à l'alinéa 1^{er} du présent article n'implique pas l'autorisation d'enregistrer, au moyen d'instruments portant fixation des sons ou des images, l'œuvre radiodiffusée.

Est toutefois réservé aux législations des pays de l'Union, le régime des enregistrements éphémères effectués par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses émissions. Ces législations pourront

archives may, on the ground of their exceptional documentary character, be authorised by such legislation.

Canada, however, did not adhere to the Brussels Convention, and unlike many other countries has not specifically provided in its legislation that these “ephemeral” recordings are incidental to the right to broadcast. This leaves open the question posed in this case—whether the right to make a prerecording of a radio broadcast is included within the right to broadcast, or whether the making of the prerecording is the making of a “record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance” within the scope of s. 3(1)(d), for which separate permission must be obtained from the copyright holder.

The appellant presents two main arguments in favour of its contention that the right to make ephemeral recordings is included within the right to broadcast. First, the appellant submits that the Act must be interpreted in light of technological progress and the practical exigencies of broadcasting. When understood in this light, an ephemeral recording falls within the definition of broadcast performance, rather than being a true recording, because it is part of the process by which such performances are usually effected. An ephemeral recording may be distinguished from a true recording by the purpose for which it is made. A record within the meaning of s. 3(1)(d), according to the appellant, is one made for the purpose of being reproduced, thereby reaching a wider audience than the original performance. An ephemeral recording, on the other hand, is but a means to facilitate reaching exactly the same audience as a live broadcast performance would. It is not intended to be reproduced, and is often technically unsuitable for high quality reproduction.

Appellant’s second main contention is that in granting a licence through PRS and CAPAC to broadcast performances of his work, respondent impliedly consented to the making of the ephemeral recordings. Under s. 17 (now s. 27) of the Act, there is no copyright infringement if a person does something which only the copyright holder has the right to do, provided that the copyright holder consents. This argument too depends on the appel-

autoriser la conservation de ces enregistrements dans les archives officielles en raison de leur caractère exceptionnel de documentation.

Cependant, le Canada n’a pas ratifié la Convention de Bruxelles et, à la différence de nombreux pays, n’a pas expressément prévu dans ses lois que ces enregistrements «éphémères» sont accessoires au droit de radiodiffusion. C’est pour cela que se pose la question en l’espèce—le droit d’effectuer un préenregistrement d’une émission destinée à la radiodiffusion est-il compris dans le droit de diffusion ou la confection d’un préenregistrement constitue-t-elle la confection de «toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques» au sens de l’al. 3(1)d) pour lesquels il faut obtenir une autorisation distincte du détenteur du droit d’auteur?

L’appelante présente deux arguments principaux en faveur de sa prétention que le droit d’effectuer un enregistrement éphémère est compris dans le droit de radiodiffusion. D’abord, l’appelante soutient que la Loi doit s’interpréter en fonction des progrès technologiques et des exigences de la radiodiffusion. Dans cette perspective, l’enregistrement éphémère n’est pas un véritable enregistrement mais relève de la définition d’exécution radiodiffusée parce qu’il fait partie du processus par lequel l’exécution est ordinairement réalisée. Un enregistrement éphémère peut se distinguer d’un véritable enregistrement par la fin pour laquelle il est fait. Selon l’appelante, un enregistrement visé par l’al. 3(1)d) est celui qui est fait dans le but d’être reproduit et pour atteindre ainsi un auditoire plus nombreux que l’exécution originale. Un enregistrement éphémère, par ailleurs, ne sert qu’à atteindre le même auditoire qu’une exécution diffusée en direct. Il n’est pas destiné à être reproduit et il est souvent inutilisable, du point de vue technique, pour la reproduction de grande qualité.

Dans son deuxième argument principal, l’appelante soutient qu’en accordant une licence qui autorise la radiodiffusion des exécutions de son œuvre, par l’entremise de PRS et CAPAC, l’intimé a implicitement consenti à la confection d’enregistrements éphémères. En vertu de l’art. 17 (maintenant art. 27) de la Loi, il n’y a pas de violation du droit d’auteur lorsqu’une personne fait quelque chose que seul le titulaire du droit d’au-

lant's contention that prerecording is standard practice in the broadcast industry. Appellant also places some reliance on the fact that in Britain, a licence from PRS to broadcast a performance would by statute (*Copyright Act, 1956*, s. 6(7)) include the right to make ephemeral recordings. Therefore, respondent's ceding of performance rights to PRS must be understood as including consent to the appellant's act of making the ephemeral recordings.

The respondent relies on a more literal reading of ss. 2 and 3 of the Act. Although s. 2's definition of "performance" includes a representation made by radio communication, nothing in that definition limits s. 3(1)(d), which provides that the copyright holder has the sole right to make any record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered. Section 3(1)(d) does not on its terms distinguish between a recording made to facilitate a broadcast and one made for any other purpose. Playing the recording for broadcast comes within the definition of performance, but making the recording does not. In the respondent's view, the ability to prerecord for greater convenience and flexibility when broadcasting is a benefit for which the broadcaster should be expected to pay.

On the issue of consent, respondent claims that no consent to prerecord is given by the CAPAC licence. The respondent challenges the contention that prerecording of works in which copyright is held by others is standard practice, maintaining that this was not proved by expert witnesses. Furthermore, CAPAC would be unable to grant a licence to record, because under the scheme of the Act CAPAC deals only with performing rights. Although respondent's arrangement with PRS might mean he would have ceded the right to make ephemeral recordings in Britain, the question of what rights were given to the appellant by

teur a le droit de faire, si le titulaire du droit d'auteur y consent. Cet argument repose aussi sur la prétention de l'appelante que la confection d'un préenregistrement est d'usage courant dans l'industrie de la radiodiffusion. L'appelante invoque aussi le fait qu'en Grande-Bretagne, selon la Loi (*Copyright Act, 1956*, par. 6(7)), une licence concédée par la PRS pour la diffusion d'une œuvre comporte le droit d'en faire des enregistrements éphémères. En conséquence, par la cession qu'il a faite de ses droits d'exécution à la PRS, l'intimé est censé avoir donné son consentement à la confection par l'appelante des enregistrements éphémères.

L'intimé s'appuie sur une interprétation plus littérale des art. 2 et 3 de la Loi. Bien que la définition d'«exécution» comprenne une représentation faite par transmission radiophonique, rien dans la définition ne restreint l'al. 3(1)d, qui édicte que le titulaire du droit d'auteur a le droit exclusif de confectionner toute empreinte, rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide duquel l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement. L'alinéa 3(1)d n'établit pas de distinction entre un enregistrement fait pour faciliter la radiodiffusion et celui fait pour toute autre fin. Faire jouer l'enregistrement aux fins de radiodiffusion entre dans la définition d'«exécution», mais faire l'enregistrement n'y entre pas. Du point de vue de l'intimé, la possibilité de préenregistrer l'émission pour la commodité et la souplesse de la radiodiffusion est un avantage que le radiodiffuseur devrait payer.

Quant à la question du consentement, l'intimé soutient que la licence délivrée par CAPAC ne comporte pas de consentement au préenregistrement. L'intimé conteste la prétention que le préenregistrement d'œuvres assujetties au droit d'auteur d'un tiers est une pratique courante et soutient que cette pratique n'a pas été prouvée par témoins experts. De plus, selon lui, CAPAC est incapable de délivrer une licence qui autorise l'enregistrement parce qu'en vertu du régime de la Loi, CAPAC traite uniquement des droits d'exécution. Même si une entente entre l'intimé et PRS pouvait signifier qu'il a cédé le droit d'effectuer des enre-

the CAPAC licence must be governed by the Canadian legislation, which makes no allowance for such recordings.

Issue I: Does the Right to Broadcast a Performance Include the Right to Make Ephemeral Recordings?

Analysis of these arguments must begin by emphasizing that copyright law is purely statutory law, which “simply creates rights and obligations upon the terms and in the circumstances set out in the statute”: *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 373, *per* Estey J. First and foremost, then, this case is a matter of statutory interpretation. It is clear from an examination of s. 3(1) that it lists a number of distinct rights belonging to the copyright holder. As stated in *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), at p. 1507, *per* Greene L.J.:

Under the Copyright Act, 1911 [on which the Canadian Act was based], s. 1(2), the rights of the owner of copyright are set out. A number of acts are specified, the sole right to do which is conferred on the owner of the copyright. The right to do each of these acts is, in my judgment, a separate statutory right, and anyone who without the consent of the owner of the copyright does any of these acts commits a tort; if he does two of them, he commits two torts, and so on.

See also *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, *supra*, at p. 373.

The right to perform (including radio broadcast), and the right to make a recording, are separately enumerated in s. 3(1). They are distinct rights in theory and in practice, as is evident from a description of the licensing system by which musicians obtain payment for use of their works:

Two main assignments occur. Both are a significant step towards earning income from transferring copyright. One is the assignment of the performing right to a performing rights society. The terms of the assignment are technically negotiable. However, both PROCAN and CAPAC, which are discussed below, have standard forms for assigning performing rights which are seldom amended. The second assignment is of the remainder of

gistements éphémères en Grande-Bretagne, la question des droits conférés par CAPAC à l'appelante relève de la loi canadienne, qui ne prévoit pas ce genre d'enregistrement.

Question I: Le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre comporte-t-il celui d'effectuer des enregistrements éphémères?

Pour analyser ces arguments, il faut d'abord rappeler que le droit d'auteur a pour seule source la législation qui «crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif»: *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, à la p. 373, le juge Estey. Ce pourvoi soulève donc d'abord et avant tout une question d'interprétation des lois. Il ressort nettement de l'examen du par. 3(1) qu'il énumère un certain nombre de droits distincts qui appartiennent au titulaire du droit d'auteur. Comme le dit le lord juge Greene dans l'arrêt *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), à la p. 1507:

[TRADUCTION] Le paragraphe 1(2) de la Copyright Act, 1911 [sur laquelle la Loi canadienne est modelée] expose les droits du titulaire d'un droit d'auteur. Il énumère certains actes que seul le titulaire d'un droit d'auteur peut accomplir. Le droit d'accomplir chacun de ces actes est, à mon avis, un droit distinct, créé par la loi, et quiconque accomplit l'un de ces actes sans le consentement du titulaire du droit d'auteur commet de ce fait un délit; s'il en accomplit deux, il commet deux délits et ainsi de suite.

Voir également *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, précité, à la p. 373.

Le droit d'exécuter une œuvre (notamment celui de la radiodiffuser) et le droit de faire un enregistrement sont mentionnés de façon distincte au par. 3(1). Ce sont des droits distincts en théorie et en pratique, comme l'indique clairement la description du système de licences qui permet de rémunérer les musiciens pour l'utilisation de leurs œuvres:

[TRADUCTION] Il y a deux cessions principales. Les deux constituent une étape importante dans la perception de revenus par le transfert du droit d'auteur. La première est la cession du droit d'exécution à une société de droits d'exécution. Les conditions de la cession sont négociables en principe. Cependant, PROCAN et CAPAC, dont on parle plus loin, ont des formules normalisées de cession des droits d'exécution qui sont

the copyright, that is, all copyright except the performing right, which was previously assigned to the performing rights society, to a music publisher. Upon assignment, the publisher becomes the owner of the copyright, and usually through its agent reproduction rights agency, licenses specific copyright uses thereby generating income. This is a skeletal outline of the voluntary aspect of the transfer system in relation to the music business.

Reproduction rights agencies are generally agents for music publishers as owners of musical copyrights. They license reproduction rights, which are essentially all of the musical copyrights other than the performing right.

(P. Sanderson, *Musicians and the Law in Canada* (1985), at pp. 22 and 24.)

Thus the rights to perform and to record a work are considered sufficiently distinct that they are generally assigned separately, and administered by different entities.

The distinction is also mirrored in the Act, beyond the separate enumeration of the two rights in s. 3(1). Both the right to perform and the right to record are subject to a system of compulsory licensing, but under markedly different terms. Under s. 13 (now s. 15) of the Act, if a work has been performed in public during the composer's lifetime, then anytime after the composer's death on application the Governor in Council may order that the copyright owner grant a licence to perform the work in public. By contrast, once a work has been recorded any other person may make a recording of the work, as long as a royalty of two cents per side per copy is paid to the copyright holder (s. 19 (now s. 29)).

This distinction between the right to perform and the right to record a work is unsurprising in light of the object and purpose of the Act. As noted by Maugham J., in *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, at p. 127, "the Copyright Act, 1911, was passed with a single object, namely, the

rarement modifiées. La deuxième est la cession du résidu du droit d'auteur, c'est-à-dire, la totalité du droit d'auteur, moins le droit d'exécution, qui a déjà fait l'objet d'une cession à une société de droits d'exécution, à un éditeur de musique. Par cette cession, l'éditeur acquiert le droit d'auteur et, ordinairement par l'intermédiaire de son propre agent de droits de reproduction qui le représente, cède des droits spécifiques d'utilisation qui engendrent des revenus. Tel est, en bref, le système consensuel de cession en matière de transactions relatives à la musique.

Les agents de droits de reproduction agissent ordinairement pour le compte des éditeurs de musique à titre de détenteurs du droit d'auteur sur la musique. Ils cèdent les droits de reproduction, qui sont essentiellement la totalité du droit d'auteur sur la musique moins le droit d'exécution.

(P. Sanderson, *Musicians and the Law in Canada* (1985), aux pp. 22 et 24.)

Donc le droit d'exécuter une œuvre et celui de l'enregistrer sont suffisamment distincts pour être ordinairement cédés séparément et administrés par des organismes différents.

La Loi reflète aussi cette distinction, en plus des mentions distinctes des deux droits au par. 3(1). Le droit d'exécuter l'œuvre et celui de l'enregistrer sont assujettis à un régime de licences obligatoires, mais à des conditions très différentes dans les deux cas. En vertu de l'art. 13 (maintenant art. 15) de la Loi, si une œuvre a été exécutée en public du vivant du compositeur, le gouverneur en conseil peut, sur demande après la mort du compositeur, ordonner au titulaire du droit d'auteur d'accorder une licence autorisant l'exécution de l'œuvre en public. Par contre, quand une œuvre a été enregistrée, n'importe qui peut l'enregistrer pourvu qu'un tantième de deux cents pour chaque face de chaque reproduction soit payé au titulaire du droit d'auteur (art. 19 (maintenant art. 29)).

Cette distinction faite entre le droit d'exécuter une œuvre et celui de l'enregistrer n'est pas étonnante compte tenu de l'objet et des fins de la Loi. Comme le souligne le juge Maugham dans l'arrêt *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, à la p. 127, [TRADUCTION] «la Copyright Act de 1911 a

benefit of authors of all kinds, whether the works were literary, dramatic or musical". See also Article 1 of the Revised Berne Convention, cited above. A performance is by its very nature fleeting, transient, impermanent. When it is over, only the memory remains. A composer who authorizes performance of his work for a period of time has not irrevocably given up control over how the work is presented to the public. He may choose at a future time to withdraw his authorization, and be the sole interpreter of his own work, or he may place conditions on his authorization. He may control the frequency of performance, and choose the audiences which are to hear his work. Other performers might copy his performances without authorization, but the public nature of performance is such that this will likely come to his attention. Furthermore, no imitation of a performance can be a precise copy. A recording, on the other hand, is permanent. It may be copied easily, privately, and precisely. Once a work has been recorded, the recording takes on a life of its own. This is why, from a composer's point of view, the right to control the circumstances under which the first recording is made is crucial. Once the composer has made or authorized a recording of his work, he has irrevocably given up much of his control over its presentation to the public. These are the reasons why the rights to perform and to record are recognized as distinct in the Act, and why in practice a composer may wish to authorize performances but not recordings of his work.

The parties in this case do not disagree on the basic distinction that the Act makes between the right to record and the right to perform. The appellant, however, argues that it is not at issue in this case, because an ephemeral recording has nothing to do with s. 3(1)(d). It is not made for the purpose of being reproduced or sold, but rather for technical reasons. But as the respondent points out, s. 3(1)(d) contains no mention of purpose. It simply provides that copyright includes the sole right:

un but unique et a été adoptée au seul profit des auteurs de toutes sortes, que leurs œuvres soient littéraires, dramatiques ou musicales». Voir également l'article premier de la Convention de Berne révisée déjà citée. Une exécution est par sa nature même fugace, momentanée, passagère. Lorsqu'elle est terminée, il n'en reste plus que le souvenir. Un compositeur qui autorise l'exécution de son œuvre pour une période définie n'a pas irrévocablement cédé tout contrôle sur la manière dont son œuvre sera présentée au public. Il peut, par la suite, retirer son consentement et être le seul interprète de son œuvre, ou poser des conditions à son consentement. Il peut déterminer la fréquence des exécutions et choisir les auditoires qui entendront son œuvre. D'autres interprètes peuvent imiter son exécution sans son autorisation, mais le caractère public de l'exécution fait en sorte qu'elle viendra probablement à la connaissance du compositeur. De plus, aucune imitation d'une exécution n'en est une reproduction parfaite. En revanche, un enregistrement est permanent. Il est facile d'en faire des reproductions exactes et privées. Dès qu'une œuvre a été enregistrée, son enregistrement acquiert une sorte d'autonomie. C'est la raison pour laquelle, pour un compositeur, le droit de contrôle des circonstances dans lesquelles le premier enregistrement est effectué est essentiel. Après avoir enregistré son œuvre ou en avoir autorisé l'enregistrement, un compositeur a cédé de façon définitive une large part de contrôle sur la présentation de son œuvre au public. C'est pour cela que la Loi établit une distinction entre le droit d'exécuter une œuvre et celui de l'enregistrer et qu'un auteur peut, en pratique, vouloir autoriser l'exécution de son œuvre mais non son enregistrement.

Les parties en l'espèce ne contestent pas la distinction fondamentale que fait la Loi entre le droit d'enregistrer une œuvre et celui de l'exécuter. L'appelante soutient cependant que cette distinction n'est pas en cause en l'espèce, parce qu'un enregistrement éphémère n'a rien à voir avec l'al. 3(1)d). Il n'est pas fait avec l'intention de le vendre ou de le reproduire, mais il l'est plutôt pour des motifs techniques. Toutefois, comme l'intimé le souligne, l'al. 3(1)d) ne mentionne pas le but. Il édicte seulement que le droit d'auteur comporte le droit exclusif:

(d) in the case of a literary, dramatic, or musical work, to make any record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered;

Interpretation of a statute must always begin with the ordinary meaning of the words used, and nothing in this section restricts its application to recordings made for the purpose of reproduction and sale. A recording may be made for any purpose, even one not prejudicial to the copyright holder, but if it is not authorized by the copyright holder then it is an infringement of his rights. For example, it would seem to me that an agent who made an unauthorized recording of a songwriter's work for the purpose of getting record companies interested would not have infringed the Act any less because his action ultimately benefited the songwriter.

The appellant argues that ephemeral recordings fall outside the scope of s. 3(1)(d) because they are necessarily included within the separate right to broadcast a performance. Appellant submitted that in modern practice, all but 10 per cent of television programming is prerecorded, and that prerecording is virtually essential to ensure the quality of broadcasts, and to enable broadcasters to offer the same programming at convenient times across five different time zones.

I do not doubt that the facts on which this contention is based are true, and I cannot say that I am unsympathetic to the appellant's situation. However, the appellant has not established that, at the time of their enactment, the sections of the Act providing for the right to broadcast a performance must have been understood to include the right to prerecord. Even now it remains fully possible, and quite common, to broadcast live performances. And a literal reading of s. 3(1)(d) does not by any means prohibit the practice of prerecording. It simply requires a broadcaster wishing to prerecord to make the appropriate arrangements with the holder of the recording rights.

Furthermore, an implied exemption to the literal meaning of s. 3(1)(d) is all the more unlikely, in

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, de confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement;

L'interprétation des lois doit toujours commencer par le sens ordinaire des mots employés et rien dans cet alinéa ne limite son application aux enregistrements faits aux fins de reproduction et de vente. Un enregistrement fait dans n'importe quel but, même non préjudiciable au titulaire du droit d'auteur, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur constitue une violation de ses droits. Ainsi, il me semble qu'un agent qui fait un enregistrement non autorisé de la chanson d'un auteur dans le but de susciter l'intérêt des fabricants de disques n'a pas moins violé la Loi parce que son acte profitera, en fin de compte, à l'auteur de la chanson.

L'appelante soutient que l'al. 3(1)d) ne s'applique pas aux enregistrements éphémères parce qu'ils relèvent nécessairement du droit distinct de diffuser l'exécution de l'œuvre. L'appelante soutient que, selon l'usage actuel, 90 p. 100 des émissions télévisées sont préenregistrées et que le préenregistrement est presque indispensable pour assurer la qualité de la diffusion et pour permettre aux stations de diffuser les mêmes émissions, aux heures voulues, dans cinq fuseaux horaires différents.

Je ne mets pas en doute l'exactitude des faits sur lesquels cette prétention se fonde et je ne puis dire que je sois indifférente à la situation de l'appelante. Cependant, l'appelante n'a pas prouvé que, à l'époque de l'adoption de la Loi, le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre prévu dans ses dispositions incluait nécessairement le droit d'en faire un préenregistrement. Même aujourd'hui il reste toujours possible de diffuser des œuvres en direct et la chose se fait couramment. De plus, le sens littéral de l'al. 3(1)d) n'interdit nullement la pratique du préenregistrement. Il oblige seulement le radiodiffuseur qui veut faire un préenregistrement à obtenir l'autorisation du titulaire des droits d'enregistrement.

De plus, une exception implicite au sens littéral de l'al. 3(1)d) est, à mon avis, d'autant moins

my opinion, in light of the detailed and explicit exemptions in s. 17(2) (now s. 27(2)) of the Act, providing for matters as diverse as private study, research or critical review, educational use, disclosure of information pursuant to various federal Acts, and performance of a musical work without motive of gain at an agricultural fair.

Appellant points out further that it is required by a regulation promulgated by the Canadian Radio and Telecommunication Commission (*Television Broadcasting Regulations*, C.R.C. 1978, c. 381, s. 5(5)) to make archival recordings of all programmes, and keep them for at least four weeks from date of broadcast. In light of this requirement, it is submitted, at least one exception to s. 3(1)(d) must be implied.

I cannot see how this aids the appellant. The CRTC archival recordings are not strictly at issue in this case, and are raised only by analogy. They do appear to conflict with the right given to the copyright holder by s. 3(1)(d), it is true. But that simply means that if a copyright holder were ever to claim that his rights were being infringed by the unauthorized recording of his works for archival purposes, the courts would have to decide whether the two enactments are reconcilable, or whether one or the other should take precedence. In this case, however, no legislation compelled the appellant to make the prerecordings.

Even though the purpose for which the recordings are made is not one that is prejudicial to the copyright holder, that is not to say that the copyright holder has no interest in whether or not they are made. As pointed out above, the existence of a studio recording increases the possibility of unauthorized copying, and of the copyright holder losing some degree of control over the work. While the risk of this occurring may be small when the recording is made by a legitimate broadcaster such as the appellant, the copyright holder would no doubt want the security of knowing that adequate safeguards are being taken against this possibility. In other countries, where the right to make eph-

plausible que le par. 17(2) (maintenant par. 27(2)) de la Loi prévoit des exceptions expresses et détaillées dans des cas aussi divers que l'étude privée, la recherche, l'étude critique, l'utilisation à des fins d'éducation, la communication de documents en application de diverses lois fédérales et l'exécution, sans but lucratif, d'une œuvre musicale à une foire agricole.

L'appelante souligne de plus qu'en vertu d'un règlement promulgué par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (*Règlement sur la télédiffusion*, C.R.C. 1978, ch. 381, par. 5(5)), elle est tenue de faire des enregistrements d'archives de toutes les émissions et de les conserver pendant au moins quatre semaines après la date de leur radiodiffusion. Elle soutient que cette exigence permet de conclure à l'existence d'une exception au moins à l'al. 3(1)d).

Je ne puis voir en quoi cela aide l'appelante. Les enregistrements d'archives exigés par le CRTC ne sont pas strictement en cause en l'espèce et sont invoqués aux fins d'analogie seulement. Il est vrai qu'ils paraissent entrer en conflit avec le droit accordé au titulaire du droit d'auteur en vertu de l'al. 3(1)d). Mais cela signifie simplement que si un titulaire de droit d'auteur devait un jour soutenir que ses droits sont violés par l'enregistrement non autorisé de ses œuvres pour fins d'archives, les tribunaux devraient déterminer alors si les deux dispositions sont conciliables ou si l'une doit prévaloir sur l'autre. En l'espèce, aucune disposition législative n'obligeait l'appelant à faire les préenregistrements.

Même si l'objectif visé par les enregistrements n'est pas préjudiciable au titulaire du droit d'auteur, cela ne signifie pas que ce dernier n'a pas d'intérêt à ce qu'il en soit fait ou non. Comme je l'ai déjà souligné, l'existence d'un enregistrement effectué en studio augmente le risque de reproduction non autorisée et d'une certaine perte de contrôle par le titulaire du droit d'auteur sur son œuvre. Bien que ce risque soit faible quand l'enregistrement est le fait d'un radiodiffuseur autorisé comme l'appelante, le titulaire du droit d'auteur voudrait sans doute avoir la certitude que des précautions suffisantes sont prises contre ce risque. Dans d'autres pays, où le droit d'effectuer des

meral recordings as an adjunct of broadcast performances is recognized by statute, conditions are imposed on the broadcaster limiting the time for which an ephemeral recording may be kept, and the use to which it may be put. The Government White Paper on copyright legislation reform (*From Gutenberg to Telidon* (1984), at pp. 44-45), in recommending that the Act be amended to contain a specific exemption for ephemeral recordings, emphasized the need for such limits:

As the exemption is intended to allow for ephemeral or temporary recordings there is a need for a restricted period for which it will last.

Public comment is invited on the length of time that broadcasting organizations should be allowed to retain copies of an ephemeral recording. [The Brussels Convention is cited.] National practice varies greatly: for example, 15 days (Italy), 28 days (the United Kingdom and the Netherlands), 3 months (Luxembourg), 6 months (Morocco and the United States) and 1 year (Sweden, Finland and Australia). Some countries, such as Sweden and Finland, place limits on the number of times that the ephemeral recording can be used during the prescribed time period, while others allow any number of otherwise noninfringing uses. There will be no such limit in the Canadian Act.

It should be noted that the right to make an ephemeral recording does not in itself create a right to broadcast the work recorded. Most works protected by copyright (with the exception of sound recordings) contain a broadcast right; therefore it would be necessary to obtain the authorization of the copyright owner to rebroadcast the work regardless of how long the ephemeral recording may be kept. Broadcasters argue that this provides an adequate safeguard against abuse.

Doubtless copyright owners are concerned that, notwithstanding the provisions of the Act, ephemeral recordings made for broadcast purposes may find their way into other uses if they are kept for too long.

Without such limits, the proper balance between the technical needs of broadcasters and the security of copyright holders is unlikely to be struck.

Appellant argues that the fact that there are special exemptions in other countries for ephemeral

enregistrements éphémères est reconnu par la loi comme étant accessoire à la diffusion des exécutions, des conditions sont imposées aux radiodiffuseurs quant à la durée de conservation des enregistrements éphémères et quant à leur utilisation. Le Livre blanc sur le droit d'auteur publié par le gouvernement (*De Gutenberg à Télidon* (1984), à la p. 43) recommandait de modifier la Loi pour y inclure une exception précise à l'égard des enregistrement éphémères, mais soulignait aussi la nécessité de certaines restrictions:

L'exception ayant pour objet les enregistrements éphémères, il sera nécessaire d'en fixer la durée. Le public est invité à donner son avis sur le temps pendant lequel les entreprises de radiodiffusion auraient le droit de conserver des copies de ces enregistrements. [Suit une citation de la Convention de Bruxelles.] Cette période varie grandement suivant les pays: 15 jours en Italie, 28 au Royaume-Uni et dans les Pays-Bas, 3 mois au Luxembourg, 6 mois au Maroc et aux États-Unis, un an en Suède, en Finlande et en Australie. Certains pays, dont la Suède et la Finlande, limitent le nombre de fois qu'un enregistrement éphémère peut être utilisé; d'autres permettent un nombre illimité d'utilisations. La nouvelle loi canadienne ne comportera pas de restrictions relatives au nombre d'utilisations de ces enregistrements.

Il convient de souligner que le droit de réaliser un enregistrement éphémère ne confère pas en soi celui de radiodiffuser l'œuvre. Les œuvres protégées comportent le droit de transmission radiophonique. Par conséquent, l'émission contenant l'œuvre protégée ne pourra être radiodiffusée sans l'autorisation du titulaire du droit de transmission radiophonique sur cette œuvre, quelle que soit par ailleurs la durée pendant laquelle l'enregistrement éphémère (*sic*) pourra être légalement conservé. Les organismes de radiodiffusion voient en cela une protection suffisante contre les abus.

Les titulaires de droits d'auteur craignent que si les enregistrements réalisés à des fins de radiodiffusion sont conservés trop longtemps, ils ne fassent l'objet d'autres utilisations en dépit de la loi.

Sans ces restrictions, il est peu probable que le juste équilibre entre les contraintes techniques imposées aux diffuseurs et la protection des titulaires de droits d'auteur puisse être réalisé.

L'appelante soutient que l'existence d'exemptions faites dans d'autres pays à l'égard des enre-

al recordings is not relevant to the interpretation of the Canadian Act, because those countries, unlike Canada, adhere to the Brussels Convention and are thereby bound to pass an explicit legislative exemption to authorize the practice. However, it does not follow from the fact that Canada is not bound to pass specific legislation with respect to ephemeral recordings that its failure to do so implies that the right to make ephemeral recordings is implicit in the existing legislation. On the contrary, the breadth of s. 3(1)(d) would seem to make a specific exemption equally necessary. Furthermore, whether one is considering Canada or the other countries, an explicit provision is necessary for practical reasons, in order to strike the appropriate balance between the technical needs of the broadcasters and the need for security of the copyright holders.

It cannot be denied that ephemeral recordings are a highly useful device for broadcasters, and their use appears to be widespread not only within Canada but in many other countries. But they are also a device which is subject to abuse—abuse that the copyright holder whose interests the Act is designed to protect has little means of detecting or controlling. Task forces and legislators who have considered the matter have concluded that strict safeguards are necessary if ephemeral recording rights are to be recognized as an incident of broadcasting rights. Yet the appellant asks us to read into as implicit in the existing legislation a right which is unlimited, and provides no protection to the copyright owner other than the broadcasters' good faith.

It may be argued that an unlimited implicit right to make ephemeral recordings is not necessary, and that the courts could also imply limits to the right. However, the policy issues associated with such a rule would be beyond the proper purview of the courts. On the basis of what legal principle could a court decide on an appropriate length of time for which an ephemeral recording may be kept, or an appropriate number of times it

gistements éphémères n'a pas d'incidence sur l'interprétation de la loi canadienne parce que ces pays, à la différence du Canada, ont signé la Convention de Bruxelles et sont donc tenus d'adopter des dispositions législatives explicites pour autoriser cette pratique. Cependant, il ne découle pas du fait que le Canada n'est pas tenu d'adopter de disposition législative spécifique au sujet des enregistrements éphémères que, parce qu'il n'en a pas adopté, le droit d'effectuer des enregistrements éphémères est implicite dans les dispositions législatives actuelles. Au contraire, la portée de l'al. 3(1)d) semble rendre une exception explicite tout aussi nécessaire. De plus, qu'on envisage la situation au Canada ou dans les autres pays, une disposition explicite est nécessaire pour des raisons pratiques, pour établir un juste équilibre entre les contraintes techniques imposées aux radiodiffuseurs et la protection des titulaires de droits d'auteurs.

On ne peut contester que les enregistrements éphémères sont extrêmement utiles aux radiodiffuseurs et que leur utilisation est généralisée non seulement au Canada mais aussi dans de nombreux autres pays. Mais ils sont aussi un outil qui peut donner lieu à des abus que le titulaire du droit d'auteur, que la loi est censée protéger, n'a pas ou que peu de moyens de détecter et de prévenir. Les groupes de travail et les législateurs qui ont examiné cette question ont conclu qu'il est nécessaire d'imposer des mesures strictes de protection si le droit d'effectuer des enregistrements éphémères est reconnu comme accessoire aux droits de diffusion. Pourtant l'appelante nous demande de voir dans les dispositions législatives actuelles un droit implicite et illimité qui ne laisserait au titulaire du droit d'auteur d'autre protection que celle de la bonne foi des radiodiffuseurs.

On peut soutenir que le droit implicite et illimité de faire des enregistrements éphémères n'est pas nécessaire ou encore que les tribunaux pourraient imposer des restrictions à ce droit. Cependant, les questions de nature politique qu'une telle décision mettent en cause ne sont pas du ressort des tribunaux. Sur quel fondement juridique un tribunal pourrait-il fixer la durée de rétention de ces enregistrements éphémères ou encore le nombre d'utili-

may be played? These are matters which fall squarely within the legislative purview. As stated in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760:

There are sound reasons supporting . . . judicial reluctance to dramatically recast established rules of law. The court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make. Major changes to the law often involve devising subsidiary rules and procedures relevant to their implementation, a task which is better accomplished through consultation . . . than by judicial decree.

The issue of ephemeral recording rights (together with rights to make archival recordings) is one that has long been on the legislative agenda, as is evident from the above White Paper excerpt. See also Royal Commission on Patents, Copyright, Trade Marks and Industrial Design, *Report on Copyright* (the Ilsley Report) (1957), at p. 57; A. A. Keyes and C. Brunet, *Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law* (1977), at pp. 167-68; *A Charter of Rights for Creators: Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright* (1985), at pp. 60-62; *Government Response to the Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright* (1986), at pp. 11-12. Given the policy issues raised and the repeated consideration of the matter by Parliament and its legislative adjuncts, it is my view that it would be inappropriate for this Court to interfere.

In sum, I am not convinced that there is any reason to depart from the literal readings of s. 3(1)(d) and the introductory paragraph to s. 3(1) of the Act, which on their face draw a distinction between the right to make a recording and the right to perform. Neither the wording of the Act, nor the object and purpose of the Act, nor practi-

sations? Ces questions relèvent nettement du pouvoir législatif. Notre Cour a dit dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, aux pp. 760 et 761:

^a Il y a de solides raisons qui justifient [. . .] réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires ^b nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation [. . .] que par décision judiciaire.

La question des droits relatifs aux enregistrements éphémères (comme celle des droits relatifs ^c aux enregistrements d'archives) est depuis longtemps au calendrier législatif comme en témoigne l'extrait cité du Livre blanc. Voir également: La Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels, *Rapport sur le droit d'auteur* (Rapport Ilsley) (1957), à la p. 57; A. A. Keyes et C. Brunet, *Le droit d'auteur au Canada: Propositions en vue d'une révision de la Loi* (1977), aux pp. 167 ^d et 168; *Une Charte des droits des créateurs: Rapport du sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur* (1985), aux pp. 60 à 62; *Réponse du gouvernement au rapport du sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur* (1986), aux pp. 11 et 12. En raison des questions de principe soulevées et des nombreux examens du sujet par le Parlement et ses organes législatifs, notre Cour, à mon avis, ne devrait pas intervenir.

^e En résumé, je ne suis pas convaincue qu'il existe quelque motif de s'écarter de l'interprétation littérale de l'al. 3(1)d) et de la phrase liminaire du par. 3(1) de la Loi, qui visiblement établissent une distinction entre le droit d'effectuer un enregistrement et celui d'exécuter une œuvre. Ni les termes de la Loi, ni son objet, ni ses fins non plus qu'au-

cal necessity support an interpretation of these sections which would place ephemeral recordings within the introductory paragraph to s. 3(1) rather than s. 3(1)(d). On the contrary, policy considerations suggest that if such a change is to be made to the Act it should be made by the legislature, and not by a forced interpretation. I conclude that the right to broadcast a performance under s. 3(1) of the Act does not include the right to make ephemeral recordings for the purpose of facilitating the broadcast.

Issue II: Did the Respondent Consent to the Ephemeral Recordings?

The appellant argues that there was no infringement of the respondent's copyright because the appellant made the ephemeral recordings with the consent of the copyright holder.

It is common ground that there was no express consent given by either CAPAC or the respondent to the appellant to make the recordings. However, the appellant submits that consent can be implied from the circumstances. As stated by H. G. Fox, in *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (2nd ed. 1967), at p. 339:

In order to constitute an infringement the act complained of must be done "without the consent of the owner of the copyright". Such a consent may be presumed from the circumstances. The inference of consent must be clear before it will operate as a defence and must come from the person holding the particular right alleged to be infringed. [Emphasis added.]

Since the appellant never dealt directly with the respondent, consent to make the recordings must have come, if at all, from CAPAC. Furthermore, in light of the above analysis the appellant must show that CAPAC was capable of authorizing the appellant to make recordings.

The appellant places some emphasis on the fact that its licence from CAPAC authorized multiple performances within the licence period:

To meet the convenience of operators of television stations other than the Canadian Broadcasting Corporation for a general licence covering the television broad-

cun motif de nécessité pratique ne permettent d'interpréter ces dispositions de façon que les enregistrements éphémères relèveraient de la phrase liminaire du par. 3(1) plutôt que de l'al. 3(1)d).
 a Au contraire, des considérations de politique indiquent que s'il faut apporter cette modification à la Loi, il faut que ce soit fait par le législateur et non par le moyen d'une interprétation forcée. Je conclus que le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre en vertu du par. 3(1) de la Loi ne comporte pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion.

Question II: L'intimé a-t-il donné son consentement aux enregistrements éphémères?

L'appelante soutient qu'il n'y a pas eu de violation du droit d'auteur de l'intimé parce qu'elle a fait les enregistrements éphémères avec le consentement du titulaire du droit d'auteur.

Il est admis par les parties que ni CAPAC ni l'intimé n'ont donné leur consentement exprès à la confection des enregistrements. Cependant, l'appelante soutient que le consentement peut se déduire des circonstances. Comme le dit H. G. Fox, dans *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (2^e éd. 1967), à la p. 339:

[TRADUCTION] Pour qu'il constitue une violation l'acte reproché doit avoir été fait «sans le consentement du titulaire du droit d'auteur». Ce consentement peut être présumé dans certaines circonstances. La présomption de consentement doit être claire pour pouvoir servir de moyen de défense et le consentement doit provenir du titulaire du droit précis qui a été violé. [Je souligne.]

Puisque l'appelante n'a jamais eu de rapport direct avec l'intimé, le consentement à la confection des enregistrements, s'il y a eu consentement, doit avoir été donné par CAPAC. De plus, selon l'analyse qui précède, l'appelante doit prouver que CAPAC était habilitée à autoriser l'appelante à faire des enregistrements.

L'appelante insiste sur le fait que la licence qu'elle détenait de CAPAC autorisait plusieurs exécutions de l'œuvre pendant la période de validité de la licence:

Pour la commodité des exploitants de stations de télévision, autres que celles de la Société Radio Canada, en ce qui concerne une licence générale visant la télévi-

casting for private and domestic use only at any time and as often as desired during the licence period of any and all the works for which the Association has from time to time power to grant a performing licence, licences are issued for each calendar month. [Emphasis added.]

I cannot conclude that this licence impliedly confers consent to make ephemeral recordings. On one reading, the licence may be seen as adverting to multiple live performances. On another, it could be taken as referring to performances using a recording for which authorization has been separately obtained. In short, the licence falls far short of providing a "clear inference" of consent to make ephemeral prerecordings of a broadcast.

More fundamentally, CAPAC can grant only such licences as lie within its powers. These powers, it will be seen, are confined to performances and do not extend to contrivances for the reproduction of the performance. The licence refers to "any and all the works for which the Association has from time to time power to grant a performing licence". Similarly, the provisions of the Act that give CAPAC its status refer exclusively throughout to the grant of performance licences:

48. (1) Each society, association or company that carries on in Canada the business of acquiring copyrights of dramatico-musical or musical works or of performing rights therein, and deals with or in the issue or grant of licences for the performance in Canada of dramatico-musical or musical works in which copyright subsists, shall, from time to time, file with the Minister at the Copyright Office lists of all dramatico-musical and musical works, in current use in respect of which such society, association or company has authority to issue or grant performing licences or to collect fees, charges or royalties for or in respect of the performance of its works in Canada.

(2) Each such society, association or company shall, on or before the 1st day of November in each and every year, file, with the Minister at the Copyright Office statements of all fees, charges or royalties which such society, association or company proposes during the next

sion aux seules fins privées et domestiques, en tout temps et aussi souvent que les exploitants le désireront durant la période de licence, de la totalité et de l'une quelconque des œuvres à l'égard desquelles l'Association a, à l'occasion, le pouvoir d'émettre une licence d'exécution, des licences sont délivrées pour chaque mois civil. [Je souligne.]

Je ne puis conclure que cette licence comporte un consentement tacite à des enregistrements éphémères. Selon une première interprétation, cette licence semble autoriser plusieurs exécutions en direct. Selon une autre interprétation, on pourrait comprendre qu'elle parle d'exécutions données par l'utilisation d'un enregistrement qui aurait fait l'objet d'une autorisation distincte. En bref, la licence est loin d'être suffisamment précise pour fournir une présomption claire de consentement à des préenregistrements éphémères d'une émission.

En termes plus fondamentaux, CAPAC ne peut céder de licence que pour les droits qu'elle contrôle. Comme on peut le voir, ces droits se limitent à l'exécution et ne s'appliquent pas aux moyens de reproduction des exécutions. La licence parle «de l'une quelconque des œuvres à l'égard desquelles l'Association a, à l'occasion, le pouvoir d'émettre une licence d'exécution». De même, les dispositions de la Loi qui habilite CAPAC portent uniquement sur l'octroi de licences d'exécution:

48. (1) Chaque association, société ou compagnie exerçant au Canada des opérations qui consistent à acquérir des droits d'auteur sur des œuvres musicales ou dramatico-musicales, ou les droits d'exécution qui en dérivent, et des opérations qui consistent à émettre ou à accorder des licences pour l'exécution, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales sur lesquelles un droit d'auteur subsiste, doit périodiquement déposer chez le Ministre, au Bureau du droit d'auteur, des listes de toutes les œuvres musicales et dramatico-musicales d'exécution courante à l'égard desquelles cette association, société ou compagnie possède l'autorité d'émettre ou d'accorder des licences d'exécution, ou de percevoir des honoraires, des redevances ou des tantièmes pour ou concernant l'exécution de ses œuvres au Canada.

(2) Cette association, société ou compagnie doit, le ou avant le 1^{er} novembre de chaque année, déposer chez le Ministre, au Bureau du droit d'auteur, des états de tous honoraires, redevances ou tantièmes qu'elle se propose de percevoir, durant l'année civile suivante, en paiement

ensuing calendar year to collect in compensation for the issue or grant of licences for or in respect of the performance of its works in Canada.

It is according to this tariff, published in the *Canada Gazette* and subject to the supervision of the Copyright Appeal Board (ss. 49-50 (now ss. 67-70)), that the appellant purports to have acquired its licence. If the right to perform does not include the right to make ephemeral recordings, as I earlier concluded, it follows that the CAPAC licence is confined to performance and cannot extend to the right to make ephemeral recordings.

Nor does the fact that CAPAC acquired the performing rights from the respondent indirectly, through PRS, have any significance in this case. The appellant claims that the respondent, by his arrangement with PRS, ceded the right to make ephemeral recordings, because PRS, an English company, is subject to the U.K. *Copyright Act, 1956*, s. 6(7), which allows ephemeral recording in connection with broadcast performances. This submission, too, must fail. The U.K. provision does nothing to alter the rights granted to PRS by its members, or by PRS to broadcasters, but merely deems the practice of making ephemeral recordings not to be an infringement within the U.K., provided certain conditions are met. It can have no application to the case at bar, which is governed by the Canadian *Copyright Act*. Even if it did, the evidence is that the appellant did not comply with the conditions of the subsection, which requires that the ephemeral recordings be destroyed within 28 days. (The trial judge found that the tapes had not been destroyed by the time of the trial.) In my view, no consent for the making of ephemeral recordings can be implied from the respondent's arrangement with PRS.

The Cross-Appeal

The respondent purports to cross-appeal the holding that CMRRA was not a proper party to this action. No leave was sought. According to

des licences qu'elle émettra ou accordera pour l'exécution de ses œuvres au Canada.

L'appelante soutient avoir obtenu la licence qu'elle détient conformément à ce barème, publié dans la *Gazette du Canada*, sous réserve du contrôle de la Commission d'appel du droit d'auteur (art. 49 et 50 (maintenant art. 67 à 70)). Si le droit d'exécution ne comporte pas celui d'effectuer des enregistrements éphémères, comme je l'ai déjà conclu, il s'ensuit que la licence délivrée par CAPAC se limite à l'exécution de l'œuvre et ne peut s'étendre au droit d'effectuer des enregistrements éphémères.

Le fait que CAPAC ait acquis les droits d'exécution de l'œuvre de l'intimé indirectement, par l'entremise de PRS, n'a aucune incidence non plus en l'espèce. L'appelante soutient que l'intimé, en vertu des dispositions prises avec PRS, a cédé le droit de faire des enregistrements éphémères parce que PRS, une société britannique, est régie par le par. 6(7) de la *Copyright Act, 1956* du Royaume-Uni, qui autorise la confection d'un enregistrement éphémère à l'occasion de l'exécution radiodiffusée des œuvres. Cette prétention doit aussi être rejetée. La disposition législative du Royaume-Uni ne comporte rien qui modifie les droits concédés à PRS par ses membres ou ceux concédés par PRS aux radiodiffuseurs, elle indique seulement que la confection d'enregistrements éphémères ne viole pas le droit d'auteur au Royaume-Uni si certaines conditions sont respectées. Elle ne peut s'appliquer à l'espèce, qui est régie par la loi canadienne sur le droit d'auteur. Même si elle s'appliquait, la preuve indique que l'appelante ne s'est pas conformée aux prescriptions de ce paragraphe qui exige la destruction des enregistrements éphémères dans un délai de 28 jours. (Le juge de première instance a constaté que les rubans n'avaient pas encore été détruits au moment du procès.) À mon avis, on ne peut voir de consentement tacite à la confection des enregistrements éphémères dans l'entente intervenue entre l'intimé et PRS.

Le pourvoi incident

L'intimé prétend interjeter un pourvoi incident contre la conclusion que ACDRM n'a pas qualité pour agir dans l'action. Aucune autorisation de

Rule 29(2) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, “[i]f a respondent intends to appeal a part of any judgment not made subject of the appeal by the appellant, the respondent shall obtain leave to make such cross-appeal”. Quite apart from the respondent’s failure to obtain leave on this issue, I can see no legal interest of the respondent in whether or not CMRRA was a valid party. I therefore conclude that the respondent’s cross-appeal is without foundation.

Conclusion

I would dismiss the appeal with costs, and dismiss the cross-appeal with costs.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Léger, Robic & Richard, Montréal.

Solicitors for the respondent: Sim, Hughes, Dimock, Toronto.

pourvoi n’a été demandée. Selon le par. 29(2) des *Règles de la Cour suprême du Canada* «[l]’intimé qui veut attaquer une partie du jugement contre laquelle l’appelant ne se pourvoit pas, doit obtenir l’autorisation de former ce pourvoi incident». Indépendamment de l’omission de l’intimé d’obtenir l’autorisation de pourvoi sur cette question, je ne puis voir en quoi l’intimé a un intérêt juridique à plaider la qualité pour agir de CMRRA. Je conclus donc que le pourvoi incident de l’intimé est mal fondé.

Dispositif

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de rejeter le pourvoi incident avec dépens.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.

Procureurs de l’appelante: Léger, Robic & Richard, Montréal.

Procureurs de l’intimé: Sim, Hughes, Dimock, Toronto.