d'auteur. Cet écart, comme nous l'avons indiqué à quelques reprises, nous semble dans bien des cas inéquitable et non justifié, ne serait-ce qu'en raison de l'importance de l'apport architectural au patrimoine culturel canadien ainsi que du labeur qu'appelle bien souvent la création d'oeuvres architecturales surtout lorsque mis en parallèle avec celui qu'appelle la création d'autres catégories d'oeuvres protégées par la Loi.

On peut dès lors difficilement s'empêcher de souhaiter que les tribunaux profitent des modifications apportées à la définition d'« oeuvre d'art architecturale » aux termes du Projet de Loi afin de reléguer définitivement aux oubliettes leur quête d'un quelconque mérite artistique avant d'accorder aux oeuvres d'art architecturales une protection qu'ils accordent pourtant sans compter aux autres oeuvres couvertes par la Loi, pour dorénavant se contenter uniquement de s'assurer que l'oeuvre qu'un titulaire de droit d'auteur entend voir respecter constituera une oeuvre « originale » au sens classique donné à cette expression par les tribunaux.

Si tel devait être le cas, nous croyons que les professionnels du domaine de l'architecture au Canada auront pu, de la sorte, franchir un pas important, les plaçant enfin sur un pied d'égalité avec leurs pairs oeuvrant dans un nombre grandissant de pays ayant eux aussi, tour à tour, reconnu qu'une telle discrimination n'avait plus raison d'être.

La bonne lecture d'un mauvais arrêt et la mauvaise lecture d'un bon arrêt

ou

pourquoi les auteurs ont été indûment privés de millions de dollars en redevances pour la câblodistribution de leurs oeuvres ?[1]

Normand Tamaro*

Introduction 73

Prolégomènes 78

I- L'interprétation de l'ancien paragraphe 3(1)f): la recherche de l'intention du législateur 82

* Normand Tamaro, 1991.

* L'auteur est avocat. Il désire remercier Nicole Messier, Michel Scheffer et le professeur Pierre Carigan pour leurs nombreux commentaires et, tout particulièrement, le rédacteur en chef de la revue, Ghislain Roussel, pour son apport quant à la forme de présentation de cet article.

1. Il s'agit dans cet article de brosser un tableau historico-juridique des tenants et aboutissants d'une problématique ponctuelle et précise pour en faire comprendre notre vision (et expliquer dans un texte ininterrompu pourquoi nous écrivions dans l'introduction de la version anglaise du livre *The Annotated Copyright Act, 1991* (Carswell, 1991) que les modifications législatives de 1988 relatives au droit de retransmission ont restreint les droits des auteurs). Nous ne prétendons pas faire une démonstration systématique de l'ensemble des règles relatives à la câblodistribution des oeuvres. Cependant, dans la mesure où il nous faut étayer une hypothèse pouvant sembler surprenante à plusieurs, dans la seconde partie de cet article qui traitera du contour du droit d'exécution publique relativement aux oeuvres exécutées via un téléviseur, nous tâcherons de préciser en quoi les nouvelles dispositions législatives relatives à la retransmission des oeuvres sont venues restreindre ou confirmer (mais pas créer en connaissance de cause) des droits que les auteurs n'ont jamais fait valoir.

A- La source de l'ancien paragraphe 3(1)f) 83
B- L'arrêt *CTV* 89

1- Les faits soumis à la Cour suprême 90
2- L'ancien paragraphe 3(1)f) ne se prêtait pas à une interprétation littérale 94

a) Une interprétation littérale de l'ancien paragraphe 3(1)f) conduisait à un résultat « anomal » 94
b) L'intention du législateur est découverte à l'article 11 bis de la *Convention de Berne* 98

3- L'ancien paragraphe 3(1)f) visait une communication au public 101

a) Le législateur entendait demeurer fidèle aux principes généraux du droit d'auteur 101
b) Comment une société de gestion peut réclamer indirectement des redevances de CTV alors que cette dernière n'effectue pas une exécution publique? 105

C- Conclusions à retenir relativement à l'interprétation de l'ancien paragraphe 3(1)f) 107

Introduction

Les entreprises canadiennes de câblodistribution sont florissantes et à la fine pointe des nouvelles techniques[2]. Une des principales raisons de ce succès commercial est certainement attribuable au phénomène voulant qu'encore en 1989 elles ne payaient rien en contrepartie de l'utilisation de leur principale matière première, les œuvres faisant l'objet de droits d'auteur. Quelle situation paradisiaque pour des entreprises commerciales! Mais, ne voilà-t-il pas qu'à leur grand déplaisir elles vont dorénavant payer pour cette « matière première », c'est-à-dire verser des redevances aux titulaires de droits d'auteur pour retransmettre des œuvres à leurs abonnés[3]. Elles s'en plaignent amèrement et jusqu'au ministre des Communications du Québec qui s'en mêle en assurant les câblodistributeurs québécois « d'un appui total dans leur lutte contre des droits d'auteur aussi élevés »[4].

Or, selon nous, les câblodistributeurs devraient plutôt remercier les auteurs pour n'avoir pas revendiqué auparavant devant les tribunaux certains droits pourtant prévus dans la *Loi sur le droit d'auteur*[5]. Mieux

2. Paule DES RIVIÈRES, « La dynastie des câblodistributeurs: Deux chercheurs proposent des issues possibles à la crise télévisuelle », *Le Devoir*, 23 avril 1991, p. B-1: « Levant le voile sur des facettes moins connues de la crise télévisuelle actuelle, MM. [Gaëtan] Tremblay et [Jean-Guy] Lacroix constatent [dans leur ouvrage *Télévision, Deuxième dynastie*] que nous sommes entrés dans une nouvelle dynastie, celle des câblodistributeurs. Au Québec, le « géant » Vidéotron règne. Il « câble » 50 % des abonnés, (qui ne peuvent d'ailleurs choisir leur câblodistributeur, cela dépend de leur location), diffuse des émissions qu'il a lui-même produites ou qu'il a réalisées avec les télévisions communautaires (petites annonces, météo, etc.), possède Télé-Métropole, est un pionnier de la télévision interactive ... Et il s'emplit les poches. » Plus loin p. B-2: « Les auteurs sont assez fins pour ne pas tomber dans des dénonciations à l'emporte-pièce des câblodistributeurs. Ils rendent plutôt hommage à Vidéotron qui n'a cessé d'innover. Il est un leader dans le domaine de la télévision interactive — Vidéoway — et des visiteurs médusés viennent lui rendre visite des quatre coins du monde. »
3. C'est-à-dire capter le signal d'un télédiffuseur et le retransmettre à leurs abonnés. (On verra éventuellement, dans la deuxième partie du présent texte, que, même s'ils retransmettaient leurs propres émissions, les câblodistributeurs ne versaient aucune redevance.)
4. *La Presse*, 14 novembre 1990, p. E-5.
5. L.R.C. (1985), c. C-42.

Comment soutenir que les câblodistributeurs auraient toujours dû verser des redevances pour la retransmission d'oeuvres, alors qu'on entend partout claironner qu'il s'agit d'un droit nouveau en faveur des auteurs et alors que la Commission du droit d'auteur vient tout juste de fixer un taux de redevances[13] (lequel taux est encore contesté aujourd'hui par les câblodistributeurs qui remettent même en cause le droit et le pouvoir de la Commission de fixer ce taux de redevances)?

Une des sources de la réponse se trouve dans la rédaction ambiguë de l'ancien paragraphe 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Avant sa modification en 1988, ce paragraphe de la loi était le fruit d'une mauvaise traduction mais on persistait à l'interpréter en s'aidant uniquement de cette traduction, malgré un arrêt de la Cour suprême rendu en 1968, *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd.* c. *CTV Television Network Ltd.*[14], qui indiquait qu'il fallait corriger le texte de l'ancien paragraphe 3(1)f)[15]. Malheureusement, du moins pour une saine analyse juridique, il a fallu attendre l'année 1991 pour qu'enfin la Cour fédérale[16] se repenche sur la question du droit de retransmission. Dans son arrêt *Canadian Cable Television Association* c. *The Copyright Board*[17], la Cour fédérale reprend, du moins partiellement, les enseignements de *CTV* que certains interprètent incorrectement.

Ce retour à *CTV* est essentiel. En effet, l'analyse du droit de retransmission débute avant tout par celle du droit d'exécution[18] publique

13. Commission du droit d'auteur, « Tarifs des droits à payer pour la retransmission de signaux de radio et de télévision », Supp., *Gaz. Can.* I, 6 octobre 1990.
14. [1968] R.C.S. 676 (le juge Pigeon pour la Cour formée de 5 juges). Ci-après l'arrêt *CTV*.
15. L'arrêt *CTV* illustre certains propos tenus par le juge L.-P. Pigeon aux pages 37 et 38 de son livre *Rédaction et interprétation des lois*, Collection études juridiques, Éditeur officiel du Québec, 1965, 1978, voulant qu'il arrive au Canada qu'un traducteur fasse oeuvre de législateur en tentant d'interpréter le texte qu'il doit traduire.
16. La Cour fédérale correspond à l'ancienne Cour de l'Échiquier. Il faut toutefois noter que les appels des décisions de la Cour de l'Échiquier étaient interjetés directement devant la Cour suprême.
17. C.F. nº T-1662-90, 16 janvier 1990 (j. Strayer) (rapporté dans 34 C.P.R. (3d) 521). Ci-après l'arrêt *Canadian Cable Television Association*. (Nous prions le lecteur d'excuser l'utilisation de la version anglaise de la décision. Au moment d'écrire le présent texte, la version française n'était pas encore disponible).
18. Dans le présent texte, nous utilisons le terme « exécution » comme signifiant également « représentation ». Il faut remarquer, en lisant la définition légale de « « représentation », « exécution » ou « audition » », que là où le législateur emploie en anglais le terme « *performance* » (art. 2), il est question en français de « représentation », d'« exécution » ou d'« audition ». Cette distinction d'ordre terminologique n'importe pas en droit. Le terme anglais « *performance* » recouvre l'exécution, la représentation et l'audition. En français, il faut utiliser le terme « représentation » en rapport, par exemple, avec une pièce de théâtre où il est question d'une « représentation visuelle de l'action dramatique ». On emploiera le terme « exécution » quand il s'agit d'une reproduction sonore ou d'une communication d'une oeuvre musicale.

dont il était question dans l'arrêt *CTV*, où la Cour suprême, sous la plume du juge Pigeon, analyse le paragraphe introductif de l'article 3(1)[19] et l'ancien paragraphe 3(1)f) de la loi. Il est donc tout à fait normal pour le juge Strayer, dans l'affaire *Canadian Cable Television Association*, de revenir à la décision de la Cour suprême.

Voilà pourquoi notre but principal, en présentant le présent article, est d'expliciter certains des motifs de *Canadian Cable Television Association*, en approfondissant l'arrêt *CTV*. On verra alors que la Cour fédérale reprend avec justesse les enseignements de la Cour suprême sauf sur un point[20], celui de la définition de l'expression « au public » qu'on retrouve au paragraphe 3(1)f).

Avant tout, il faut nécessairement se référer à l'ancien paragraphe 3(1)f) de la loi, paragraphe dont la Cour de l'Échiquier, dans l'arrêt *Canadian Admiral*, a fait une mauvaise interprétation. Comme l'a démontré la Cour suprême, l'interprétation littérale de ce paragraphe conduisait à un résultat « anomal »[21]. Préférant une interprétation conforme aux principes généraux du droit d'auteur[22], la Cour suprême se détachait de l'interprétation littérale pour rechercher l'intention du législateur. C'est à ce moment que l'on voit que les conclusions de *Canadian Admiral* relatives à l'interprétation de l'ancien paragraphe 3(1)f) sont erronées.

Après avoir montré que le sens réel de l'ancien paragraphe 3(1)f) n'est sûrement pas celui retenu dans *Canadian Admiral*, nous traiterons d'un élément essentiel du droit d'exécution, son nécessaire caractère

19. Art. 3(1) : « Pour l'application de la présente loi, « droit d'auteur » s'entend du *droit exclusif* de produire ou de reproduire une oeuvre, 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'oeuvre n'est pas publiée, de publier *l'oeuvre ou une partie importante de celle-ci* ; ce droit s'entend, en outre, du droit exclusif : [...] » (les italiques sont de nous.)
20. Sur lequel la Cour fédérale émet cependant des réserves.
21. Dans l'arrêt *CTV*, le juge Pigeon emploie en anglais le terme « *anomalous* ». Nous croyons bien reprendre son idée en traduisant « *anomalous* » par le terme français « anomal » au sens de « qui n'est pas conforme au modèle général » (*Petit Larousse*, 1985). Comme on le verra plus loin, la demanderesse dans l'arrêt *CTV* prétendait à l'existence d'un droit qui, s'il n'était pas anormal au sens du droit d'auteur international actuel (parce qu'il est possible de concevoir son existence), était anomal au sens du droit canadien, en ce qu'il ne participait pas du modèle général retenu par le législateur canadien.
22. On se souviendra que pour le juge Pigeon, « le législateur n'est pas censé vouloir mettre de côté les principes généraux du droit à moins qu'il ne l'indique » et que « les principes généraux sont simplement des règles qui cèdent devant l'expression de la volonté contraire du législateur ». (L.-P. Pigeon, *op. cit.*, note 15, p. 49-50). En étudiant l'arrêt *CTV*, on verra que le juge Pigeon revient aux principes généraux présentés au paragraphe introductif de l'article 3(1) pour interpréter l'ancien paragraphe 3(1)f) dont la rédaction était nébuleuse et semblait déroger aux principes généraux.

public. Mais, direz-vous, en quoi la question du caractère public d'une exécution peut-elle soulever des problèmes en matière de câblodistribution ? Les câblodistributeurs ne distribuent-ils pas des oeuvres à des milliers, sinon à des millions de téléspectateurs? Ne sont-ils pas responsables du fait qu'une oeuvre est accessible à un large public?

À nos yeux, il ne fait aucun doute que, au sens de la loi canadienne, les câblodistributeurs effectuent des exécutions publiques[23] en retransmettant des oeuvres à leurs abonnés. Mais encore faut-il en faire la démonstration juridique depuis que, dans *Canadian Admiral*, la Cour de l'Échiquier, suivie en cela mais dans une moindre mesure par la Cour fédérale dans l'arrêt *Canadian Cable Television Association*, a soutenu que le fait pour un câblodistributeur de retransmettre une oeuvre à des téléspectateurs assis bien confortablement dans l'intimité de leur salon participait d'une exécution privée.

S'agissant de nier cette conclusion de la Cour de l'Échiquier, nous devons conséquemment chercher à savoir si l'exécution provoquée par les câblodistributeurs est une exécution publique. Cela permettra de savoir si ces derniers devaient, même à l'époque de *Canadian Admiral*, verser des redevances en contrepartie du droit d'exécution publique prévu au paragraphe introductif de l'article 3(1).

Nous étudierons donc la problématique soulevée par l'arrêt *Canadian Admiral* en abordant dans le présent article l'interprétation de l'ancien paragraphe 3(1)f). Dans une seconde partie, nous traiterons du contour de la notion d'exécution publique à propos des oeuvres exécutées par la voie d'un téléviseur.

Mais, pour bien situer le contexte, revenons à la représentation de l'état du droit que d'aucuns se faisaient quant au droit d'auteur relatif à la câblodistribution. Cela nous permettra de nous faire une idée des prétentions des câblodistributeurs[24].

Prolégomènes : L'état du droit selon une certaine interprétation du droit

Pour avoir une perception de l'état du droit que certains adoptaient, laquelle perception conduisait inéluctablement à une interprétation de l'ancien paragraphe 3(1)f) allant à l'encontre de l'intérêt des auteurs, il faut retourner à un jugement de la Cour de l'Échiquier, *Canadian Admiral Corporation Ltd.* c. *Rediffusion Inc.*[25] Cet arrêt, rendu en 1954, est la cause directe d'une mauvaise compréhension de l'ancien

23. Qu'elles soient directes ou indirectes.
24. Voir les arguments soulevés par les câblodistributeurs dans l'arrêt *Canadian Cable Television Association* c. *The Copyright Board*, *supra*, note 17.
25. *Supra*, note 10.

paragraphe 3(1)f). C'est notamment en raison de celle-ci que, encore en 1988, certains prenaient généralement pour acquis (les légistes de la Chambre des communes y compris[26]) que les câblodistributeurs n'avaient pas à verser de redevances pour la retransmission d'oeuvres à leurs abonnés.

Avant les modifications législatives intervenues en 1988, le paragraphe 3(1)f) se lisait comme suit :

> s'il s'agit d'une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, [le droit d'auteur inclut celui] de transmettre cette oeuvre au moyen de la radiophonie [*radio communication* en anglais].

Pour certains, le droit d'auteur devait normalement comprendre le droit de simplement transmettre une oeuvre par « radiocommunication » (pour reprendre le terme alors utilisé dans la version anglaise de la loi). Indépendamment du caractère public ou privé de la transmission effectuée par radiocommunication, il était possible de soutenir qu'une personne, qui transmettait une oeuvre par radiocommunication, enfreignait les droits d'auteur quand elle agissait sans l'autorisation du titulaire des droits.

Il s'agit là du principe livré par la Cour de l'Échiquier dans *Canadian Admiral*[27] où l'on refuse à un radiodiffuseur le droit exclusif de faire

26. Le lecteur comprendra que, tout au long de l'exposé, nous distinguons l'intention du législateur de l'intention exprimée par les parlementaires sous la plume des légistes (les rédacteurs de lois). (On peut sûrement soutenir que, d'un point de vue formel, la notion d'intention du législateur est un outil juridique qui, dans l'optique de préserver la cohérence du droit, permet de corriger les erreurs humaines commises par les légistes).
27. *Supra*, note 10, p. 409-410 : « One more matter, however, remains for consideration. The plaintiff submits that the defendant has also infringed its copyright by communicating the work by radio communication (s. 3(f)). Essentially, the right of copyright is an exclusive right to make copies of the work and that may be done not only by production or reproduction, but also by presentation in various ways, including presentation by cinematography (s. 3(e)). A further right is given by s. 3(f), namely, to communicate the work by *radio* communication, and here it is alleged that by rediffusing the telecasts the defendant communicated the work by radio. Under the subsection, of course, it makes no difference whether the performance be in public or in private. It is the sole right to communicate *by radio* which is given to the owner of copyright. I am unable to agree that the defendant did anything of the sort. Earlier herein I stated that the monopoly conferred on the owner of copyright is purely a statutory one and the right is as defined therein and not otherwise. Here the right is to communicate a work *by radio communication*. Now radio is a communication of messages by means of electro-magnetic or Herzian waves through the ether. It is perhaps not necessary to decide whether the term "radio" is broad enough to include "telecasts" although the latter does transmit pictures through the ether by use of electromagnetic waves also. But in this case the defendant communicated the work not by the use of electro-magnetic waves, but by the use of co-axial cables to its subscribers and to its Berri Street showroom. It is true that it picked up the telecasts of the plaintiff from the ether and that the pictures were seen on the terminal units. But the communication by the defendant was not, in my opinion, *by radio*. »

interdire la retransmission d'une oeuvre par un câblodistributeur qui, sans l'autorisation du radiodiffuseur et par le biais de câbles coaxiaux, achemine certaines oeuvres chez ses abonnés. Deux motifs principaux sont invoqués par la Cour de l'Échiquier pour refuser le recours du radiodiffuseur[28] (qui tentait de faire interdire la retransmission de ses oeuvres).

Le premier motif[29] concerne le caractère prétendument privé de l'exécution effectuée par le câblodistributeur quand il retransmet des oeuvres à ses abonnés. Pour la Cour, les abonnés du câblodistributeur captent les émissions alors qu'ils sont confortablement assis dans l'intimité de leur salon, l'exécution étant donc considérée privée et non publique. Partant, les câblodistributeurs n'avaient rien à verser aux auteurs car, aux termes du paragraphe introductif de l'article 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le droit d'auteur comporte uniquement un droit exclusif quant aux exécutions publiques, non pas quant aux exécutions privées[30].

Le second motif du rejet de l'action du radiodiffuseur découle d'une certaine lecture de l'ancien paragraphe 3(1)f). La Cour avait déjà conclu que les exécutions effectuées par les câblodistributeurs ne sont pas constitutives d'une atteinte au droit d'exécution publique prévu au paragraphe introductif de l'article 3(1). Elle se demandait maintenant si un câblodistributeur, qui transmet une oeuvre par câbles coaxiaux, réalise une transmission de l'oeuvre au sens de l'ancien paragraphe 3(1)f), c'est-à-dire une transmission par radiocommunication. La Cour conclut encore par la négative au motif qu'en droit canadien des communications la transmission d'un signal par câbles coaxiaux n'est pas constitutif d'une radiocommunication. Un câblodistributeur ne transmet pas une oeuvre par radiocommunication au sens de l'ancien paragraphe 3(1)f), car il transmet cette oeuvre par un autre mode de communication.

Le tribunal justifie sa décision de la manière suivante. L'ancien paragraphe 3(1)f) traite en toutes lettres du droit exclusif de transmettre une oeuvre par « *radio communication* ». Dans un premier temps, la Cour souligne que cette disposition rend exclusif à l'auteur un droit portant sur les transmissions privées et sur les transmissions publiques, mais à la condition que ces transmissions soient faites par « *radio communication* ».

28. Pour les fins du présent article, nous prenons pour acquis que le radiodiffuseur était bel et bien titulaire des droits sur les oeuvres radiodiffusées. Dans la pratique quotidienne, tel n'est pas toujours le cas.
29. Nous aborderons cette question dans la deuxième partie du présent article.
30. Il faut cependant noter que la Cour conclut incidemment que le fait pour le câblodistributeur d'exécuter les oeuvres dans sa salle de montre ouverte au public est constitutif d'une exécution publique.

Dans un deuxième temps, vu l'utilisation du terme « *radio communication* », le tribunal conclut qu'en l'espèce l'ancien paragraphe 3(1)f) ne peut recevoir application, étant donné que le câblodistributeur effectuait la transmission des oeuvres par câbles coaxiaux plutôt que par ondes électromagnétiques[31] (en droit des communications, la transmission par câbles coaxiaux ne correspond pas à une radiocommunication[32] ; il s'agit plutôt d'une radiodiffusion au sens large ou d'une télécommunication[33]).

En d'autres termes, la Cour de l'Échiquier constate notamment que le droit d'auteur comprend le droit de transmettre en privé ou en public une oeuvre par radiocommunication, mais ne comprend pas le droit de retransmettre en privé une oeuvre par câbles coaxiaux[34].

Les conclusions de *Canadian Admiral* sont accueillies avec une rare unanimité par la doctrine, parfois quant à leur pertinence du point de vue juridique[35], parfois quant au constat que cet arrêt faisait malheureusement « jurisprudence » au Canada[36]. En vertu de l'ancien

31. *Canadian Admiral Corporation Ltd.* c. *Rediffusion Inc.*, *supra*, note 10, p. 409-410.
32. Pour donner une image grossière de ce qui oppose « radiocommunication » (l'opposition serait encore plus marquée si on traitait de radiodistribution) et « câblodistribution », disons qu'une radiocommunication suppose la transmission d'un message sans guide artificiel (par ex. transmission par ondes électromagnétiques). Or, les câbles coaxiaux généralement utilisés par les câblodistributeurs (il y a d'autres types de câbles comme par exemple ceux utilisant la fibre optique) sont précisément un guide artificiel, d'où le fait qu'en droit canadien des communications, la câblodistribution classique échappe au domaine de la radiocommunication. Notons que certaines techniques permettent aux « câblodistributeurs » de ne pas utiliser de câbles coaxiaux (au sens strict ils deviennent alors des radiodistributeurs). (Notons également que la transmission par câbles est en soi pratiquement indissociable de la transmission des ondes dans l'espace et que les deux modes de communication coexistent depuis l'avènement de la télévision).
33. La *Loi sur le droit d'auteur* (S.C. 1988, c. 65, art. 61, maintenant art. 2) définit ainsi le terme « télécommunication » : « 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. »
34. Car la transmission d'oeuvres par câbles coaxiaux ne correspond pas à une radiocommunication.
35. L'arrêt *Canadian Admiral*, un arrêt pourtant isolé, était souvent mis en exergue pour attester le caractère profondément inadapté de la loi canadienne sur le droit d'auteur.
36. Par exemple, Victor NABHAN, « La télévision par câble et le droit d'auteur au Canada », (1982) 2 *Droit d'auteur (Can.)* 2 : 8, 12 : « Aussi surprenant que cela puisse paraître, et malgré la base pour le moins fragile qui sous-tend l'argumentation de cette décision, aucun appel n'en a été interjeté. Phénomène plus curieux encore, et depuis 1954, les ayants droit n'ont jamais tenté de saisir les tribunaux d'un problème semblable dans le but de corriger les effets de Canadian Admiral, ou d'en confirmer la portée. Excès de pusillanimité ? Respect par trop fétichique de l'autorité de la chose jugée ? Espoirs mirifiques en des lendemains meilleurs sous forme de mesures législatives appropriées ? Les explications se valent. Entre temps, *Canadian Admiral* continue à faire jurisprudence. »

Qu'arrive-t-il maintenant du texte français de la loi qu'il faut également adopter. Les légistes s'inspireront-ils de la version originale de la *Convention de Berne*? Et bien non! Cette version semble oubliée dans les ténèbres. On opte pour la pire des solutions: les légistes canadiens rédigent la version française de l'ancien paragraphe 3(1)f) à partir du texte anglais de ce même paragraphe qui, déjà, comme on l'a vu, découle d'une mauvaise traduction. On aboutit au résultat suivant:

> s'il s'agit d'une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, [le droit d'auteur comprend celui] de transmettre cette oeuvre au moyen de la radiophonie.

À la lumière du texte anglais de l'ancien paragraphe 3(1)f), on vient de traduire le mot «communication», tiré de la convention, par le verbe «transmettre». Du texte original de la *Convention de Berne*, qui parle d'un droit exclusif sur la communication d'une oeuvre au public par la radiodiffusion, on aboutit, après moultes traductions, à un droit exclusif de transmettre une oeuvre par radiophonie. Formellement, deux mondes séparent les deux textes. Cela rappelle le jeu du téléphone de notre enfance où le message initial n'a plus rien à voir avec le message final.

La *Convention de Berne* traite d'un droit portant sur la communication d'une oeuvre au public par la radiodiffusion, c'est-à-dire d'un droit sur l'accessibilité au public de l'exécution ou de la représentation d'une oeuvre par la radiodiffusion. En bref, et c'est très logique avec les principes fondamentaux du droit d'auteur, il s'agit d'un droit qui, par exemple, fait en sorte que seul le titulaire des droits d'auteur peut autoriser un radiodiffuseur à présenter son oeuvre à des téléspectateurs. Ainsi, un radiodiffuseur qui voudrait diffuser sur ses ondes une pièce de théâtre, une chanson interprétée par un chanteur, ou encore qui voudrait représenter une statue, par l'entremise de la télévision, devrait nécessairement obtenir la permission du titulaire des droits d'auteur.

Malheureusement, le texte français de la loi ne correspond plus à l'intention exprimée dans le texte original de la *Convention de Berne*. Une interprétation littérale de la version française de l'ancien paragraphe 3(1)f) ne permet donc pas d'atteindre le résultat escompté dans la *Convention de Berne*. Pis encore, on arrive à un résultat fondamentalement différent, car il y est question du simple fait de transmettre une oeuvre par radiophonie. Or, qui dit «transmettre une oeuvre par radiophonie», ne dit pas «opérer la communication d'une oeuvre au public par la radiodiffusion».

En laissant de côté le terme «radiophonie» (c'est ce qu'ont fait les tribunaux), pour le remplacer pour nos fins actuelles par celui de «radiocommunication» (terme utilisé en anglais et revêtant un certain

sens en droit canadien des communications), on déduit, du texte français de l'ancien paragraphe 3(1)f), que le droit d'auteur inclut le droit de transmettre une oeuvre par radiocommunication, indépendamment du fait que cette transmission s'effectue en privé ou en public.

Or, selon une certaine interprétation du texte français de l'ancien paragraphe 3(1)f), on pouvait donc prétendre qu'une entreprise qui offre des services permettant de transmettre une oeuvre par radiocommunication, c'est-à-dire par ondes électromagnétiques, enfreignait les droits d'un auteur si elle transmettait cette oeuvre sans l'autorisation de l'auteur. Par exemple, si, sans l'autorisation de l'auteur, CTV transmettait une oeuvre par micro-ondes (faisceau hertzien), il fallait, selon une certaine interprétation du texte, convenir que CTV violait le droit exclusif qu'avait l'auteur de l'oeuvre d'autoriser cette transmission par radiocommunication[46].

Qu'arrive-t-il maintenant du texte anglais de l'ancien paragraphe 3(1)f)? Outre qu'il découle de la malheureuse traduction anglaise de l'article 11 bis (1), ce paragraphe 3(1)f) ne correspond même pas à la stipulation de la convention telle que traduite au Canada.

Dans la mauvaise traduction anglaise de la *Convention de Berne*, il y est fait mention du «*right of authorizing the communication of their works to the public by radiocommunication*». Dans le texte anglais de la loi, on renvoie au droit exclusif «*to communicate the work by radio communication*». Sous réserve du terme «radiodiffusion», qu'on a transposé en celui de «*radiocommunication*», le texte anglais de la convention présente au moins l'avantage de traiter de la communication d'une oeuvre au public. Mais rien ne va plus quand on s'attache uniquement au texte anglais de l'ancien paragraphe 3(1)f). Il n'y est plus question de la communication d'une oeuvre au public.

Dans la version française du texte de la loi, on envisage expressément le fait de communiquer une oeuvre par radiocommunication. On revient ainsi à l'interprétation donnée plus haut de la version française de l'ancien paragraphe 3(1)f), selon laquelle une entreprise comme CTV pouvait être recherchée en contrefaçon si elle transmettait sans autorisation une oeuvre par ondes électromagnétiques, même si son acte s'effectuait dans un cadre strictement privé.

Cela dit, la Chambre des communes a modifié la loi en 1988. On cherchait notamment à clarifier la problématique soulevée par l'interprétation de *Canadian Admiral* de l'ancien paragraphe 3(1)f), dont les effets allaient à l'encontre des intérêts des auteurs. Dans le même

46. Il s'agit de l'interprétation que faisait de cet article le juge Cameron dans l'arrêt *Canadian Admiral*.

souffle, on prétendait créer un nouveau droit au Canada, un droit sur la câblodistribution (retransmission) des oeuvres. Malheureusement, les légistes ont omis encore une fois de jeter un regard sur le texte original officiel de la *Convention de Berne*, et, pis encore, sur une décision de la Cour suprême. L'ancien paragraphe 3(1)f) et l'interprétation qu'on y prêtait en raison de l'arrêt *Canadian Admiral* ont directement influé sur les modifications apportées au texte de cet ancien paragraphe.

Le paragraphe 3(1)f) est devenu en français :

> [le droit d'auteur inclut le droit] de communiquer au public, par télécommunication[47], une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique.

Par ailleurs, le texte anglais dispose aujourd'hui :

> [copyright includes] in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, [the right] to communicate the work to the public by telecommunication.

De l'ancien paragraphe 3(1)f), on mantient toujours une erreur de traduction. Il est encore question du droit de communiquer une oeuvre plutôt que d'un droit sur la communication d'une oeuvre[48]. Cependant, a été clarifiée l'intention du législateur: la communication ou transmission doit viser le public. À cet égard, on se rapproche du texte de la *Convention de Berne*[49].

47. L'ajout du terme « télécommunication » devait permettre de passer outre aux effets de l'arrêt *Canadian Admiral* car ce terme comprend toute communication à l'aide d'un guide artificiel (*e.g.* câbles coaxiaux).

48. On pourrait croire (c'est peut-être ce qu'ont cru les légistes) que la distinction entre « transmettre une oeuvre », et « opérer la communication d'une oeuvre » est très ténue. Pourtant, cette distinction a toute son importance en pratique. On verra plus loin que, pour la Cour suprême, le sens de l'expression « opérer la communication d'une oeuvre » correspond à permettre l'exécution ou la représentation d'une oeuvre, indépendamment de la forme que revêt cette oeuvre. On ne peut être aussi catégorique quant au sens de l'expression « transmettre une oeuvre ». Dans ce dernier cas, certains soutiennent que le législateur sous-entend transmettre l'oeuvre elle-même, non pas son exécution ou sa représentation (ce qui poserait un problème dans le cas de certaines oeuvres qui sont, telles les oeuvres musicales, définies en fonction de leur fixation sur un medium matériel). C'est là la conclusion que des auteurs retirent de l'arrêt *CTV*. Pour un texte récent, voir : Ysolde GENDREAU, « A Canadian Retransmission Right : A Reality at Last », (1989) 4 *I.P.J.* 397, 413 : « The Supreme Court of Canada [*CTV*] once suggested that only *performances* of musical works could be transmitted by cable, yet the Act refers only to the communication of the musical works themselves ; this suggests that retransmitted music is still outside the scheme and requires no authorization. » Et aux pages 415-416 : « It would seem, according to the Supreme Court's decision in *CAPAC* v. *CTV*, that some works can be communicated by cable only through their being performed ; yet the Act refers only to retransmissions of works, not *performances* of works. »

49. À la différence qu'on traite maintenant dans la loi de « télécommunication » au lieu de « radiodiffusion » comme c'est le cas dans la *Convention de Berne*.

Voilà sommairement présentées les sources du paragraphe 3(1)f). Assurons-nous maintenant que ces sources sont bien celles que nous pensons décrire. Pour cela, le jugement dans *CTV* nous guidera.

B. L'arrêt CTV

Dans des motifs de dissidence livrés dans l'arrêt *Capital Cities Comm. Inc.* c. *C.R.T.C.*[50] le juge Pigeon, près de dix ans après avoir rendu pour la Cour suprême l'arrêt *CTV*, se référait à la *ratio* de ce dernier arrêt[51] en écrivant ce qui suit :

> [dans l'arrêt *CTV*] La question était de savoir si CTV violait le droit d'auteur des compositeurs en transmettant des émissions à des stations titulaires de licences de radiodiffusion d'oeuvres protégées par le droit d'auteur. Après avoir conclu que cette transmission ne constituait pas « une communication des oeuvres » au sens littéral de la Loi [au par. 3(1)f) ancien], cette Cour statua que, vu l'intention exprimée par le traité annexé à la Loi, cette transmission ne constituait pas une contrefaçon, parce que la disposition du traité visait seulement les communications au public par radio, c'est-à-dire la radiodiffusion.[52]

50. [1978] 2 R.C.S. 141.

51. Soulignons qu'il s'agit là d'un bon moyen offert à des juges pour tenter de faire comprendre certaines de leurs décisions antérieures quand ils savent que ces décisions ont été mal interprétées.

52. *Capital Cities Comm. Inc.* c. *C.R.T.C.*, *supra*, note 50, p. 185. Relevons que l'annotateur des Recueils de la Cour suprême écrivait, en guise de présentation de l'arrêt *CTV* (p. 676), un excellent compte rendu que nous pouvons brièvement résumer en reprenant un texte du professeur Pierre-André Côté, qui signalait que, selon l'arrêt *CTV*, l'ancien paragraphe 3(1)f) devait se lire autrement que littéralement : *Interprétation des lois*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1982, p. 317 : « Les cas d'application de cette règle [la présomption de conformité d'un texte légal au droit international] sont relativement rares en jurisprudence. Signalons l'arrêt de la Cour suprême dans *C.A.P.A.C.* c. *C.T.V. Television Network Ltd.* où une disposition de la *Loi sur le droit d'auteur* [... par. 3(1)f)], jugée ambiguë, a été interprétée de manière à la concilier avec l'article 11 bis de la *Convention de Rome* sur le droit d'auteur, article dont la disposition examinée paraissait s'inspirer. » (Rappelons que, pour le juge Pigeon, l'ancien paragraphe 3(1)f) s'inspirait de toute évidence (« *obviously* ») de la convention.) Voir d'autres auteurs canadiens qui donnent suite à l'interprétation du juge Pigeon : Claude C. EMMANUELLI, Stanislas SLOZAR, « L'application et l'interprétation des traités internationaux par le juge Canadien », (1978) 13 *R.J.T.* nº 1, 69, 77 ; le juge L.-P. PIGEON alors à la retraite d'office, « Interprétation des lois, arrêts de la Cour suprême du Canada, 1957-1980 », (1981) 12 *R.G.D.* 5, 33 ; Peter D. NESGOS, « Canadian Copyright Law and Satellite Transmissions », (1982) 20 *Osgoode Hall L. J.* 232, 244-245 ; George R. STEWART, « Mr. Justice Louis-Philippe Pigeon and Intellectual Property », (1988) *I.P.J.* 229, 237-238. Voir également un auteur américain qui prend en considération l'interprétation proposée par le juge Pigeon : David W. Tarbet, « Int'l Use of Broadcast Signals », (1983) 32 *Buffalo law Review* 731, 750 : « In [... *CTV*] Judge Pigeon rejected the technical interpretation of « radiocommunication » and argued that in translating the Rome Convention from French, the drafters had mistaken the sense of *radiodiffusion*, which they should have rendered in English as "broadcasting". » Plus récemment, les auteurs anglais

Le temps est venu de reprendre d'une manière exhaustive l'arrêt *CTV*.

1- Les faits soumis à la Cour suprême

La CAPAC, la demanderesse, est une société de gestion collective du droit d'exécution sur des oeuvres musicales. En vertu du tarif établi par la Commission d'appel du droit d'auteur, elle est en droit de demander 1,5 % des revenus réalisés par les stations de télévision en retour de l'exécution publique des oeuvres musicales inscrites dans son répertoire.

CTV, la défenderesse, est la tête de réseau d'un réseau privé de télévision. Elle acquiert ou produit[53] des programmes de télévision enregistrés sur des rubans magnétiques. Elle contracte avec ses stations affiliées pour que ses programmes préenregistrés soient inscrits à leur programmation. Par la suite, les programmes préenregistrés par CTV sont relayés aux stations affiliées, par rubans magnétiques et par câbles sur les courtes distances, et par radiocommunication sur les plus longues distances. Il est à remarquer que, selon la preuve, CTV ne prend pas part à une exécution publique des oeuvres[54]. Elle se contente de relayer ou de transmettre des programmes qui éventuellement seront exécutés en public par les stations affiliées[55]. (D'ailleurs, chacune des

Sterling et Carpenter, *op. cit.*, note 45, au numéro 115, renvoient leurs lecteurs à l'arrêt *CTV* relativement à l'interprétation du texte français de l'article 11 bis (1) de la convention.

53. Ce qui interfère avec le droit de reproduction.

54. Cela est essentiel à la compréhension de l'arrêt car il existe, en pratique, des hypothèses où CTV est directement responsable d'une exécution des oeuvres en public. Mais, ce n'est pas de cela dont il s'agit selon les faits soumis à la Cour suprême. L'extrait qui suit de la décision de la Cour de l'Échiquier dans le dossier explique le rôle tenu par CTV : *CAPAC* c. *CTV Television Network Ltd.*, [1966] R.C. de l'É. 872, 875 : « CTV was, therefore, in effect, a middleman between the producer of television programmes and the independently operated local television broadcasting stations who had a need for such programmes. It obtained advertising to be broadcast with such programmes and it made the necessary arrangements for the programmes to be "delivered" to the local broadcasting station. »

55. *Canadian Cable Television Association* c. *The Copyright Board*, *supra*, note 17, p. 17-18 : « It must also be emphasized that in that case there was in fact no communication to the public by CTV as it was transmitting program material to its affiliated stations only. Those affiliated stations transmitted to the public but were licenced by the plaintiff CAPAC to do just that. The same was true in the recent case of *CTV Television Network Ltd.* v. *Copyright Board*, [(1990) 30 C.P.R. (3d) 262]. »
Il faut bien se rendre compte que le dossier présenté à la Cour l'a été d'une manière trop étroite. Par exemple, il est évident que CTV occasionne souvent des exécutions directes au public et que, si le dossier lui avait été présenté en tenant compte de ce fait le juge Pigeon aurait sûrement reconnu une certaine responsabilité de la part de CTV. Malheureusement, la demanderesse arrive devant la Cour en alléguant une simple communication des oeuvres de station à station, donc à l'intérieur d'un cadre domestique ou privé. CTV ne pouvait être tenue responsable de contrefaçon pour ce seul motif.

stations affiliées avaient déjà obtenu de la demanderesse une licence relative aux droits d'exécution publique.) La CAPAC tentait d'augmenter les revenus perçus des différentes stations affiliées en obtenant de CTV, la tête de réseau, le versement de 1,5 % de ses revenus, mais CTV refusait de verser cette somme.

À la suite du refus de CTV de verser les droits demandés, la CAPAC intente une action en contrefaçon. La CAPAC, titulaire des droits d'exécution sur certaines oeuvres musicales transmises par radiocommunication[56] à chaque station affiliée, prétend détenir, en raison de l'ancien paragraphe 3(1)f)[57], un droit exclusif de transmettre ses oeuvres musicales par radiocommunication. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Pigeon :

> [traduction libre[58]] la demanderesse intente son action en alléguant substantiellement les faits plus haut décrits et en invoquant la violation des droits d'auteur sur environ sept oeuvres musicales par le fait « de transmettre celles-ci par *radio communication* au Canada, ou d'avoir causé ou autorisé la transmission au Canada des oeuvres musicales par *radio communication* sans avoir obtenu une licence ou sans l'autorisation de la demanderesse ».
>
> Il est admis que la CAPAC [la demanderesse] est la titulaire des droits d'auteur sur les oeuvres musicales. Il est également admis que ces oeuvres étaient inscrites dans les programmes transmis aux stations en vue d'une radiodiffusion, et qu'effectivement c'était ces stations affiliées qui radiodiffusaient les oeuvres. Il est également admis que la transmission des oeuvres dans la plupart des cas était effectuée par l'intermédiaire de la société Bell au moyen

56. Nous tenons à souligner que la demanderesse prête un sens étroit au terme « radiocommunication ». Nous reviendrons sur cette question dans la deuxième partie du présent article.

57. Confortée en cela par l'interprétation de l'ancien paragraphe 3(1)f) retenue dans l'arrêt *Canadian Admiral*.

58. Pour le texte original, *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd.* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 14, p. 679 : « Thereupon CAPAC brought action in May 1963 alleging in substance the facts above recited and complaining of infringement of copyright in some seven named musical works by "communicating the same by radio communication throughout Canada, or by causing or authorizing the said musical works to be communicated by radio communication throughout Canada, without the licence or authority of the Plaintiff".
[...] It is also admitted that these "musical numbers" as they are called in the admission were included in the programs transmitted for broadcasting to the affiliated network stations and effectively broadcast by them. It is also admitted that the transmission in several cases was effected by means of cable and microwave facilities of Bell. The question is was this an infringement of CAPAC's copyright? »

de câbles coaxiaux ou de micro-ondes. La question est donc, était-ce une atteinte au droit de la demanderesse ?[59]

On remarque en lisant l'extrait qui précède qu'effectivement nulle part la CAPAC n'allègue que CTV est responsable d'une exécution publique des oeuvres musicales en cause. CTV est poursuivie en raison de la seule transmission des oeuvres par radiocommunication. Par conséquent, la demanderesse allègue à l'encontre de CTV non pas une atteinte à son droit d'exécuter en public[60] l'oeuvre musicale ou de transmettre l'oeuvre par câbles[61], mais une atteinte à son droit exclusif, dont elle pense disposer en raison de l'arrêt *Canadian Admiral*, d'effectuer en privé une transmission de ses oeuvres par radiocommunication ou d'autoriser une telle transmission[62].

59. Pour plus de précision, voici ce qu'on lit dans la décision de la Cour de l'Échiquier : *CAPAC* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 54, p. 875-876 : « Leaving aside the possibility of "live" broadcasts, the evidence shows that, in accordance with the ordinary practice in the television business, a local affiliated station could have been enabled to make such broadcasts
(*a*) by the use of a record or tape, which would have to be delivered to the station physically,
(*b*) by the use of a "land" wire or cable, which would have conveyed to the station the same means of broadcasting the music as it would have got from the record or tape, or
(*c*) by the use of a combination of "land" wire or cable and a facility known as "micro-wave", which combination would also have conveyed to the station the same means of broadcasting the music as it would have got from the record or tape.
Any one of these was an ordinary method commonly used in the television business to put a local television station in a position to broadcast a programme containing music. In fact, all three of them are used or have been used in enabling stations affiliated with CTV to broadcast programmes supplied to them by CTV. The plaintiff, in argument, admitted [nous rappelons que, selon toute évidence, la demanderesse prend pour acquis le bien fondé de l'arrêt *Canadian Admiral*] that there would be no infringement of its copyright rights in the doing of what is involved in either of the first two methods that I have described. It contended, however, that there would be such infringement in doing what is involved in the third method that I have described because that method involves transmission of the means necessary to broadcast the music by micro-wave and transmission by radio-wave is transmission by radio. »
60. D'ailleurs, en l'espèce, CTV n'effectue pas une telle exécution en public car elle se contente de transmettre les programmes aux différentes stations affiliées qui, elles, les exécutent en public.
61. Selon nous, la demanderesse (CAPAC) considérait (et considère toujours) bien fondé en droit l'arrêt *Canadian Admiral*. Il était donc inutile pour elle d'invoquer la violation d'un droit en raison de la transmission de ses oeuvres par câbles coaxiaux.
62. *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd.* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 14, p. 683 : « It may well be that if CAPAC cannot collect fees from CTV under its tariff, it is because under the authority of legal provisions respecting fees for performances it is seeking to recover such fees from someone who does not effect performances. It may be significant in this respect that CAPAC is claiming infringement not by performance, but by radio communication of the work or by authorizing such communication. »

En première instance, la Cour de l'Échiquier[63] avait conclu à l'absence de contrefaçon. Selon le tribunal, il n'y avait ni transmission, ni communication des oeuvres musicales aux stations affiliées[64]. Par ailleurs, comme ces dernières étaient déjà autorisées par la demanderesse à exécuter les oeuvres musicales en public, il ne pouvait s'agir d'une atteinte au droit d'autoriser l'exécution des oeuvres en public[65].

Tout comme la Cour de l'Échiquier, la Cour suprême rejette le recours, mais les motifs de celle-ci se distinguent de ceux retenus par le tribunal de première instance[66]. C'est ainsi qu'on apprend avec la décision de la Cour suprême que la rédaction boiteuse de l'ancien paragraphe 3(1)f) n'en permet pas une interprétation littérale[67] car celle-ci conduit à un résultat « anomal ». Pour interpréter cette disposition, il faut plutôt rechercher l'intention du législateur, laquelle apparaît à la lecture de l'article 11 bis de la *Convention de Berne*.

63. *CAPAC* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 54.
64. *Id.*, p. 876-877 : « The plaintiff's contention is that what was done in Canada by the defendants to enable a local affiliated station to broadcast one of the musical works in question was, when the third method to which I have referred was adopted, in effect, to "communicate" such musical "work" by "radiocommunication" within the meaning of those words in paragraph (f) of section 3(1) of the *Copyright Act*. In my view this contention is invalid because
(*a*) What was done by the defendants to enable the local station to broadcast was not the transmission of a musical "work" within the definition of such a work as found in section 2(*p*) of the *Copyright Act*, and
(*b*) the defendants, in doing what they did to enable the local station to broadcast, did not "communicate" a musical work within the meaning of the word "communicate" in section 3(1)(*f*) of the *Copyright Act*. »
65. *Id.*, p. 883 : « In any event, I am of opinion that the plaintiff's alternative basis for supporting its claim of infringement by CTV would not have advanced its case. As I understood counsel for the plaintiff at the opening of his argument, he was putting the alternative ground on CTV's having *authorized* the broadcasts by the affiliated stations. At the end of his argument, he shifted his ground, as it seemed to me, to putting it that CTV had *caused* the broadcasts by the affiliated stations. Whichever it is, it seems to me to be a position that is remarkable for its lack of merit. The plaintiff authorized the affiliated stations to make use of its copyright rights. In my opinion, it was no infringement of the plaintiff's copyright rights for CTV to cause, or "authorize" the affiliated stations to make a use of the subject matter of the plaintiff's copyright rights that the plaintiff itself had authorized them to make. It cannot be a *tort* merely to authorize or cause a person to do something that the person has a right to do. »
66. Malheureusement, en pratique on prête à la Cour suprême les mêmes motifs que ceux retenus par la Cour de l'Échiquier. En d'autres termes, on se représente l'état du droit en fonction des motifs de la décision de la Cour de l'Échiquier, non pas en fonction des motifs de la décision de la Cour suprême. Or, le seul point commun entre les deux décisions provient du fait qu'elles reconnaissent toutes les deux que la CAPAC avait déjà autorisé les stations affiliées au réseau CTV à exécuter les oeuvres en public.
67. Contrairement à l'interprétation retenue en première instance.

2- L'ancien paragraphe 3(1)f) ne se prêtait pas à une interprétation littérale

La CAPAC fonde son recours sur le seul paragraphe 3(1)f)[68] et la lecture qu'elle en fait. Aussi, pour déterminer si CTV porte atteinte au droit de la demanderesse, le juge Pigeon commence par une interprétation littérale du paragraphe 3(1)f). Il nous avertit rapidement que celle-ci n'est pas de mise.

a) Une interprétation littérale de l'ancien paragraphe 3(1)f) conduisait à un résultat « anomal »

En vertu du texte de l'ancien paragraphe 3(1)f), le droit d'auteur incluait le droit de transmettre une oeuvre par radiophonie ou radiocommunication. Sur la base d'une interprétation littérale, fallait-il conclure[69] qu'était constitutif d'une atteinte au droit d'auteur le fait de transmettre une oeuvre par radiophonie ou radiocommunication ? Pour le juge Pigeon, à sa face même, l'interprétation littérale de l'ancien paragraphe 3(1)f) mène à des conclusions assez étriquées, mais il la tente tout de même. Il conserve à l'esprit que, selon cette disposition, le droit d'auteur comprendrait le droit de transmettre une oeuvre par radiocommunication. Comme en l'espèce il est question de la transmission d'oeuvres musicales, le savant juge lit la définition de « oeuvre musicale » pour savoir si CTV transmet une telle oeuvre.

Il note alors qu'une oeuvre musicale doit être « imprimée, manuscrite, ou d'autre façon produite ou reproduite graphiquement »[70]. Une oeuvre musicale au sens strict est donc nécessairement quelque chose qui a une existence physique sous forme d'une reproduction graphique quelconque[71]. Partant de ce constat, il est, à strictement parler, impossible de transmettre une telle oeuvre par radiocommunication, donc par ondes

68. *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd.* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 14, p. 680: « CAPAC's claim is based essentially on sub-para. (f) and the concluding words of subs. (1) of s. 3 of the Act [le droit d'autoriser] »
69. Comme dans l'arrêt *Canadian Admiral*.
70. Art. 2 : « « oeuvre musicale » Toute combinaison de mélodie et d'harmonie, ou l'une ou l'autre, imprimée, manuscrite, ou d'autre façon produite ou reproduite graphiquement. »
71. L'oeuvre musicale est d'ailleurs, et c'est déjà malheureux, la seule oeuvre pour laquelle le législateur impose expressément une fixation matérielle comme condition à la reconnaissance de son existence aux fins du droit d'auteur (pour peu de temps car il semble que, dans un avenir rapproché, cette condition soit étendue à toutes les oeuvres). Sauf dans les hypothèses où cette condition est implicite (par exemple les oeuvres architecturales), le critère de la fixation d'une oeuvre est encore nécessaire uniquement aux fins de l'analyse du droit de reproduction qui impose une reproduction matérielle de l'oeuvre, par opposition au droit d'exécution, qui fait appel à la communication d'une oeuvre sous une forme « fugitive ». Rappelons que l'arrêt *Canadian Admiral* a des effets pernicieux sur des questions autres que celle relative à la câblodistribution des oeuvres. Voir, sur la question de la fixation des oeuvres, Claude BRUNET, « Le projet de loi C-130: Vers un nouveau droit de retransmission », *loc. cit.*, note 11, p. 248.

électromagnétiques. C'est donc précisément l'interprétation littérale de la définition de « oeuvre musicale » qui empêchait le recours de la demanderesse.

Cela s'explique d'ailleurs très bien. Il est impossible de transmettre par radiocommunication la reproduction d'une oeuvre sous sa forme matérielle[72]. Autrement dit, et en s'en tenant à une interprétation littérale de la disposition, pour conclure que CTV transmettait une oeuvre par radiocommunication (ondes électromagnétiques), il aurait fallu que CTV transmette, par exemple, la partition de l'oeuvre musicale sous sa forme graphique. Mais, direz-vous, que transmet CTV si ce n'est pas une oeuvre musicale ?

C'est pour répondre à cette question que le juge Pigeon recourt à la définition de « « représentation », « exécution » ou « audition » »[73]. Aux termes de cette définition, il est notamment question d'une « reproduction sonore d'une oeuvre [...] y compris la représentation [...] par transmission radiophonique ». D'où, une distinction essentielle: plutôt que de transmettre une oeuvre musicale, c'est-à-dire le *corpus* matériel (reproduction sous une forme matérielle au sens de la définition de « oeuvre musicale ») de cette oeuvre, CTV, dans les faits, communique une reproduction sonore (une exécution ou représentation) de l'oeuvre musicale préexistante sous une forme graphique.

Au premier abord, comme la demanderesse allègue que CTV transmet ses oeuvres par radiocommunication, son recours ne peut réussir. CTV ne transmet pas les oeuvres musicales de la demanderesse au sens de la définition de « oeuvre musicale »[74]. Elle communique plutôt

72. Par exemple, encore aujourd'hui, il est scientifiquement impossible de transmettre une oeuvre sous sa forme matérielle. Comment pourrait-on transmettre une oeuvre artistique, comme une statue, par radiophonie ou *radio communication* ? À première vue, il est impensable de prendre la statue, objet matériel, et de la faire voyager par la voie des ondes.
73. Art. 2 : « représentation », « exécution » ou « audition » Toute reproduction sonore d'une oeuvre ou toute représentation visuelle de l'action dramatique qui est tracée dans une oeuvre, y compris la représentation à l'aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique.
74. Autrement dit, il est impossible de faire voyager une partition manuscrite par ondes électromagnétiques. Soulignons que le fait de distribuer au public par télécopieur la représentation graphique d'une oeuvre musicale équivaut toujours à une communication publique d'une telle reproduction graphique. Cela n'équivaut pas à la communication de l'oeuvre sous une forme matérielle, du moins quand l'oeuvre transite dans les signaux. L'oeuvre est matérialisée, du moins au sens du droit de reproduction, quand elle est imprimée sur un appareil approprié au terme de son voyage dans les ondes. Par conséquent, nous soumettons avec déférence qu'il faut nuancer l'affirmation du juge Strayer d'après qui transmettre une oeuvre musicale par télécopieur équivaudrait à une communication de l'oeuvre sous sa forme matérielle. *Canadian Cable Television Association* c. *The Copyright Board*, *supra*, note 17, p. 22 : « To revert briefly to the question of whether that which is communicated is a "musical work", I have indicated my conclusion above that "communicate" is sufficiently broad to include a performance and

une exécution des oeuvres au sens de la définition de « « représentation », « exécution » ou « audition » ». On ne peut donc pas reprocher à CTV de transmettre une oeuvre musicale par radiocommunication, du moins au sens de l'interprétation littérale de l'ancien paragraphe 3(1)f)[75].

Malheureusement, la demanderesse retiendra uniquement de l'arrêt *CTV* qu'une interprétation littérale de l'ancien 3(1)f) ne peut permettre de conclure en sa faveur[76]. Or, contrairement à la lecture que font certains de l'arrêt *CTV*, tout ne s'arrête pas là[77]. Selon le juge Pigeon (qui s'apprête

that it is really a performance of the work which is being communicated. Therefore because of the recent changes to paragraph 3(1)(f), that paragraph is not confined in respect of music to the communication of graphic representations of music, an interpretation which it would appear to me would only cover the distribution to the public, by electronic facsimile, of copies of sheet music. »
Nous estimons plutôt que, quand on transmet une oeuvre par télécopieur, deux phénomènes se produisent : premièrement, la reproduction graphique de l'oeuvre nécessaire à sa « lecture » par le télécopieur se dématérialise pour devenir une exécution ou une communication de l'oeuvre lors de sa transmission. Au terme de son voyage, l'exécution de l'oeuvre se matérialise à nouveau au sens du droit de reproduction quand elle est imprimée grâce à un télécopieur. Par conséquent, on peut violer deux droits quand on transmet une oeuvre par télécopieur. Dans un premier temps, on peut porter atteinte au droit d'exécution si l'oeuvre est communiquée au public (notamment le droit portant sur la télécommunication d'une oeuvre au public). Deuxièmement, on peut porter atteinte au droit de reproduction quand, au terme de son voyage dans les ondes, l'oeuvre est reproduite matériellement à l'aide d'un télécopieur.

75. *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd.* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 14, p. 680 : « In the light of the above definitions, it is obvious that what was done on the occasion described in the action is not the communication of the "musical works". Leaving aside any technical considerations respecting the nature of the signals transmitted from CTV to the affiliated stations, these signals did not communicate the "musical works"as defined in the Act, that is graphic reproductions of melody and harmony. What was communicated was not the "works" but "a performance of the works". Thus, on a literal construction of the Act, CAPAC's case fails in so far as it rests on sub-para. (f). »
76. On peut reprocher au juge Pigeon d'avoir rendu une décision qui, bien que courte en nombre de pages, exige de s'y pencher de très près pour en comprendre les conclusions. C'est à cette seule condition que cette décision prend tout son sens. (*Canadian Cable Television Association* c. *The Copyright Board*, *supra*, note 17, p. 15 : « The supreme Court decision requires careful considerations »).
77. Plusieurs auteurs arrêtent ici leur lecture de l'arrêt *CTV*. D'où, une certaine interprétation consistant à soutenir que l'ancien paragraphe 3(1)f) ne pouvait recevoir application pour des oeuvres musicales vu l'impossibilité de communiquer par radiocommunication une oeuvre sous sa forme matérielle. Or, si effectivement le juge Pigeon soulève cette problématique au moment où il tente de faire une interprétation littérale de cette disposition, on ne peut pas lui imputer une telle interprétation. C'est d'ailleurs après avoir relevé que cette interprétation n'offre aucun sens qu'il décide de rechercher l'intention du législateur. Plusieurs auteurs n'ont cependant pas retenu cet enseignement du juge Pigeon. Pour ces derniers, le recours a été rejeté sur la base d'une interprétation littérale de l'ancien paragraphe 3(1)f) ; sans noter que le juge Pigeon a renversé implicitement l'arrêt *Canadian Admiral*, ils considèrent toujours l'interprétation *Canadian Admiral* bien fondée en droit. Ils se demandent donc toujours comment il est possible de transmettre par radiocommunication la copie matérielle d'une oeuvre. Cela

alors à rechercher l'intention du législateur en vue de donner un sens logique à la disposition[78]), si la demanderesse réussissait son recours tel que soumis[79], on arriverait à un résultat « anomal »[80]. En effet, pour la demanderesse le droit d'auteur sur la transmission d'une oeuvre dépendrait uniquement du moyen utilisé. Si la transmission ou communication avait lieu par la remise[81] de la bande magnétique ou par câbles, il n'y aurait pas de monopole en vertu du droit d'auteur. Cependant, un tel monopole existerait si la transmission avait lieu par micro-ondes, donc par radiocommunication, bien que la transmission s'effectue en privé.

Or, comme l'ancien paragraphe 3(1)f) semble déroger au principe énoncé au paragraphe introductif de l'article 3(1)[82] en attribuant aux auteurs un droit portant sur la seule exécution privée d'une oeuvre par radiocommunication[83], le juge Pigeon se demande s'il est possible

permet de comprendre pourquoi, dans l'arrêt *Canadian Cable Television Association*, les câblodistributeurs prétendaient ne pas porter atteinte au droit prévu à l'actuel article 3(1)f) en raison du fait qu'ils ne transmettaient pas une copie matérielle d'une oeuvre musicale.
78. En d'autres mots, le législateur dans sa sagesse n'a pu logiquement prévoir qu'il existe un droit d'auteur portant sur la transmission par radiocommunication d'une copie matérielle d'une oeuvre.
79. Et réussissait à établir qu'elle disposait d'un droit portant spécifiquement sur la seule exécution d'une oeuvre en privé par radiocommunication.
80. *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd.* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 14, p. 682-683 : « 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. »
81. « *Physical delivery* ».
82. Encore aujourd'hui, selon les principes généraux du droit d'auteur, une personne porte atteinte au droit de reproduire une oeuvre dès qu'elle reproduit cette oeuvre sous une forme matérielle quelconque. Peu importe ses motifs. En raison de ce droit sur la reproduction d'une oeuvre, on dira que la reproduction faite « 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 » (*Bishop* c. *Stevens*, *supra*, note 41, p. 480). Outre le droit de reproduire une oeuvre, on trouve aussi inclus dans le droit d'auteur le droit d'exécuter l'oeuvre. Contrairement à la reproduction d'une oeuvre, qui suppose une fixation matérielle, l'exécution d'une oeuvre « est par sa nature même fugace, momentanée, passagère » (*Bishop* c. *Stevens*, *id.*, p. 479). Par exemple, on peut penser au fait d'interpréter une oeuvre musicale sur scène ou par radiodiffusion. Or, contrairement au droit de reproduire, le droit d'exécuter une oeuvre est fonction du caractère public de l'exécution.
83. À cet effet, on peut relever que dans les débats modernes sur le droit d'auteur, certains tentent de faire valoir qu'une entreprise, qui rend possible la seule transmission d'oeuvres en privé par satellite, devrait payer des redevances aux auteurs (le motif principal étant que les entreprises génèrent des profits en transmettant des oeuvres). Mais, compte tenu des principes fondamentaux du

de lire cette disposition imprécise autrement que littéralement[84], le but étant de lui donner un sens, de le rendre cohérent avec les principes fondamentaux du droit d'auteur. C'est alors qu'il se réfère à la *Convention de Berne*.

b) L'intention du législateur est découverte à l'article 11 bis de la *Convention de Berne*

Le juge Pigeon constate que le recours de la demanderesse ne peut réussir sur le fondement d'une interprétation littérale de l'ancien paragraphe 3(1)f). Pour comprendre le texte de l'ancien paragraphe 3(1)f), il faut plutôt puiser dans la *Convention de Berne*[85]. Comment justifier le recours à une convention internationale pour interpréter un article de la loi[86]? Le juge Pigeon motive cette référence en remarquant que l'ancien article 53[87] de la loi renvoyait à l'*Acte de Rome* de la *Convention de Berne*[88].

Mais qui veut se référer à la *Convention de Berne*, doit se méfier d'un écueil. Le juge Pigeon signale qu'en analysant la convention, il faut conserver à l'esprit qu'elle est originairement rédigée en français et que les dispositions de la loi en dérivant ne reflètent pas nécessairement le texte original officiel de la convention. Notamment, en rapport avec

droit d'auteur, cette problématique est relativement nouvelle. Peut-être que ce droit d'auteur sera reconnu un jour au Canada, mais ce n'est certainement pas le cas depuis les modifications législatives de 1988.

84. *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd.* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 14, p. 680: « The next question is: Should the enactment be read otherwise than literally? »

85. Déjà, en première instance, la défenderesse (Bell Canada en l'occurrence) avait tenté de suggérer à la Cour qu'implicitement l'ancien paragraphe 3(1)f) renvoyait « to broadcasting by radio or communication by radio to the public »: *CAPAC* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 54, p. 877, note 2. Contrairement à la Cour suprême, la Cour de l'Échiquier n'a pas disposé de cet argument.

86. Dans certains pays (par ex. la France et les États-Unis), les conventions internationales sont une source directe du droit (au même titre qu'une loi interne) quand le Parlement ou le Gouvernement (le Sénat, aux États-Unis) les ratifie. Tel n'est pas le cas au Canada où, en principe, pour équivaloir à une loi les conventions internationales doivent nécessairement être entérinées par le législateur. Cependant, en interprétant une loi, on présume, en l'absence d'indications contraires, que le législateur canadien n'entend pas déroger aux engagements internationaux liant le Canada.

87. L'actuel article 71.

88. *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd.* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 14, p. 680-681: « In this connection, the following facts should be noted. Section 53 [71] of the Act refers to the Rome Convention [Acte de Rome de 1928 de la *Convention de Berne*] which is set out in the Third Schedule. From this it appears that the Convention is in French only: the Schedule annexed to the English version is expressly stated to be a translation. The history of the legislation further shows that sub-para. (*f*) as well as s. 53 [71] and the Third Schedule were all added to the Act by the *Copyright Amendment Act* 1931, 21-22 Geo. V, c. 8. This makes it obvious that sub-para. (*f*) was inspired by para. 1 of Article 11 *bis* of the Convention, which is in the following terms [...] »

l'ancien paragraphe 3(1)f) par lequel le législateur tendait à reprendre l'article 11 bis de la convention, on a, dans un premier temps, traduit le texte de la convention en anglais pour après rédiger, à partir de cette traduction, l'ancien paragraphe 3(1)f). De la version anglaise de ce paragraphe 3(1)f), on a ensuite procédé à une reconversion en français pour formuler le texte français de l'ancien paragraphe 3(1)f).

On voit pourquoi le texte français de l'ancien paragraphe 3(1)f) n'a aucune utilité aux yeux du juge Pigeon. Cette disposition ne peut permettre de découvrir l'intention du législateur car, découlant d'erreurs commises par les traducteurs et les légistes, il s'éloigne trop du texte officiel de la *Convention de Berne*. C'est plutôt l'alinéa premier de l'article 11 bis de la *Convention de Berne* sur le droit de radiodiffusion et le sens du mot « oeuvre » tiré de cette même convention qui permettent de connaître l'intention du législateur, l'ancien paragraphe 3(1)f) étant inspiré de la version officielle française de l'article 11 bis (1) de la Convention[89].

D'où, une première imprécision relevée par le juge Pigeon. En rédigeant l'ancien paragraphe 3(1)f) de la loi, les légistes de la Chambre des communes ont utilisé le terme « *radio communication* » apparaissant déjà dans la mauvaise traduction anglaise de la convention, alors que l'intention du législateur était de se référer au terme « radiodiffusion » utilisé dans la version officielle de la convention[90]. Là où dans la convention il est officiellement question de « radiodiffusion », la malheureuse traduction[91] parle de « *radio communication* ». Pour le juge Pigeon, l'emploi du terme « radiocommunication » est l'aboutissement d'une erreur de traduction s'étant glissée dans la loi qui avait pour but la mise en oeuvre d'obligations imposées par la convention. Conséquemment, l'ancien paragraphe 3(1)f) traitait erronément de la « *radio communication* » d'une oeuvre parce que l'intention du législateur visait la « radiodiffusion ».

Après avoir démontré que le terme « radiocommunication » signifiait « radiodiffusion », le juge Pigeon devait déterminer la signification du

89. Ce principe est repris dans l'arrêt *Bishop* c. *Stevens*, *supra*, note 41, p. 474.

90. *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd.* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 14, p. 681: « It will be noted that where the Convention speaks of "radiodiffusion" i.e. radio broadcasting, the unfortunate translation reads "radiocommunication". The error in translation of the Convention was obviously carried into the statute intended to implement it, and, as happened in the case of the Hague Rules annexed to the *Water Carriage of Goods Act*, the English text was translated into French. » À la suite de sa retraite d'office de la Cour suprême et alors qu'il était professeur invité à l'Université d'Ottawa, le juge Pigeon écrivait un article (« Interprétation des lois, arrêts de la Cour suprême du Canada, 1957-1980 », *loc. cit.*, note 52) dans lequel il livrait en une phrase le sens de l'arrêt *CTV* (p. 33): « « Radiocommunication » interprété selon le traité au sens de « Radiodiffusion ». »

91. Le juge Pigeon écrit « *unfortunate translation* ».

terme « oeuvre » utilisé dans la *Convention de Berne*. Il devait se demander ce que les rédacteurs de la convention envisageaient en utilisant le terme « oeuvre » à l'article 11 bis, qui confère aux auteurs un droit exclusif portant sur « la communication de leurs oeuvres ». Fallait-il conclure qu'on envisageait une oeuvre au sens de la définition de la loi canadienne ? Est-ce que se reposait la problématique selon laquelle il est impossible de communiquer le *corpus* matériel d'une oeuvre musicale ? Non, rétorque le juge Pigeon, car la convention ne définit pas le terme « oeuvre ». D'après la convention, il faut envisager une oeuvre musicale non pas au sens d'une reproduction matérielle, mais d'une reproduction sonore, ou, si l'on veut, d'une exécution de l'air musical.

Selon ce qu'enseigne le juge Pigeon, qui dit « autoriser la communication d'une oeuvre » renvoie à l'acte d'en autoriser la diffusion ou la transmission, d'autoriser qu'on établisse une relation entre une oeuvre et une personne ou, plus généralement, d'autoriser qu'une personne prenne connaissance d'une version fugitive d'une oeuvre. Par exemple, autoriser la communication d'une oeuvre par la radiodiffusion signifie permettre qu'un téléspectateur soit mis en présence de l'exécution ou de la représentation d'une oeuvre via son écran de télévision. Plus spécifiquement, dans le cas d'une oeuvre musicale, autoriser la communication de cette oeuvre par la radiodiffusion signifie permettre qu'un téléspectateur soit saisi d'une reproduction sonore de cette oeuvre.

C'est ainsi que le savant juge précise que si le terme « communication » utilisé dans la *Convention de Berne* n'équivaut pas normalement au terme « exécuter », mentionné au paragraphe introductif de l'article 3(1), il peut inclure des exécutions tout autant que d'autres modes de représentation d'oeuvres littéraires ou artistiques qui ne sont pas à proprement parler « exécutées »[92]. Partant, dès qu'une oeuvre est communiquée par la radiodiffusion, elle est exécutée ou représentée au sens que revêt ce mot en droit d'auteur. Par exemple, il est possible d'« exécuter » une statue, c'est-à-dire de la représenter par la radiodiffusion. Quand on communique une statue par la radiodiffusion

92. *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 14, p. 681 : « It is apparent that the above cited article [11 bis] of the Convention [*Acte de Rome* de 1928 de la *Convention de Berne*] contemplates public performances by radio broadcasting. Such is the clear meaning of "la communication de leurs oeuvres au public par la radiodiffusion" (communication of their works to the public by radio broadcasting). In the Convention "oeuvres" (works) is not defined, therefore, as applied to musical works, it is properly taken in the primary sense of the composition itself, not its graphic representation as in the Act. Also, while "communication" does not usually mean "a performance" 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". »

tel que l'entend le législateur[93], on n'effectue pas une transmission du *corpus* de la statue, mais la transmission de son image visuelle via l'écran d'un téléviseur.

Finalement, la lecture du texte de l'article 11 bis de la *Convention de Berne* permet de dégager une autre conclusion erronée de *Canadian Admiral*. On se souviendra que, selon cet arrêt, l'ancien paragraphe 3(1)f) de la loi couvrait tant les transmissions privées que les transmissions publiques d'une oeuvre (en autant qu'elles étaient réalisées par radiocommunication). Or, si une certaine lecture de cette disposition pouvait conduire à cette conclusion, telle n'était pas encore une fois l'intention du législateur.

3. L'ancien paragraphe 3(1)f) visait une communication au public

En adoptant le paragraphe 3(1)f), l'intention du législateur était de mettre en oeuvre l'article 11 bis (1) de la *Convention de Berne*. Le juge Pigeon ajoute que, malgré les impressions laissées par une première lecture du texte de l'ancien paragraphe 3(1)f), le législateur canadien entendait demeurer fidèle aux principes généraux du droit d'auteur énoncés au paragraphe introductif de l'article 3(1). Voilà pourquoi le simple fait de transmettre une oeuvre n'est pas constitutif d'une atteinte au droit d'auteur. Constitue cependant une atteinte au droit d'auteur, la transmission de l'exécution ou de la représentation publique d'une oeuvre[94].

a) Le législateur entendait demeurer fidèle aux principes généraux du droit d'auteur

Pour attester que le législateur canadien entend demeurer fidèle aux principes généraux du droit d'auteur, le juge Pigeon prend soin de signaler qu'à l'article 11 bis de la *Convention de Berne*, il est question d'une « radiodiffusion » « au public ». Ce qui est envisagé par cette stipulation, c'est une exécution ou communication publique. Les rédacteurs de la *Convention de Berne* ne visaient donc pas une exécution ou une représentation privée. Cela correspond bien à la définition de droit d'auteur au paragraphe introductif de l'article 3(1) de la loi. Au sens de cette disposition, peu importe leur destination, toutes les reproductions matérielles d'une oeuvre sont incluses dans le droit d'auteur. S'agissant cependant de l'exécution d'une oeuvre, seules les exécutions publiques sont assujetties au droit d'auteur.

Partant de ce principe général, le juge Pigeon veut s'assurer que l'ancien paragraphe 3(1)f) soit interprété en tenant compte de la

93. Par opposition à ce que laissaient entendre les traducteurs et les légistes.
94. Voir Michel RACICOT, « La protection des logiciels en droit canadien », (1990) 2 *Les cahiers de propriété intellectuelle* nº 2, 147, 173.

Convention de Berne. Il se demande si, en omettant de mentionner le terme « public » à cette disposition, le législateur canadien souhaitait déroger au principe voulant, en raison du paragraphe introductif de l'article 3(1), que le droit d'auteur englobe normalement les seules exécutions publiques d'une oeuvre. À l'opposé de l'article 11 bis de la Convention, le législateur canadien voulait-il que, en ce qui concerne la radiocommunication, le droit d'auteur inclut le droit de transmettre en privé l'exécution d'une oeuvre ?

Reprenons cette question en y juxtaposant les faits soumis à la Cour suprême. D'abord, CTV préenregistre les oeuvres. Ensuite, en relayant ses différents programmes préenregistrés, CTV communique des oeuvres, c'est-à-dire exécute ou représente des oeuvres. Cependant, CTV n'effectue pas une communication (exécution ou représentation) des oeuvres au public. CTV se contente de relayer, tant physiquement que par câbles ou par radiocommunication, des programmes qui, ultérieurement, seront radiodiffusés par les différentes stations affiliées. Selon les faits de la cause, le rôle tenu par CTV peut être assimilé à celui d'un simple fournisseur d'oeuvres préenregistrées. CTV joue en quelque sorte le rôle d'un facteur qui livre le courrier mais par radiocommunication. Or, on ne peut prétendre qu'un facteur qui transmet un disque à une station de radio effectue ou autorise une exécution publique quand, subséquemment à la réception du disque, la station de radio communique l'oeuvre musicale au public. De même, on ne peut alléguer qu'en transmettant des bandes magnétiques par radiocommunication CTV est responsable d'une communication publique des oeuvres[95].

95. L'auteur se voit également réserver le droit d'autoriser l'exercice de ses droits. Pour porter atteinte à ce droit d'autoriser, il n'est pas suffisant qu'une personne fournisse un moyen permettant de contrefaire une oeuvre. Cette dernière ne commet pas un acte de contrefaçon (tout comme un vendeur de fusil ne confère pas le droit d'utiliser le fusil qu'il vend pour aller à la chasse. Il fournit peut-être un instrument pour chasser, mais l'autorisation de chasser relève de l'autorité administrative, non pas du vendeur de fusil.). C'est ainsi qu'en soat un vendeur de magnétophones ne peut être recherché en contrefaçon du droit d'autoriser la reproduction d'une oeuvre parce qu'un des acheteurs de magnétophones a reproduit cette oeuvre sans autorisation (*CBS Songs Ltd* c. *Amstrad plc*, [1988] 2 All E.R. 484 (H.L.)). Une entreprise comme CTV ne peut être recherchée en contrefaçon quand elle n'a aucune emprise sur la décision d'exécuter l'oeuvre en public. Voilà pourquoi, si, à la demande d'une personne, CTV ne fait que fournir un moyen permettant de transmettre une oeuvre en public par ondes électromagnétiques (un peu comme si on demandait à Télésat Canada de transmettre une oeuvre d'un point à un autre), on ne peut, pour ce seul motif, lui reprocher de porter atteinte au droit d'autoriser l'exécution d'une oeuvre en public, même si effectivement on assiste en bout de ligne à une exécution publique. Pour être responsable de la violation du droit d'autoriser l'exécution publique, CTV doit faire plus que fournir un moyen qui permet éventuellement l'exécution publique. Elle doit avoir un contrôle réel sur le but visé, c'est-à-dire un pouvoir décisionnel sur le choix d'exécuter une oeuvre en public. Si effectivement CTV offre des services qui permettent éventuellement d'exécuter une oeuvre en public, en

Quant à la question que se pose le juge Pigeon à propos du texte de l'ancien paragraphe 3(1)f), dont il tente une interprétation littérale, était-il dans l'intention du législateur que le droit d'exécuter une oeuvre pouvait être compris dans le droit d'auteur, indépendamment du caractère privé ou public de l'exécution ? Le juge remarque d'abord que si le paragraphe était clair, s'il pouvait s'interpréter littéralement d'une manière satisfaisante, il faudrait conclure qu'en omettant le terme « public » à l'ancien paragraphe 3(1)f), le législateur entendait expressément prévoir que le droit d'auteur comprenait, en rapport avec une radiocommunication, un droit sur une exécution ou communication, qu'elle soit publique ou privée.

Mais une telle interprétation ne pouvait se justifier. La disposition traitait littéralement non pas du droit de transmettre « l'*exécution* d'une oeuvre par radiocommunication », mais du droit de transmettre « une oeuvre par radiocommunication », ce qui n'a pas la même signification. En raison des définitions respectives de « oeuvre musicale » et de « « représentation », « exécution » ou « audition » », insérer par voie judiciaire le terme « exécution »[96] aurait permis de soutenir que le droit d'auteur englobait le droit de transmettre en privé l'exécution d'une oeuvre par radiocommunication. Or, pour le juge Pigeon, insérer le terme « exécution » par voie judiciaire l'aurait conduit à s'éloigner trop substantiellement du texte imprécis tel que formulé[97]. Dans le doute, il préférait corriger les imprécisions du texte en optant pour une interprétation faisant prévaloir les principes généraux du droit d'auteur, plutôt que d'opter pour une interprétation qui aurait mené à la reconnaissance au Canada d'un droit exorbitant de ces principes généraux, donc d'un droit « anomal ».

Voyons un exemple de ce que sous-entend le juge Pigeon. Ajoutons le terme « exécution » à l'ancien paragraphe 3(1)f). Par hypothèse, celui-ci se lirait à peu près ainsi : « le droit d'auteur comprend le droit de

principe elle n'autorise personne à exécuter une oeuvre en public. CTV fournit peut-être un moyen d'exécuter une oeuvre en public, mais en ce faisant, elle ne confère pas le droit d'exécuter l'oeuvre, ni prétend pouvoir le conférer. C'est pourquoi on ne pourrait rechercher cette entreprise pour la violation du droit d'autoriser l'exécution publique (c'est en tout cas l'hypothèse décrite dans l'arrêt *CTV*. D'après les faits de cet arrêt, c'est la titulaire des droits d'exécution (la CAPAC, maintenant la SOCAN) qui a autorisé l'exécution publique des oeuvres).

96. Qui n'apparaissait pas dans le paragraphe 3(1)f).

97. *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd.* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 14., p. 682 : « 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. Bearing in mind that the reproduction of a work as distinguished from a performance thereof is always within the definition 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. »

transmettre une exécution ou une représentation d'une oeuvre par radiocommunication[98] ». Demandons-nous maintenant à quel résultat nous en arriverions? La réponse est très simple. Nous aboutirions exactement à la conclusion décrite dans l'arrêt *Canadian Admiral*, conclusion qu'entendait faire valoir la demanderesse dans la décision *CTV*. Le seul fait pour une personne de communiquer sans autorisation l'exécution d'une oeuvre par ondes électromagnétiques (radiocommunication au sens strict) constituerait une atteinte à ce droit d'auteur particulier. Nous voyons tout de suite que CTV aurait pu être poursuivie en contrefaçon quand, par radiocommunication, elle transmettait des oeuvres à ses stations affiliées sans prendre part elle-même à la radiodiffusion.

Le juge Pigeon, un expert de la propriété intellectuelle[99], conserve à l'esprit que la reproduction matérielle d'une oeuvre est toujours

98. Radiophonie en français.

99. Le professeur George R. Stewart, dans un article de fond traitant des conceptions théoriques du juge Pigeon dans le domaine de la propriété intellectuelle (*loc. cit.*, p. 238-239), faisait ressortir que ce dernier fondait les droits dérivant de la propriété intellectuelle sur le droit naturel et la pensée civiliste en matière de propriété. Voici comment le professeur Stewart tentait de donner un sens à l'arrêt *CTV* dans lequel, pour cet auteur, le juge Pigeon semble revenir sur ses conceptions en interprétant restrictivement les droits d'auteur : « The interesting challenge is, of course, to explain why Pigeon J. took pains to justify the denial of copyright protection to C.A.P.A.C. when he was prepared to lead a dissent in favour of protecting the commercial value of U.S. broadcasts in *Capital Cities*. There are a number of possible explanation. First, one wonders if Pigeon J. did not perceive C.A.P.A.C. as attempting to extend its property rights beyond a justifiable limit. Natural law theory only justifies private property to a reasonable limit, beyond which the resource that was part of the common reverts to the common stock. The analytical difficulty here is that copyright does not depend on anything taken from the common stock. Since copyright protects only as a to form, the idea of the works was always available to the world free of any restriction. Therefore, there is no justification for restricting the owner's property rights. Second, this case did not threaten the very existence of copyright owner's bundle — the right of collecting a royalty when a copyrighted work is sent or carried by a passive carrier. As pointed out by Pigeon J., a decision in favour of C.A.P.A.C. would have the anomalous result that the extent of copyright would depend on the means employed for transmission — delivery of a physical tape or record would not infringe but transmission over telephone lines would. In view of the fact that three of the Judges who formed the majority in *Capital Cities* concur with Pigeon J. in *C.A.P.A.C. v. CTV*, one suspects that this decision is simply an example of a pragmatic solution to a practical problem without any theoretical implications for Pigeon J. beyond a balanced and workable result. In addition, this case did not present the reaping without sowing factor to the extent that *Capital Cities* did in that both CTV and the affiliated stations held licences from C.A.P.A.C. » (Pouvons-nous suggérer à la défense de la conception du juge Pigeon qu'il ne fait que reprendre l'intention du législateur, car c'est bien le législateur (comme le démontrent amplement les modifications législatives de 1988) qui s'oppose à un droit sur la seule « radiocommunication » des oeuvres en privé. Encore, à la défense du juge Pigeon, il est utile de remarquer qu'il prend la peine d'indiquer à la demanderesse comment s'y prendre pour exiger indirectement des redevances de CTV. Si on peut reprocher quelque chose à ce juge, ce n'est sûrement pas de priver les auteurs de redevances).

comprise dans le droit de reproduction, alors qu'en principe seule l'exécution publique fait partie du droit d'exécution. Or, un droit d'auteur intégrant, dans le cas d'une radiocommunication, le droit sur une exécution privée aurait dû être énoncé clairement. De plus, il signale que sa conclusion serait différente si le législateur avait ajouté le terme « exécution » à l'ancien paragraphe 3(1)f), sans par ailleurs ajouter le terme public. Mais telle n'était pas la situation et c'est pourquoi il n'est pas parvenu à se convaincre que le droit d'auteur comprenait le droit de tout simplement transmettre l'exécution privée d'une oeuvre par radiocommunication, contrairement à ce que semblait suggérer une certaine lecture de l'ancien paragraphe 3(1)f).

Est-ce dire que la CAPAC ne pouvait pas réclamer des redevances de CTV[100]? Est-ce que cette conclusion du juge Pigeon disposait de la question de savoir si une société de gestion pouvait ou non réclamer des redevances de CTV? Absolument pas. Dans les deux dernières pages de sa décision, le juge indique la voie pour ce faire.

b) Comment une société de gestion peut réclamer indirectement des redevances de CTV alors que cette dernière n'effectue pas une exécution publique?

Dans l'arrêt *CTV*, la Cour suprême a débouté la demanderesse. Mais c'est en tenant compte uniquement du fondement du recours, l'ancien paragraphe 3(1)f), et non pas en raison du principe de la perception de redevances. La question posée à la Cour suprême était trop spécifique et limitée. Aux termes de 3(1)f), rien ne pouvait être reproché à CTV qui se contentait d'exécuter les oeuvres en privé.

Mais, tout ne s'arrête pas là. Comme la CAPAC se plaignait de la perte de revenus que lui causerait l'échec de son recours, le juge Pigeon prend la peine de lui indiquer la voie à emprunter pour réclamer des redevances de CTV[101]. Si elle ne pouvait le faire sur la base de l'ancien paragraphe 3(1)f), elle pouvait le faire autrement et ainsi réclamer d'une manière indirecte des redevances de CTV en utilisant une autre voie que celle dont elle croyait disposer en raison de l'ancien paragraphe 3(1)f).

100. Cette question n'est qu'incidente aux buts recherchés dans le présent texte. Nous considérons cependant important de la mentionner, ne serait-ce que pour fournir une vision générale de l'arrêt *CTV* et pour souligner qu'il est faux de soutenir que cet arrêt de la Cour suprême présente des conclusions allant à l'encontre de l'intérêt des auteurs.

101. Compte tenu du principe de la retenue judiciaire, on peut légitimement se demander pourquoi le juge Pigeon a ainsi « renseigné » la demanderesse sur la façon d'obtenir des redevances de CTV.

Le juge indique cette voie à la CAPAC quand il souligne à son intention[102] ceci : si, compte tenu des revenus générés par l'entreprise-tête du réseau de radiodiffusion, les redevances perçues directement de chaque station affiliée au réseau sont insuffisantes, elle n'a qu'à proposer, mais devant la Commission d'appel du droit d'auteur[103] qui en avait la compétence[104], un tarif spécial dans le cas des oeuvres radiodiffusées dans le cadre d'un réseau[105].

102. *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd.* c. *CTV Television Network Ltd.*, *supra*, note 14, p. 683-684 : « If by reason of the setting-up of the CTV network the fee prescribed in the tariff applicable to television broadcasting stations has become inadequate, this is a matter for the Copyright Appeal Board on the submission of an appropriate tariff at which time it may have to be considered whether some special treatment should be provided to avoid a duplicate fee on the cost of programs recorded in the United States. It has not been shown that the Board could not approve a tariff under which, if it appeared proper and just, the fee payable for a licence in respect of network broadcasts would be higher than the present 1½ per cent. »
103. Maintenant la Commission du droit d'auteur.
104. Le juge Pigeon signale à la demanderesse que rien dans la loi ne restreint le *quantum* et les modalités de la fixation des redevances, qui doit être réglée par la Commission. Si la demanderesse estime perdre des avantages pécuniaires parce que CTV est organisée en réseau, elle n'a qu'à s'adresser à la Commission d'appel du droit d'auteur pour recevoir un traitement spécial tenant compte de la structure du réseau CTV. Selon le juge, on a jamais démontré que la Commission ne pouvait approuver un tarif approprié qui serait plus élevé que celui actuellement payé par chaque station affiliée à CTV. Ainsi, la Commission pourrait fixer un taux de redevances tenant compte des profits générés par CTV.
S'agissant maintenant de savoir si la société de gestion peut encore, en 1991, s'adresser à la Commission du droit d'auteur, les données juridiques ne sont plus exactement les mêmes. En effet, on a, en 1988, édicté dans la loi une présomption de solidarité en ce qui concerne l'exécution publique effectuée par chacune des stations affiliées à un réseau de radiodiffusion. En vertu de cette présomption, prévue au paragraphe 3(1.4), l'entreprise tête d'un réseau de télévision qui, comme CTV dans l'arrêt *CTV*, communique des oeuvres en privé, est réputée effectuer une communication au public, quand les différentes stations affiliées effectuent une telle communication. Par conséquent, en 1988 le législateur est venu dire ce que le juge Pigeon disait en 1968, à la différence que maintenant il est prévu que la société de gestion peut s'adresser directement à l'entreprise tête de réseau.
105. Voir l'arrêt *CTV Television Network Ltd.* c. *Copyright Board*, (1990) 30 C.P.R. (3d) 262, où on repose à la Cour fédérale la même question posée en 1968 à la Cour suprême (et cela sans même tenir compte du renseignement fourni par le juge Pigeon). Voir *Canadian Cable Television Association* c. *The Copyright Board*, *supra*, note 17, p. 15 : « The main authority relied on by CCTA to demonstrate that transmission by its members of non-broadcast services does not come within the definition of the sole rights of the copyright holder, as found in paragraph 3(1)f), is the case of [*CTV*], a 1968 decision of the Supreme Court of Canada which was recently followed by my learned colleague Cullen J. in *CTV Television Network Ltd.* v. *The Copyright Board et al*, a case involving essentially the same facts as the 1968 case. »
Alors que le problème devrait être réglé depuis longtemps, on considère toujours qu'il faut modifier la loi. Voir « La SOCAN est en voie de rédiger une ébauche de modification : une échappatoire juridique qui coûte des millions aux titulaires de droits d'auteur », *Compositeur canadien*, printemps 1991, SOCAN, *Le Milieu*, p. 3 : « La deuxième poursuite devant les tribunaux porte sur une autre question

C- *Conclusions à retenir relativement à l'interprétation de l'ancien paragraphe 3(1)f)*

Contrairement à la démarche suivie par le juge Cameron dans l'arrêt *Canadian Admiral*, le juge Pigeon enseigne qu'il faut rechercher l'intention du législateur pour connaître le sens de l'ancien paragraphe 3(1)f). Voilà notamment pourquoi, à ce paragraphe, il n'était pas question du simple fait de transmettre une oeuvre par radiocommunication. Il faut donc rejeter les conclusions du juge Cameron pour qui l'ancien paragraphe 3(1)f) ne visait pas les câblodistributeurs car ces derniers n'effectuaient pas une radiocommunication des oeuvres.

Par ailleurs, la recherche de l'intention du législateur a ses limites. Le juge Pigeon préfère une interprétation qui rend le droit conforme aux principes généraux, plutôt qu'une interprétation qui s'en démarque, s'il s'agit de prétendre à l'existence d'un droit « anomal », c'est-à-dire d'un droit exorbitant des principes généraux. Ainsi, dans l'arrêt *CTV*, le juge Pigeon opte en faveur d'une interprétation qui ramène le texte aux principes généraux au lieu de l'en éloigner (ce qui aurait été le cas si le juge avait conclu à l'existence d'un droit que le législateur canadien n'avait pas l'intention évidente de créer).

Aussi, le juge Pigeon, à la lumière de la *Convention de Berne*, signale qu'il faut lire l'ancien paragraphe 3(1)f) comme signifiant que le droit d'auteur inclut notamment un droit exclusif sur « les communications au public par radio, c'est-à-dire la radiodiffusion »[106]. Par conséquent, sous certaines réserves[107], l'auteur dispose d'un droit exclusif chaque fois que son oeuvre est exécutée par radiodiffusion, c'est-à-dire chaque fois que son oeuvre est exécutée publiquement.

Quant au droit revendiqué par la demanderesse dans l'arrêt *CTV*, lequel droit portait sur la seule transmission privée d'une oeuvre par radiocommunication, celui-ci n'existait pas au Canada. Pour nous en convaincre, le juge Pigeon remarque que si le législateur avait voulu

[que celle de la câblodistribution], de nature connexe, et concernant les réseaux de télévision. Il s'agit de l'affaire opposant le réseau de télévision CTV à la Commission du droit d'auteur, à propos de laquelle la division des procès de la Cour fédérale du Canada a soutenu récemment que les modifications d'ordre législatif apportées en 1988 n'étaient que « superficielles ». La SOCAN en a appelé de ce jugement auprès de la Cour d'appel fédérale. [...] Nous considérons qu'il est injuste pour nos membres d'être impliqués dans de coûteux procès à cause d'une erreur de rédaction dans la loi [On ne semble pas encore voir que le juge Pigeon a corrigé cette erreur de traduction !]. Mais ce n'est malheureusement pas tout. En plus de l'argent et de l'énergie qui sont engloutis dans ces interminables débats tenus devant les tribunaux, les titulaires de droits d'auteur que la SOCAN représente perdent des millions de dollars annuellement à cause de la loi actuelle ».
106. *Capital Cities Comm. Inc.* c. *C.R.T.C.*, *supra*, note 50, p. 185.
107. Que nous aborderons dans la suite du présent article.

prévoir l'existence d'un tel droit en édictant le paragraphe 3(1)f), il l'aurait fait en écrivant expressément que le droit d'auteur inclut « le droit de communiquer une exécution d'une oeuvre par radiocommunication ». À ce moment, le juge Pigeon aurait été conduit à conclure que l'auteur disposait d'un droit spécifique portant sur la seule exécution privée d'une oeuvre par radiocommunication. Mais devant les insuffisances du texte, le juge ne voulait pas s'éloigner des principes généraux et du texte de la *Convention de Berne* liant le Canada.

L'ancien paragraphe 3(1)f) traitait expressément de la transmission d'une oeuvre et non de la communication d'une exécution de l'oeuvre. Il fallait donc corriger le texte de cette disposition à l'aide de la *Convention de Berne*. Cette convention conduisait à la seule conclusion qui s'imposait : l'auteur disposait notamment d'un droit portant sur la communication (l'exécution) de son oeuvre par radiodiffusion. En décomposant la portée de ce droit, on aboutissait depuis l'arrêt *CTV* à la conclusion suivante : 1- l'auteur à un droit sur une communication, c'est-à-dire une exécution (ou une représentation) de son oeuvre en public, et non pas un droit sur la simple transmission ou communication de son oeuvre indépendamment du caractère public de la communication ; 2- ce premier principe signifie que l'auteur à un droit portant sur l'exécution de son oeuvre, ce dernier terme signifiant, dans le cas d'une oeuvre musicale, non pas un droit sur une communication d'une représentation graphique de l'oeuvre, mais un droit sur une communication de la composition musicale elle-même, c'est-à-dire un droit portant sur une reproduction sonore de son oeuvre par radiodiffusion. (L'ancien paragraphe 3(1)f) ne signifiait donc pas que le droit d'un auteur se résumait à la communication de la reproduction matérielle de son oeuvre, ce qui aurait été, non plus seulement « anomal », mais « anormal »[108].)

En d'autres mots, la prétention de la demanderesse selon laquelle elle disposait d'un droit sur la seule transmission d'une oeuvre par radiocommunication, conduit à un résultat « anomal ». Le juge Pigeon note que, selon la demanderesse, elle n'aurait pas de droit portant sur la transmission de son oeuvre par câble, mais qu'elle en aurait un portant

108. En voulant éviter une interprétation « anomale », le juge Pigeon a rendu une décision en raison de laquelle certains lui prêtaient des conclusions « anormales ». Rappelons que plusieurs lisaient l'arrêt *CTV* de telle façon que l'ancien paragraphe 3(1)f) signifiait que l'auteur avait un droit sur la transmission d'une copie matérielle de son oeuvre musicale par radiocommunication, ce qui est à des lieues des conclusions du juge Pigeon (qui avait effectivement souligné dans sa décision qu'une interprétation littérale de ce paragraphe pouvait conduire à ce résultat farfelu. Mais un tel résultat était provoqué par le travail des légistes. Il ne pouvait provenir de l'intention du législateur, laquelle était découverte en se détachant de l'interprétation littérale et de l'interprétation retenue dans l'arrêt *Canadian Admiral*).

sur la transmission de son oeuvre par radiocommunication, même si cette transmission s'effectuait en privé. En vertu du principe général paraissant au paragraphe introductif de l'article 3(1), une telle distinction n'existe pas[109]. En principe, l'auteur a un droit sur l'exécution publique de son oeuvre, mais non sur la simple transmission de son oeuvre en privé réalisée par radiocommunication[110].

Voila pourquoi, la Cour suprême, du moins relativement à l'interprétation du paragraphe 3(1)f), rejette implicitement les conclusions de l'arrêt *Canadian Admiral* qu'invoquait tout aussi implicitement la CAPAC.

Ceci étant, nous voulons démontrer qu'il y a encore une conclusion de l'arrêt *Canadian Admiral* qui repose sur de mauvaises justifications. Il s'agit de la conclusion voulant qu'un câblodistributeur ne portait pas atteinte au droit d'exécution publique quand il transmettait des oeuvres à ses abonnés. Nous discuterons éventuellement, dans une seconde partie au présent texte, l'arrêt *Canadian Admiral* relativement au contour du droit d'exécution publique. Nous verrons alors que le raisonnement juridique retenu dans *Canadian Admiral*, s'il était insoutenable relativement à l'interprétation de l'ancien paragraphe 3(1)f), demeure insoutenable sur cette autre question, et qu'il ne peut même pas trouver quelque appui parmi les nombreux arrêts étrangers qui y sont invoqués. Pis encore, en concluant comme il l'a fait, le juge Cameron a omis de

109. Comme le soulignait le professeur Victor Nabhan (« La télévision par câble et le droit d'auteur au Canada », *loc. cit.*, note 36, p. 10-11) « N'est-il pas en effet absurde que la même retransmisson d'une oeuvre radiodiffusée relève de la loi sur le droit d'auteur ou y échappe selon qu'elle est transportée à travers des ondes électromagnétiques ou des câbles. »

110. Des auteurs spécialisés en droit international interprétaient l'arrêt *CTV* de la manière suivante : Claude C. EMMANUELLI, Stanislas SLOZAR, « L'application et l'interprétation des traités internationaux par le juge Canadien », *loc. cit.*, note 52, p. 69 : « La recherche de la signification des termes d'une loi rédigée à partir d'un traité implique parfois l'examen du traité lui-même. On y procède à défaut de précisions dans la loi elle-même ou en l'absence de la jurisprudence, comme c'est le cas dans des domaines internationaux par nature où tant le législateur que les tribunaux interviennent rarement. Le but de l'interprétation consiste donc dans ces cas en un ajustement de la signification des termes de la loi au sens explicitée des dispositions du traité.
Cet ajustement prend forme de rectification d'une erreur apparente dans le texte anglais d'une loi portant sur le droit d'auteur où une licence est exigée pour une « radiocommunication » au lieu de « radiodiffusion » d'une oeuvre. La requête fondée sur cette base a été repoussée, le tribunal ayant pris en considération le texte original en français de la *Convention internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques* révisée en 1928 et en ayant conclu que seules les performances publiques appellent une licence et donnent droit au versement des redevances. Par conséquent, la transmission des émissions par câbles d'une entreprise de télévision à ses stations affiliées pour fins d'émission publique n'appelle pas une licence, contrairement au sens de la loi dans sa version anglaise [les auteurs se réfèrent ici à *CTV*]. »

jeter un regard sur des dispositions expresses de la loi et sur des arrêts de tribunaux supérieurs. Or, si en 1954, on pouvait peut-être (nous disons bien peut-être !) excuser le juge Cameron de ne pas interpréter la loi à la lumière de la *Convention de Berne*[111], on ne pouvait sûrement pas l'excuser d'omettre à la fois la lecture de certaines dispositions expresses de la loi et des arrêts canadiens qui l'auraient invariablement conduit à énoncer d'autres conclusions que celles de sa décision.

Dans cette seconde partie, nous amènerons donc le lecteur à constater qu'avant les modifications législatives intervenues en 1988, les câblodistributeurs, petits ou gros, qui retransmettaient des oeuvres à leurs abonnés, occasionnaient une exécution publique de ces oeuvres. Nous constaterons que *Canadian Admiral* n'est pas le seul arrêt canadien portant sur le droit de retransmission et qu'en fait *CTV* est, après 1954, le premier d'une série d'au moins trois arrêts de la Cour suprême à traiter explicitement du droit d'auteur quant au droit de retransmission jamais revendiqué (du moins devant les tribunaux) par les auteurs. D'où, le constat suivant : depuis toujours les auteurs ont été privés de redevances en retour de la câblodistribution de leurs oeuvres, non pas en raison de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais en raison d'une pratique dérogeant aux règles prévues par celle-ci, laquelle pratique est une suite directe d'un malheureux arrêt isolé, l'arrêt *Canadian Admiral*.

111. Il faut bien reconnaître à l'acquis du juge Cameron que l'interprétation d'un texte de loi en fonction d'une convention internationale n'est pas chose courante en droit canadien. Il faut cependant lui reprocher de ne pas avoir tenu compte de décisions ou d'auteurs qui faisaient remarquer bien avant 1954 que la *Loi sur le droit d'auteur* découlait de la *Convention de Berne*. Voir notamment *Gribble c. Manitoba Free Press Ltd.*, [1932] 1 D.L.R. 169, 170 (C.A. Man., j. Prendergast) ; *Zamacois c. Douville*, [1944] R.C. de l'É. 208, 219-221 et 230 ; *Canadian Performing Right Society (Ltd.) c. The Ford Hotel Co. of Montreal (Ltd.)*, (1935) 73 C.S. 18, 22 ; *R. c. Théâtre National*, (1933) 71 C.S. 201 ; *Joubert c. Géracimo*, (1917) 26 B.R. 97 ; *Mary c. Hubert*, (1906) 15 B.R. 381, (1906) 29 C.S. 334. Outre les auteurs cités plus haut, voir Louvigny de MONTIGNY, « The Canadian Copyright Act », (1930) 8 *R. du B. can.* 643, 647.

La communauté européenne et le droit d'auteur : le marché intérieur s'annonce

Silke von Lewinski*

Les institutions de la Communauté européenne se sont intéressées au droit d'auteur beaucoup plus tard qu'à d'autres domaines du droit. La Cour de justice de la Communauté européenne a rendu ses premières décisions en droit d'auteur dans les années soixante-dix[1]. Puis, le Parlement européen a déclaré, dès 1974, que des mesures de rapprochement des législations étaient nécessaires dans le champ du droit d'auteur. Dans sa résolution du 13 mai[2], le Parlement invitait la Commission européenne à proposer des mesures de rapprochement des réglementations nationales en matière de protection de la valeur culturelle, ainsi que des droits d'auteur et des droits voisins.

À la suite de cette résolution, la Commission a soumis trois communications portant notamment sur l'harmonisation des droits d'auteur et des droits voisins[3]. En 1985, la Commission a annoncé dans

* Silke von Lewinski, 1991.

* Dr. Silke von Lewinski, chercheur au Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht de Munich (Institut Max-Planck pour le droit étranger et international des brevets, du droit d'auteur et de la concurrence). L'auteure est également consultante auprès de la Commission de la Communauté européenne sur la proposition de directive relative au droit de location, au droit de prêt public et à certains droits voisins, notamment.

1. Voir *CJCE* du 8.6.1971, affaire 78/70, recueil de 1971, p. 487 ; *GRUR Int.* 1971, p. 450 (*Deutsche Grammophon Gesellschaft* c. *Metro-SB-Großmärkte*), et REISCHL, « Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zum Urheberrecht im Gemeinsamen Markt », dans G. RESS, *Entwicklung des Europäischen Urheberrechts*, Baden-Baden 1989, p. 45 et s.
2. *JOCE* n° C-62 du 20.5.1974.
3. 1977 : « L'action communautaire dans le secteur culturel. Communication de la Commission au Conseil du 22 novembre 1977 », *Bulletin des CE*, supplément 6/77 ; 1982 : « Le renforcement de l'action communautaire dans le secteur culturel. Communication de la Commission au Parlement et au Conseil du 12 octobre 1982 », *Bulletin des CE*, supplément 6/82 ; 1987 : « Relance de l'action culturelle dans la Communauté européenne. Communication de la Commission transmise au Conseil et au Parlement européen en décembre 1987 » (COM (87) 603 final), *Bulletin des CE*, supplément 4/87.