

## L'écho de la doctrine et la communication publique d'une oeuvre<sup>1</sup>

Normand Tamaro\*

1- La doctrine et le droit de retransmission . . . . .	160
2- L'interprétation des droits prévus dans la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> . . . . .	164
1- Le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public de l'adoption de la loi à la décision du juge Cameron dans <i>l'affaire Canadian Admiral</i> . . . . .	172
A- L'exigence des principales dispositions de la loi . . . . .	172
1- Le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public selon l'article 3 paragraphe (1) . . . . .	174
a) La notion d'exécution ou de représentation . . . . .	174
b) Le sens courant de la locution adverbiale «en public» . . . . .	175

\* Normand Tamaro, 1992.

<sup>1</sup> Avocat, auteur de *La Loi sur le droit d'auteur, tome canonique*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1992. Également publié en anglais chez le même éditeur sous le titre *The Annotated Copyright Act*, 1992. L'auteur tient à remercier tout particulièrement le rédacteur en chef de la revue, Ghislain Rossuel, pour son appui et ses commentaires d'une qualité exceptionnelle. Il remercie également Michel Schefter et Nicolas Monier, qui ont aimablement accepté de commenter une version du présent texte. Le présent texte tient compte de la jurisprudence à jour au 31 mai 1992.

1- Ce texte constitue la deuxième partie d'un texte intitulé «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 réédition/distribution de leurs œuvres?», paru dans (1991) 4 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* n° 1, p. 71. Cf. après TAMARO (1991).

e)	Le domaine du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public . . . . .	176
2-	L'ancien sous-paragraphe 3(1)◊ . . . . .	177
3-	Le caractère décomposable du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public . . . . .	179
4-	La représentation publique dans un but de profit . . . . .	179
5-	Le régime légal applicable aux sociétés de gestion exerçant dans le domaine des droits d'exécution sur les œuvres musicales ou dramatico-musicales . . . . .	180
6-	L'exception relative à l'exécution publique d'œuvres musicales à l'aide d'un appareil radiophonique récepteur . . . . .	181
B-	La perspective jurisprudentielle au moment du prononcé du jugement dans l'affaire <i>Canadian Admiral</i> . . . . .	183
1-	La Cour supérieure du Québec dans l'affaire <i>Hôtel Ford</i> . . . . .	184
2-	L'affaire Vigneux . . . . .	187
3-	La nature du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre selon la jurisprudence canadienne antérieure à l'arrêt <i>Canadian Admiral</i> . . . . .	188
II-	La communication d'une œuvre au public à des fins domestiques ou privées: un élément du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public . . . . .	190
A-	Les approches du juge Cameron et du juge Strayer . . . . .	191
1-	L'approche du juge Cameron dans l'affaire <i>Canadian Admiral</i> . . . . .	191
2-	L'approche du juge Strayer dans l'affaire <i>Canadian Cable</i> . . . . .	194
B-	<i>Canadian Admiral</i> , une décision dont la portée est limitée . . . . .	197
1-	Le juge Cameron a restreint le débat à une seule exécution . . . . .	197

2-	La méthode d'analyse suivie dans l'affaire <i>Hôtel Ford</i> est plus large que celle retenue par le juge Cameron . . . . .	201
3-	L'arrêt Vigneux . . . . .	204
C-	Une atteinte au droit d'auteur existe dès qu'une personne rend possible sans autorisation une exécution à l'extérieur de son cercle privé . . . . .	208
1-	Le principe . . . . .	208
2-	L'exécution en public à des fins domestiques ou privées: l'arrêt <i>Maple Leaf</i> . . . . .	213
	Conclusion . . . . .	219

Notre façon de concevoir le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public diffère de celle qui prévaut généralement. En effet, selon nous, un radiodiffuseur effectue une exécution ou une représentation «en public» quand il transmet une œuvre «au public» pour des utilisations domestiques ou privées seulement<sup>2</sup>. Sous réserve des exceptions apportées à la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>3</sup> en 1988<sup>4</sup>, il en va de même lorsqu'un câblodistributeur retransmet une œuvre aux mêmes fins. Ainsi, le paragraphe 3(1)<sup>5</sup> et le sous-paragraphe 3(1)(b)<sup>6</sup> visent tous deux la communication publique d'une œuvre, le sous-paragraphe 3(1)(b), dans sa version ancienne<sup>7</sup> ou actuelle, se serait en fait qu'un élément du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre «en public», dont il est question au paragraphe 3(1).

Jusqu'ici tout va bien pour la personne qui n'est pas familière avec les discussions entourant le «en public» droit de retransmission adopté en 1988<sup>8</sup>. Celle-ci peut comprendre qu'un message retransmis simultanément à des millions de téléspectateurs est un message transmis «en public». Ne suffit-il pas de consulter les dictionnaires usuels pour savoir que la locution adverbiale «en public» correspond à l'adverbe «publiquement»?

2. C'est-à-dire pour une réception dans le cercle privé de celui qui, en captant ainsi l'émission, l'exécute ou la représente en privé. Voir la note 19.

3. L.R.C. (1985), c. C-42.

4. *Loyalty in favour of the Accord of Free Trade-Canada-EU*, S.C. 1988, c. 45, art. 61 à 65.

5. Pour le texte de la disposition, voir la note 20.

6. Ibid.

7. «Il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de droit d'auteur inclus, celui de transmettre cette œuvre au moyen de la radioémission [radio communication en anglais].»

8. Avant les dispositions législatives adoptées en raison de l'accord de libre-échange Canada-Etats-Unis, S.C. 1988, on considérait au Canada que les câblodistributeurs n'étaient rien à verser aux titulaires de droits d'auteur pour la retransmission de leurs œuvres au public. Par exemple David YAVICK, «Copyright Phase 2: The New Normans», 1990, 6 *J.P.J.* 27, 39: «So far as the 1988 Canadian amendments are concerned, the Free Trade Act intended the 1981 Copyright Act to create retransmission rights for radio and television signals.»

Pourtant, les choses se compliquent et l'étude du droit de retransmission nous conduit directement vers un problème d'interprétation, sinon vers l'incohérence. Conformément à une interprétation doctrinale dominante, une pratique s'est développée qui revient à dire que la diffusion publique d'une œuvre pour des utilisations domestiques ou privées seulement équivaut à une multitude d'exécutions effectuées «en privé», plutôt qu'à une exécution effectuée globalement «en public». Une œuvre communiquée à des millions de spectateurs installés dans leur foyer domestique serait une œuvre communiquée «en privé».

Quelle est la source judiciaire de cette conception doctrinale? Une seule décision, dans laquelle un câblodistributeur, le 21 mai 1984, parvient à restreindre le débat devant le juge Cameron, dans l'arrêt *Canadian Admiral*<sup>9</sup>, aux multiples exécutions privées effectuées par les abonnés d'un câblodistributeur. Le juge Cameron a évidemment conclu que de multiples exécutions effectuées en privé ne peuvent conduire une exécution effectuée en public. Or, on a étendu la portée de la décision jusqu'à lui faire dire qu'un câblodistributeur qui retransmet une œuvre à des fins domestiques ou privées effectue alors une multitude d'exécutions en privé, plutôt qu'une exécution «en public». Encore plus prodigieux est d'arriver avec autant de conviction à faire dire à une décision judiciaire ce qu'elle ne dit pas.

C'en était fait des auteurs quant à leurs droits relatifs à la câblodistribution de leurs œuvres. Une pratique allait s'instaurer, et cela plus profondément et facilement que celle qui a valu aux auteurs d'être privés du droit de reproduction éphémère de leurs œuvres jusqu'à ce que la Cour suprême livre sa décision dans l'arrêt *Bishop*<sup>10</sup>. Avec l'interprétation doctrinale de l'arrêt *Canadian Admiral*, les câblodistributeurs découvrent leur eldorado. Il existerait dorénavant deux types de droits d'exécution au Canada et aucun ne vise les câblodistributeurs: un premier, dans le paragraphe introductif de l'article 3(1), en vertu duquel l'on réserve au titulaire du droit d'auteur le droit d'exécuter ou de représenter son œuvre «en public», c'est-à-dire devant un auditoire à caractère public réuni dans un même lieu; un second, dans l'ancien sous-paragraphe 3(1)(b), en vertu duquel sont visés les radiodiffuseurs (et non les câblodistributeurs) qui, en transmettant des œuvres par «radiocommunication» pour des

9. *Canadian Admiral Corporation Ltd. c. Radiofussion Inc.*, [1984] 2 R.C. 282. Cf. *agrs Canadian Admiral*.

10. *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467.

utilisations domestiques ou privées seulement, effectuent une multitude d'exécutions «en privé»<sup>11</sup>.

Pourquoi persistons-nous dans notre approche? Nous avons déjà livré une raison en présentant une facette de l'arrêt *CTV*<sup>12</sup>. Nous allons en aborder deux autres qui s'inscrivent dans la logique de cet arrêt: selon nous, la doctrine fait dire à l'arrêt *Canadian Admiral* des choses qui ne sont pas conséquentes avec la méthode d'analyse décrite par la jurisprudence canadienne qui l'a précédé; un arrêt de la Cour suprême, l'arrêt *Maple Leaf*<sup>13</sup>, rendu quelques mois après l'arrêt *Canadian Admiral*, montre que les conclusions prétées au juge Cameron ne reposent sur aucune base juridique.

Les auteurs n'aperçoivent pas la décision de la Cour suprême. Jusqu'en 1988, les câblodistributeurs ont puisé dans l'arrêt *Canadian Admiral* des choses qui ne s'y trouvent pas. Également, les radiodiffuseurs n'ont rien à redire de l'arrêt *Canadian Admiral* jusqu'en 1977. Mais les auteurs, en se fiant à l'interprétation donnée à l'arrêt *Canadian Admiral* et en se fermant les yeux sur des solutions décrites par la jurisprudence, vont «patiemment» attendre l'appui des radiodiffuseurs américains, pour qu'enfin la loi soit modifiée en 1988.

Avant de nous expliquer, nous allons justifier deux prémisses: nous ne partageons pas la vision du juge Cameron voulant que le droit d'auteur soit un droit à caractère négatif, c'est la force persuasive de la doctrine qui a conduit à la situation que nous connaissons aujourd'hui. Commençons par donner une image de la doctrine sur la question.

#### 1- La doctrine et le droit de retransmission

Dans un article de fond paru en 1988, la professeur Gendreau écrit que:

Since the *Canadian Admiral* case in 1964, one of the earliest decisions in the world on the subject, it has been firmly established

11. Le juge Strayer, dans *Canadian Cable Television Association v. The Copyright Board*, (1991) 34 C.P.R. (2d) 521 (C.F. 1re inst.) (un appel a été interjeté), ci-après *Canadian Cable*, examine la portée de l'arrêt *Canadian Admiral*, mais apporte une distinction: les expositions «en public» et «au public» (nouvel art. 31(1)) renverraient à des concepts différents. Des extraits de cette décision seront ultérieurement tirés de la traduction officielle *Association canadienne de télévision par câble c. La Commission du droit d'auteur*, C.P., n° T-1602-90, 16 janvier 1991.
12. *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] 1 L.C.S. 676. Ci-après *CTV*. Voir TAMARO (1991), op. cit., note 1.
13. *Maple Leaf Broadcasting Co. Ltd. v. Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd.*, [1964] R.C.S. 624. Ci-après *Maple Leaf*.

lashed in Canadian law that the cable retransmission of television programs does not infringe anyone's copyright.<sup>14</sup>

Dans la même veine, en 1988, le professeur Vaver écrit que:

In the 1950s, it was held that running a television set in a cablemaster's showroom to attract customers was a public performance, but the relay of programs to individual subscribers was not: one judged "publicness" not by the cablecaster's intent when transmitting but the character of the audience at the point of reception. Thus, a television set in a public bar performs in public, but sets in a million private homes, watched by individual families and their friends, perform privately, albeit simultaneously a million times. This anomaly has now been partly cured in the cablecasting context by creating a transmission right [en 1988].<sup>15</sup>

On retrouve sensiblement la même opinion dans un rapport déposé en 1984 par les ministres Judy Erola et Francis Fox:

Selon la décision rendue dans l'affaire *Canadian Admiral* [...], la retransmission par câble de signaux radiodiffusés contenant des œuvres protégées ne constitue pas une violation du droit d'auteur puisqu'il ne s'agit pas d'une «radiocommunication» ni d'une «exécution publiques» de ces œuvres. La Loi sur le droit d'auteur n'oblige pas les exploitants canadiens de systèmes de retransmission par câble ou par satellite à payer l'auteur pour l'utilisation de son œuvre, ni le radiodiffuseur pour l'exploitation de son signal.

On pourrait penser que la décision de 1954 n'est pas pertinente aujourd'hui. D'abord, elle n'a jamais été portée en appel et, de plus, elle date d'une époque où les modes de retransmission étaient moins sophistiqués qu'aujourd'hui. Quoi qu'il en soit, ce qui importe est moins de savoir si la Loi actuelle a été bien interprétée que de décider si la nouvelle loi devrait créer un droit de retransmission.<sup>16</sup>

14. Yves GENDREAU, «A Canadian Retransmission Right: A Reality at Last», (1989) 4 I.P.J. 397, 397-399.

15. Op. cit., note 8, p. 58.

16. Gouvernement du Canada, L'Honorable Judy EROLA, L'Honorable Francis FOX, De Glencoe à Triches: Livre blanc sur le droit d'auteur, Propositions en vue de la révision de la Loi canadienne sur le droit d'auteur, Consommation et Corporations Canada, ministère des Communications, Ottawa, 1984, à la page 85.

En 1977, les rédacteurs d'une étude présentée au ministre de Consommation et Corporations Canada recommandent qu'il soit accordé aux propriétaires d'un droit d'auteur un droit particulier d'autoriser la diffusion de leurs œuvres par des services de câbles [...]<sup>17</sup>.

Plus tôt dans leur étude, ils écrivent:

En conformité de la déclaration selon laquelle il faut que chaque utilisateur acquitte sa juste part, le Conseil économique a indiqué que ceux qui sont à l'origine d'émissions diffusées par câble doivent, aux fins du droit d'auteur, être dans la même situation que les radiodiffuseurs. Lorsqu'il est à l'origine d'émissions, l'exploitant de câble remplit certes une fonction analogue à celle d'un radiodiffuseur. Cela n'est pas contesté. Il est manifeste que dans de tels cas, la négociation pour obtenir l'autorisation d'utiliser une œuvre et le paiement de redevances qui en résulte doivent constituer la norme.

Ceci serait spécifiquement prévu par une loi du droit d'auteur qui accorderait aux propriétaires d'un tel droit un «droit de diffusion par fil» (à ne pas confondre avec le droit de radiocommunication), leur donnant exclusivement le droit d'autoriser la diffusion par fil de leurs œuvres, en plus du droit exclusif qu'ils ont actuellement d'autoriser la radiodiffusion de celles-ci.<sup>18</sup>

Effectivement, en 1971, à la suite d'un mandat spécial reçu du gouvernement fédéral, le Conseil économique du Canada recommande l'établissement d'un système en vertu duquel les câblodistributeurs seraient amenés à verser des redevances<sup>19</sup>. Traitant des règles juridiques alors en vigueur, le Conseil relève que:

Du point de vue du droit d'auteur, ces systèmes [de télévision par câble] jouissent actuellement d'une situation tout à fait à part devant les tribunaux; ils n'entrent pas dans la catégorie des «stations de diffusion» sans fil au «public».<sup>20</sup>

17. A.A. KEYES, C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada: Propositions pour la révision de la loi*, Consommation et Corporations Canada, 1977, p. 157.

18. *Id.*, p. 148.

19. Conseil économique du Canada, *Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle*, Information Canada, Ottawa, cat. E01-22-1378, 1971, p. 189-190.

20. *Id.*, p. 188.

Ce constat n'a rien d'original puisqu'il a déjà été posé en 1958 par la Commission Ibley, dans son *Rapport sur le droit d'auteur*<sup>21</sup>, dans lequel nous constatons qu'une association de stations privées de télévision s'est expressément désintéressée<sup>22</sup> d'une proposition de Radio-Canada visant à établir un droit de retransmission (ou de rediffusion). Pour la Commission:

Cette proposition de Radio-Canada prend un relief particulier, si l'on songe que la Cour de l'Échiquier, en rendant jugement dans la cause *Canadian Admira!* [...], a décidé que la rediffusion par fil ne constituait pas en elle-même une exécution publique et, par conséquent, ne pouvait pas être empêchée par l'auteur des œuvres radiodiffusées.<sup>23</sup>

Ce qui amène les commissaires à écrire que:

Nous sommes d'avis que les actes réservés en vertu du droit que possède l'auteur même de l'œuvre devraient comprendre (ainsi que le veut notre législation actuelle) non seulement l'exécution publique de l'œuvre, mais aussi, comme acte réservé distinct, et indépendamment de son exécution publique, la radiodiffusion de l'œuvre [...].<sup>24</sup>

On peut maintenant se poser une question: sur quelles bases le juge Cameron appuie-t-il sa décision? Nous croyons qu'il se réfère à ce que Fox écrit dans la première édition de son ouvrage<sup>25</sup>. Le juge Cameron ne signale pas cet emprunt. Toutefois, à notre connaissance Fox est le premier à soutenir que l'ancien sous-paragraphe 3(1)b) traite d'un droit qui, indépendamment du droit d'exécuter une œuvre «en public», couvre spécifiquement la radiocommunication d'une œuvre:

The Canadian Act specifically forbidding the communication of works in which copyright subsists by radio communication, it does not matter whether the reproduction by the receiving set take place in public or in private. It is the communication, or in other words, the broadcasting of the work, which is forbidden.<sup>26</sup>

En 1967, Fox, pour qui un radiodiffuseur exécute une œuvre en privé lorsqu'il transmet une œuvre à des individus installés dans un

21. Commission royale sur les Brevets, le Droit d'auteur, les Marques de Commerce et les Dessins industriels, *Rapport sur le droit d'auteur*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1958.

22. *Id.*, p. 28.

23. *Id.*

24. *Id.*, p. 31.

25. Harold G. FOX, *The Canadian Law of Copyright*, The University of Toronto Press, Toronto, 1944. Cf. aussi FOX (1944).

26. *Id.*, p. 908.

cercle domestique ou privé, reprend l'arrêt Canadian Admiral pour confirmer sa thèse. Relativement à la transmission d'une œuvre effectuée par un câblodistributeur à ses abonnés résidentiels, il ajoute alors :

The authorities on the point were fully reviewed in *Canadian Admiral* [...] where Cameron J. held that communication by retransmission over co-axial cable to subscribers in their apartments and homes did not constitute performance in public [...].<sup>27</sup>

Malheureusement, à cet égard il ne discute pas de l'arrêt *Maple Leaf* où la Cour suprême signale que la transmission d'une œuvre au public à des fins domestiques ou privées est un élément du droit d'exécuter une œuvre en public. Aussi, nous préférons suivre la thèse avancée en 1936 par Samuel Rogers pour qui l'adoption de l'ancien sous-paragraphe 3(1)f) vient préciser en droit canadien que la radio-communication d'une œuvre est une exécution en public.<sup>28</sup>

Passons à l'autre prémissse portant sur la manière d'interpréter la *Loi sur le droit d'auteur*.

## 2- L'interprétation des droits prévus dans la *Loi sur le droit d'auteur*

L'idée que l'on se fait des objectifs d'une loi est déterminante quant à son interprétation. Le domaine du droit d'auteur n'échappe pas à ce phénomène. Selon que l'on considère que le droit d'auteur constitue une entrave aux droits de tous, ou, au contraire, qu'il relève d'une prise en considération de droits essentiels réservés aux auteurs, on adoptera tantôt une interprétation restrictive, tantôt une interprétation plus libérale. Le juge Cameron en est très conscient, lui qui nous avertit clairement de la tangente qu'il va suivre : il va fonder son analyse sur une approche que l'on peut qualifier de restrictive puisque, pour lui, le droit d'auteur doit être envisagé dans la perspective d'un «droit négatif»<sup>29</sup>. Nous allons préciser pourquoi nous n'empruntons pas la même grille d'analyse.

27. Harold G. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2nd ed., The Carswell Company Limited, Toronto, 1967, p. 308. Cf. après FOX (1967). Voir les pages 409 et s.

28. Samuel ROGERS, «Performing Rights», (1936) 14 R. du R. Can. 791, 794: «This Act [Copyright Amendment Act of 1931] also made quite clear that radio communication is a performance in public. Up to that time broadcasters had claimed that a performance in a studio was not performance in public and, therefore, not copyright infringement.»

29. *Canadian Admiral*, op. cit., note 2, p. 300: «Then s. 45 makes it clear that no person is entitled to copyright otherwise than under and in accordance with the provisions of the act. The right is therefore purely statutory. [...] Copy-

Dans les pays occidentaux, il existe grossièrement deux façons de rédiger une loi, lesquelles découlent de deux grandes familles juridiques où, pour parvenir souvent aux mêmes fins, l'on emprunte des voies différentes. Une première méthode consiste à élancer un grand principe propre à englober toutes les situations sur des questions similaires. Ce modèle est bien représenté au Canada dans le *Code civil*. Son article 1053, par exemple, se suffit tellement à lui-même qu'on n'a pas senti la nécessité de le modifier depuis son adoption, il y a près de cent trente ans. Muni de cette disposition, les tribunaux québécois jouissent d'une règle générale qui, au cours des ans, a permis de prendre en considération des milliers de situations diverses dans lesquelles la faute d'une personne a entraîné un dommage à autrui. Cette méthode de rédaction profite également à chaque citoyen lequel peut, sans être un juriste émérite, se forger une certaine idée de la portée de l'article 1053.

La deuxième méthode de rédaction législative est représentée dans les pays dont la tradition et la technique juridiques découlent du droit anglo-saxon où la jurisprudence constitue quasiment une étape préliminaire à toute loi. Ce modèle prévaut généralement partout au Canada. La loi n'a plus la même fonction. Plutôt que d'énoncer un principe général, elle sert à décrire diverses hypothèses possibles par lesquelles on cherche souvent à préciser, à entériner ou à modifier, au cas par cas, les conclusions de diverses décisions judiciaires. Les actuelles lois anglaise et australienne sur le droit d'auteur illustrent très bien ce modèle. Par contre, celui qui connaît la jurisprudence de ces pays est à même de dire que les diverses dispositions énoncées dans ces lois découlent de telle ou telle décision judiciaire et envisagent diverses situations particulières.

Cela dit, la *Loi sur le droit d'auteur* est une loi fédérale et la technique juridique anglo-saxonne prévaut généralement auprès du législateur fédéral. Est-ce à dire que la loi emprunte le modèle prévalant dans les pays anglo-saxons? Nous considérons qu'elle énonce en termes généraux différents droits d'auteur limités dans certaines hypothèses énumérées<sup>30</sup> (cela ne se vérifie plus dans les

right is, in fact, only a negative right to prevent the appropriation of the labours of an author by another. I mention these matters inasmuch as the conclusions which I may reach will of necessity depend on an interpretation of the provisions of the Act - an interpretation which will to some extent be quite technical.

30. *Bielen*, op. cit., note 10, p. 480-481: «De plus, une exception implicite au sens littéral de l'art. 26.1(d) est, à mon avis, d'autant moins plausible que le par. 27(2) de la Loi prévoit des exceptions expresses et détaillées dans des cas aussi divers que [...]»

modifications de 1988<sup>32</sup>). La Loi sur le droit d'auteur présenterait donc, un peu à la manière du Code civil<sup>33</sup>, les droits d'auteur dans des termes suffisamment larges qu'ils englobent une multitude de cas qui, d'une part, ne sont pas exprimés nommément<sup>34</sup> et qui, d'autre part, envisagent des situations nouvelles<sup>35</sup>.

Notre façon d'aborder la lecture de la loi est loin de faire l'unanimité. Pour plusieurs, en effet, les seuls droits d'auteur seraient ceux décrits en termes exprès<sup>36</sup>. Il est donc important d'expliquer, ne serait-ce que sommairement, les motifs justifiant nos conclusions quant à la manière de lire la Loi sur le droit d'auteur.

Le paragraphe introductif de l'article 3(1) retient une formulation large des droits d'auteur, lesquels comprennent notamment les différents droits énumérés dans les sous-paragraphes qui suivent<sup>37</sup>.

- 31. Le droit de retransmission et celui sur les dessins en sout. selon nous, des exemples plus qu'éloignés.
- 32. La Loi sur le droit d'auteur emprunte plusieurs de ses dispositions à la Convention de Berne. Or, les pays signataires de cette convention comprennent des Etats dont la technique juridique englobe notamment aux deux grands systèmes que nous venons de décrire. Il n'y aurait pas lieu dès lors de se surprendre que la loi canadienne suive en partie le modèle des deux grands systèmes.
- 33. Sur la notion très vague à laquelle nous renvoyons l'expression «en public», voir, par exemple, ce qu'en dit dans une décision à laquelle nous renvoyons le juge Cameron: Jennings c. Stephens, [1936] 1 A.L.R. 409, 410 (Lord Wright C.A.): «The appeal turns on the meaning and effect on the facts of the case to be given to the words "in public".» Et le même juge, à la page 412: «Such authorities as there are do not seem very precise in defining the meaning of the words "in public": it is certainly difficult and perhaps impossible to define the precise borders of the territory which they cover. "The public" is a term of uncertain import; it may be limited in every case by the context in which it is used. It does not generally mean the inhabitants of the world or even the inhabitants of this country. In any specific context it may mean for practical purposes only the inhabitants of a village or such members of the community as particular advertisements would reach, or who would be interested in any particular matter, professional, political, social, artistic, or local.»
- 34. Ce serait, selon nous, la raison pour laquelle les tribunaux canadiens ont pu se fonder sur les droits d'auteur énoncés dès 1923 pour établir qu'ils couvraient des œuvres reproduites dans despace électroniques.
- 35. Pour un exemple de cette thèse repris présumément par les câblodistributeurs, voir: Canadian Cable Television Association, «Cable and Passive Re-transmission: The Case against Double Jeopardy, A Discussion of Copyright Issues in Response to *From Gosselink to Telidon*, Presented to the Standing Committee on Communication & Culture, Parliament of Canada, April, 1985, à la page 13: «A copyright owner does not have absolute rights over the use or enjoyment of his work. He has only those rights given to him expressly by Parliament, and only for so long as Parliament grants them.» Voir également les notes 40 et 168.
- 36. Voici comment l'article 3 de la loi présente actuellement les principales dispositions qui nous intéressent:

Par exemple, le droit de traduire une œuvre prévu au sous-paragraphe 3(1)a) serait déjà compris dans le droit de reproduction prévu dans le paragraphe introductif de l'article 3(1)<sup>38</sup>. Mais, pour utiliser cet exemple, certains envisagent le texte français de l'article 3(1) comme s'il devait se lire limitativement. C'est ainsi que la référence au droit de reproduction apparaissant au paragraphe introductif de l'article 3(1) renverrait uniquement à la reproduction d'une œuvre sous la même forme, plutôt qu'à la reproduction d'une œuvre sous toutes ses formes. Relativement à ce type d'interprétation, voici ce qu'écrivit un spécialiste:

Cette énumération des différentes faces du droit d'adaptation, ne nous paraît pas satisfaisante. Il nous semble qu'il eût été préférable de remplacer, dans le paragraphe 1, l'expression «en autres» par «notamment». Ce droit comprend, notamment, le droit exclusif... De cette manière l'énumération perdait son caractère limitatif, elle ne donnait qu'une série d'exemples du droit de l'auteur. Elle évitait la gêne que l'on éprouve à apprécier la portée du principe selon lequel le droit d'auteur désigne le droit exclusif de reproduire une œuvre.<sup>39</sup>

Avec respect, il nous est impossible de partager cette vision des choses. Pour apprécier la teneur d'un texte législatif fédéral il faut comparer les deux versions officielles. Si elles offrent deux interprétations différentes, il faut découvrir laquelle se rapproche le plus de l'intention du législateur, un même texte devant revêtir le même sens dans les deux langues. Par conséquent, avant de donner un sens

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

a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'œuvre; [...]

c) s'il s'agit d'un roman ou d'une autre œuvre non dramatique, ou d'une œuvre artistique, de transformer cette œuvre en une œuvre dramatique, par voie de représentation publique ou autrement; [...]

c) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique et sous réserve du paragraphe (2), de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'ouvrage par cinématographie, et l'auteur a donné un caractère original à son ouvrage;

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique; [...]

Et inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes.»

(2) Voir *Apple Computer c. Macintosh Computer*, [1990] 2 R.C.S. 209, 213-215.

(3) Jacques BONCOMPAIN, *Le droit d'auteur au Canada: étude critique*, Montréal, Le cercle du livre de France, 1971, p. 233-235.

précis au texte français du paragraphe introductif de l'article 3(1), encore faut-il s'assurer qu'il correspond bien au texte anglais.

Que lit-on dans la version anglaise? Le droit d'auteur «includes the sole rights» dont il est question dans les sous-paragraphes a) à g). Les deux versions entrent en contradiction. La version française limite la portée du paragraphe introductif, en laissant entendre que les sous-paragraphes a) à g) sont des droits qui s'ajoutent (en outre) à ceux déjà compris dans le paragraphe introductif. Chacun des droits serait donc énuméré limitativement dans les différents sous-paragraphes et se distinguerait fondamentalement des droits dont il est question dans le paragraphe introductif. La version anglaise, au contraire, laisse entendre que les sous-paragraphes a) à g) seraient des exemples de droits déjà compris dans le paragraphe introductif, puisque les droits prévus dans les divers sous-paragraphes sont «inclus» dans le paragraphe introductif.

D'où deux lectures: celle découlant de la version française de laquelle on comprend que le paragraphe introductif est pratiquement une coquille vide que l'on doit remplir à l'aide des droits identifiés expressément dans les sous-paragraphes a) à g); celle découlant de la version anglaise de laquelle on conclut que le paragraphe introductif forme un ensemble de droits propre à englober des situations nouvelles et comprenant «notamment» les droits identifiés expressément dans les sous-paragraphes a) à g).

Cela ne nous dit pas encore quelle version doit prévaloir. Nous entrevoions cependant plusieurs facteurs qui militent en faveur de la version anglaise. Par exemple, la loi a été établie en faveur des auteurs<sup>39</sup>. On ne peut bien sûr en tirer la conclusion qu'il est possible d'y puiser des droits selon notre bon vouloir. Par contre, cela suppose que notre approche ne soit pas *a priori* négatrice de droits dont on peut aisément supposer qu'ils y sont énoncés<sup>40</sup>. Cette interprétation est bien celle apparaissant dans la version anglaise.

39. Voir un arrêt de la Cour suprême qui reprend un passage d'une décision anglaise à laquelle nous renvoie le juge Carson: Bishop, *op. cit.*, note 10, p. 478-479. «Cette distinction fait-entre le droit d'exécuter une œuvre et celui de l'enregistrer n'est pas étonnante compte tenu de l'objet et des fins de la Loi. Comme le souligne le juge Maughan dans l'arrêt *Performing Right Society, Ltd. v. Howard's Bradford Recovery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, à la p. 127, [traduction]: «la Copyright Act de 1911 a un but unique et a été adopté au seul profit des auteurs de toutes sortes, que leurs œuvres soient littéraires, dramatiques ou musicales». Voir également l'article premier de la Convention de Berne révisée déjà cité.»

40. Nous ne remettions pas en cause le fait que les seuls droits d'auteur existants au Canada soient ceux prévus dans la loi. Par contre, si l'article 63 formule ce principe, on n'y lit nulle part que les seuls droits d'auteur prévus sont ceux

d'autres raisons militent en faveur de la version anglaise. Par exemple, l'article 3(1) correspond sensiblement au texte de l'article 1(2) de la loi anglaise de 1911<sup>41</sup> qui a servi de modèle à la loi canadienne<sup>42</sup>. On peut également supposer que l'énumération de différents droits déjà compris dans le paragraphe introductif de l'article 3(1), se justifie du fait que, en adoptant la loi, le législateur canadien avait en perspective certaines obligations spécifiques imposées par la Convention de Berne<sup>43</sup>. Par exemple, cette convention impose au Canada l'obligation de prévoir que le droit de traduire une œuvre et le droit de représentation publique d'une traduction sont compris parmi les droits d'auteur. Le législateur le dit expressément au sous-paragraphe a)<sup>44</sup>. Et on peut répéter la même chose concernant d'autres droits énumérés, dont l'ancien droit de radiodiffusion (maintenant le droit de télécommunication au public) de l'ancien sous-paragraphe f). Ainsi, dans le paragraphe introductif, l'on s'assurerait d'être suffisamment général pour couvrir les obligations minimales imposées au Canada par la Convention de Berne, pour ensuite préciser certains droits énumérés dans cette convention.

Concernant le fait que la loi ne reprend pas systématiquement le modèle anglo-saxon, on peut citer un passage d'un jugement de la Cour d'appel fédérale: «La Loi australienne diffère de la nôtre en établissant un ensemble fragmenté de droits reliés au droit d'auteur plutôt qu'en procédant au moyen d'une déclaration unique et complète.»<sup>45</sup>

S'agissant du phénomène voulant que les sous-paragraphes a) à g) sont quelques éléments d'un ensemble de droits plus larges compris dans le paragraphe introductif, on peut citer un extrait d'une décision de la Cour fédérale. (La Cour rejette ici un argument fondé sur une règle d'interprétation en vertu de laquelle on cherchait à faire valoir que les droits énumérés dans les divers sous-paragraphes déterminaient le contenu de l'ensemble des droits d'auteur.)

qui sont «expressément» décrits. On lit plutôt à cet article que: «Personne ne peut revendiquer un droit d'auteur [...] autrement qu'en conformité avec la présente loi [...]».

41. Copyright Act, 1911, I & II, Geo. V, c. 48.

42. Bishop, *op. cit.*, note 10, p. 477.

43. Plusieurs décisions judiciaires enseignent que le texte de la Convention de Berne constitue un outil qui permet d'interpréter la loi. Rappelons l'arrêt Bishop, *ibid.*

44. Le sous-paragraphe 3(1a) ne fait pas état du caractère public de la représentation. Nous soumettons qu'il fait se référer à la Convention de Berne pour constater qu'il est fait référence à une représentation publique.

45. *Apple Computer, Inc. v. Macintosh Computer Ltd.*, [1988] 3 C.F. 673, 706 (C.A.F.), confirmé par [1990] 2 R.C.S. 269.

Quant au principe *noscitur a sociis*, il ne sert qu'à limiter la généralité d'une disposition législative lorsqu'il est clair que le Parlement n'avait pas l'intention de lui donner un sens aussi large. L'intention du Parlement est très claire dans le cas de l'article 31.1. Les énumérations servent d'exemples. Les termes généraux «comprendent» [«include» dans le texte anglais du jugement] censément les éléments plus précis. Dans ce contexte, la règle *noscitur a sociis* ne peut être applicable.<sup>46</sup>

Cela dit, nous voulons bien croire que le droit d'auteur en *common law* est restreint par voie statutaire depuis la loi de la Reine Anne<sup>47</sup>. Mais autre que le droit d'auteur comporte des prérogatives à caractère positif (c'est par exemple le cas du droit de décider de la publication d'une œuvre) pourquoi serait-il un droit à caractère négatif? Parce qu'il prive quelqu'un de quelque chose? Parce que le public souffre du fait que l'on réserve à un auteur certaines prérogatives sur une chose incorporelle qui jaillit de son esprit?<sup>48</sup> À ce compte-là, toutes les formes de propriété devraient reposer sur des droits à caractère négatif.

Le droit du public est évidemment toujours atteint dès qu'une personne se voit réservé un droit exclusif sur un bien quelconque. Mais tant que la société reconnaît le droit de propriété selon des cadres délimités, nous ne voyons aucun motif procédant d'un ordre juridique reconnaître que nous incite à concevoir que le droit de propriété des auteurs soit à caractère négatif. Et parce que nous lissons la *Loi sur le droit d'auteur* comme toute loi qui crée ou restreint un droit de

46. *Apple Computer, Inc. v. Macintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.P., 173, 197, confirmé par [1988] 1 C.P., 673 (C.A.); confirmé par [1990] 2 R.C.R. 200. Cette décision nous démontre que l'en pouvait se fonder uniquement sur la version anglaise de la loi pour adopter une lecture «limítative» des droits d'auteur prévue à l'article 3.

47. *Computer Miller v. Taylor* (1769), 98 E.R. 201 (C.A.) et *Douglas v. Beckett* (1774), 10900 1 E.R. 637 (C. des L.).

48. Voir une décision à laquelle nous renvoie le juge Cameron: *Harms Inc. and Chappell & Co. v. Marton's Club Ltd.*, [1997] 1 Ch. 526, 535 (L.J. Sargent) (C.A.): «The word "monopoly" has been used, but I think all suggestions that lie in the word "monopoly", adverse to the principle of monopoly are singularly wanting in the case of the protection of the property of authors and composers. I suppose there is no property which juristically speaking is more entirely the property of an individual than work which has been the direct result of the labour and the talent or genius of the author or composer who has given it to the world; and the copyright which is given to him is not in derogation of the right of any other person to perform something similar which has come from the brains and intelligence of that person, but it is merely the right to prevent other people from copying and appropriating that which is the true property and the true invention of the original author or composer.»

propriété<sup>49</sup>, nous n'abordons pas sa lecture d'un point de vue négatif<sup>50</sup>. D'ailleurs, il suffit de lire la loi telle qu'elle est actuellement rédigée pour constater que le droit de propriété des auteurs est déjà largement amputé de plusieurs prérogatives normalement conférées au propriétaire d'une chose. Ne serait-ce que pour cette seule raison, nous n'avons pas une propension toute naturelle à l'imposition de droits qui semblent figurer dans la loi<sup>51</sup>. D'ailleurs, où sont-elles les décisions judiciaires qui nous forcent à concevoir le droit d'auteur comme un droit négatif?

49. *CSS Songs Ltd. v. Amstrad plc.*, [1988] 2 All E.R. 484, 493-496 (Lord Templeman pour la Chambre des Lords): «BPI submit, however, that, if the 1956 Act is defective to protect them, they are entitled to the protection of the common law, as a foundation for this submission. BPI seek to elevate the quality of the rights granted by the Act. They point out that in s. 17(1) of the Act the owner of copyright in any action for infringement is entitled to all such relief as is available in any corresponding proceedings in respect of infringements of other proprietary rights, that copyright is an example of intellectual property and that, in *Macmillan & Co Ltd. v. K & J Cooper* (1923) LR 51 Ind App 109 at 118, Lord Atkin said that an infringer of copyright disdained the injunction, "Thou shalt not steal." My Lords, these considerations cannot enhance the rights of owners of copyright or extend the ambit of infringement. The rights of BPI are derived from statute and not from the Ten Commandments. Those rights are defined by Parliament, not by the clergy or the judiciary. The rights of BPI conferred by the 1956 Act are in no way superior or inferior to any other legal rights; if BPI prove that on the true construction of the Act Amstrad and Diacon have infringed the rights conferred on BPI by the Act, the court will grant appropriate and effective relief and remedies. But the court will not invent additional rights or impose fresh burdens.»

50. Voir Jérôme e. Shephard, op. cit., note 33, p. 415 (Lord Wright) (C.A.): «But that aspect is useful to remember as a warning to the court that if performance in question is held not to be a performance in public, the rights of owners of dramatic copyright in music or copyright in lectures all over the country will be seriously prejudiced; their plays will be liable to lose novelty, and the public demand for performance will be affected; the public appetite will be exhausted. The same is true of musical compositions and of lectures. It is the duty of the court to protect the rights of authors, composers and lecturers, according to a fair construction of the statute.»

51. Voir une décision à laquelle nous renvoyons le juge Cameron: *Performing Right Society, Limited v. Rowson's Bedford Brewery Company, Limited*, [1934] 1 Ch. 121, 127-128 (le juge Maughan): «From my point of view I think it is important to note in the first place this, that the Copyright Act, 1911, was passed with a single object, namely, the benefit of authors of all kinds, whether the works were literary, dramatic or musical, and, secondly, that the subject matter with which the Act is dealing is of a very practical and human kind, and that it involves really nothing more than the advantages that works of the various sorts I have mentioned derive from the senses of sight or hearing possessed by the public as a whole. I think one ought to bear those circumstances in mind when construing the meaning of so common a word as "performance", and also possibly when considering the other proposition which is put forward on behalf of the defendant company.» Voir la note 39.

52. *Voir Int'l Business Machines v. IBM Canada*, [1995] 1 C.P., 190, 197: «On a soutenu tout d'abord que, puisque la *Loi sur le droit d'auteur* accorde à

Malgré tout, dans le présent texte, nous voulons notamment montrer que les auteurs ont laissé se forger une pratique qui allait à l'encontre de leurs intérêts et constituaient une violation des droits d'auteur. Pour en faire la démonstration, nous allons fonder notre analyse sur la force contrainte de la règle du *stare decisis*.

Ainsi, en nous basant sur cette règle, nous émettons l'hypothèse que l'arrêt *Canadian Admiral* n'a jamais eu la force probante qu'on lui a prêtée puisque le juge Cameron statua sur un seul des éléments du droit d'exécution ou de représentation décrit dans la jurisprudence canadienne.

Nous allons d'abord tenir une description de l'état du droit avant le prononcé du jugement dans l'affaire *Canadian Admiral*.

#### I- Le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public: de l'adoption de la loi à la décision du juge Cameron dans l'affaire *Canadian Admiral*

Pour avoir une idée de la portée réelle des conclusions du juge Cameron, il faut avoir une certaine connaissance de l'état du droit à l'époque où il rend sa décision. Nous nous contenterons d'abord d'une courte explication des principales dispositions pertinentes pour ensuite situer l'arrêt *Canadian Admiral* dans le contexte de la jurisprudence canadienne connue à l'époque.

##### A- L'exégèse des principales dispositions de la loi

Pour savoir si un ciblodistributeur porte atteinte au droit d'auteur, le juge Cameron prend en considération le paragraphe introductif de l'article 3, l'ancien sous-paragraphe 3(1)<sup>53</sup> et l'actuel paragraphe (1) de l'article 27<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Auteur de l'œuvre un droit de monopole, il y a lieu de l'interpréter de façon restrictive. Je ne crois pas que ce soit le cas. Je ne puis trouver de jurisprudence à l'appui de cette proposition. En réalité, je conclus que le juge Fox dit le contraire dans la décision *Apple Computer (Australia)* [...] De même le juge Lockhart [...] dans la même affaire [...] Voir au même effet *Apple Computer, Inc. c. Macintosh Computers Ltd.*, op. cit., note 46, p. 109; *Composers, Authors & Publishers Association of Canada Ltd. c. Karam's Club of West Toronto*, (1958) 2 R.C.S. 111, 116: «We cannot, then, treat the ultimate object here as exempting the performance from the prescribed laws as it extends the language of the proviso would unnecessarily run counter to those principles of justice which accord in owners, particularly of property which in the trustee sense they have created, the accepted privileges of ownership.» Voir aussi *Association des compositeurs et éditeurs du Canada Ltd. c. Transdiffusion radiophonique CKBL-MB, Campus Laval FM Inc.*, (1986) 17 C.P.R. (3d) 242, 251 (C.B. Qué.).  
<sup>54</sup> Voir la note 7.  
<sup>55</sup> Figurant alors à l'article 17(1) «Etat considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur sur une œuvre, quiconque, sans le consentement du titulaire

Nous croyons que le juge Cameron aurait également dû considérer d'autres dispositions; nous les reprenons selon les Lois refondues de 1962<sup>56</sup>.

Depuis 1931<sup>57</sup>, la loi comporte la définition de «représentations» ou d'exécution<sup>58</sup>:

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

À un mot près, on retrouve dans l'ancien article 12(4) le principe formulé aujourd'hui à l'article 13(4):

Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une manière générale, ou avec des restrictions territoriales, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également céder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent délégué autorisé.

On connaît l'actuel article 27(5), lequel apparaît à l'article 17(5) des Statuts refondus de 1962 et à l'article 17(5) des Statuts refondus de 1927<sup>59</sup>:

Est également considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur quelconque, dans un but de lucratif personnel, permet l'utilisation d'un théâtre ou d'un autre local de divertissement pour l'exécution ou la représentation publique d'une œuvre sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, à moins d'avoir ignoré et de n'avoir eu aucun motif raisonnable de soupçonner que l'exécution ou la représentation constituerait une violation du droit d'auteur.

En 1931<sup>60</sup> le législateur met en place un système en vertu duquel:

48(1): Chaque association, société ou compagnie exerçant au Canada des opérations qui consistent à acquérir des droits d'auteur sur des œuvres musicales ou dramatiques ou

<sup>56</sup> de ce droit, exécute un acte qu'en vertu de la présente loi rend ledit titulaire à la faculté d'exécuter.  
<sup>57</sup> S.R. 1902, c. 55.

<sup>58</sup> S.C. 1931, c. 8, art. 20(3).

<sup>59</sup> C. 32.

<sup>60</sup> S.C. 1931, c. 8, art. 10.

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

Ce système donne lieu, en 1938<sup>60</sup>, à une disposition qui se retrouve dans sa substance à l'actuel article 6(2):

50(7): En ce qui concerne les exécutions publiques au moyen d'un appareil radiophonique récepteur ou d'un gramophone, en tout endroit autre qu'un théâtre servant ordinairement et régulièrement de lieu d'amusement où est exigé un prix d'entrée, aucun honoraire, aucune redevance ni aucun tantième n'est exigible du propriétaire ou usager de l'appareil radiophonique récepteur ou du gramophone; mais le tribunal d'appel du droit d'auteur devra, autant que possible, pourvoir à la perception anticipée, des radio-postes émetteurs ou des fabricants de gramophones, suivant le cas, des honoraires, redevances ou tantièmes appropriés aux nouvelles conditions nées des dispositions du présent paragraphe, et elle devra en déterminer le montant, [...] .

#### *J- Le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public selon l'article 3 paragraphe (1)*

Selon les termes du paragraphe introductif de l'article 3(1), le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre est réservé seulement si l'exécution ou la représentation d'une œuvre s'effectue publiquement. Avant d'essayer de cerner le domaine de ce droit, voyons d'abord la notion à laquelle nous réfère le phénomène d'une exécution ou d'une représentation. Nous chercherons ensuite à définir la locution adverbiale «en public» puis, à cerner le domaine du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public.

##### a) La notion d'exécution ou de représentation

Qu'entend-on par «exécuter» et «représenter» une œuvre au moment où le juge Cameron rend jugement dans l'affaire *Canadian?*

59. S.C. 1938, c. 27, art. 6.

La loi offre une définition de ces termes, lesquels désignent notamment «toute reproduction sonore d'une œuvre, ou toute représentation visuelle [...] y compris la représentation à l'aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique». Quand on sait que le terme «radiophonique» correspond, en anglais, à «radio communication», on peut sans trop de crainte de se tromper soutenir que la notion d'exécution ou de représentation renvoie notamment à une communication d'une œuvre effectuée à l'aide d'un poste radio-récepteur, qui permet exclusivement la «reproduction sonores», ou d'un poste téléviseur, qui permet la «représentation sonores» et la «représentation visuelles».

##### b) Le sens courant de la locution adverbiale «en public»

Le droit d'auteur comprend le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public. Que faut-il entendre par «en public»<sup>61</sup>?

La locution adverbiale «en public» correspond à l'adverbe «publiquement», lequel s'oppose à «secrètement», lequel s'oppose lui-même à l'adverbe «ouvertement». Dans un sens courant, réservé exclusivement à un auteur le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre «en public» reviendrait à lui conférer le droit d'exécuter ou de représenter son œuvre publiquement. Cela signifierait que le titulaire de ce droit dispose, à titre exclusif, du droit de donner ou d'autoriser (article 3(1) *in fine*) une exécution ou une représentation qui vise le public ou qui est effectuée «ouvertement» ou «publiquement».

Par hypothèse, au sens du dictionnaire, une personne qui chante une chanson dans l'intimité de son salon n'exécutera pas une chanson en public. Mais si cette même personne chante une chanson en présence d'un certain auditoire ne faisant pas partie de son entourage domestique ou privé, elle exécutera probablement la chanson «en public».

Notons qu'il n'y pas de multiples façons de décrire le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre. Par exemple, le législateur aurait pu écrire que le droit d'auteur comprend le «droit d'exécuter ou de représenter une œuvre publiquement»<sup>62</sup>. Ce qui signifie exactement que le droit d'auteur comprend «le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public». Cependant, s'il est possible d'écrire une «exécution» ou une «représentation publiques», il est impos-

60. *Rufus*, op. cit., note 10, p. 477: «L'interprétation des lois doit toujours essayer de faire justice aux intérêts des mots employés [...]».

61. Ce qu'il fait à l'article 3(1).

sible d'écrire «droit d'exécuter ou de représenter «public». Bien sûr, le législateur peut, s'il le veut, nous renvoyer à une exécution ou une représentation «publique»<sup>62</sup> ou «en public»<sup>63</sup>, mais il lui est techniquement impossible d'écrire «droit d'exécuter ou de représenter public». L'utilisation de la locution adverbiale «en public» s'impose donc pour décrire un droit portant sur l'exécution ou la représentation «publique» d'une œuvre.

c) Le domaine du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public

Le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public est réservé à titre exclusif au titulaire du droit d'auteur. Comme l'ancien article 17(1) (d'actuel article 27(1)) interdit à quiconque de poser un acte réservé exclusivement au titulaire du droit d'auteur, par hypothèse, il semblerait qu'une personne puisse exécuter ou représenter une œuvre en privé sans interférer avec ce droit exclusif. Il en irait de même si cette même personne autorise une exécution ou une représentation en privé. Par contre, nul ne peut exécuter une œuvre en public, ou encore autoriser une exécution publique sans y être autorisé par le titulaire du droit d'auteur.

De fait, la loi ne fait pas référence à l'exécution ou à la représentation d'une œuvre «dans un lieu public». On n'a donc pas à supposer que ce droit est réservé uniquement quand la communication s'effectue dans un endroit qu'on qualifierait de «public». A fortiori, on peut croire qu'une personne est susceptible de porter atteinte au droit d'auteur lorsque l'exécution ou la représentation publique s'effectue dans un lieu privé.

D'autre part, le législateur ne dit pas que le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre porte sur une exécution ou une représentation effectuée dans un but de profit. Une personne peut donc porter atteinte à ce droit si elle effectue une exécution ou une représentation publique sans en tirer un profit.

62. Voir les articles 3(1)(c), 4(1), 1-5, 27(3), 27(5) et 60(2). Voir également les trois annexes de la loi.

63. Ce qu'il fait dans les textes anglais des articles 3(1)(c) (dans le texte français on lit «pour voir de représentation publique ou autrement»), 4(1) (dans le texte français «d'exécution ou de représentation publique»), 13 (on lit en français «publiquement, publique» et «en public»), 27(5) (on lit en français «d'exécution ou de représentation publique»), 27(2)(b) (dans le texte français on lit «publiquement», et dans les textes français et anglais des articles 4(2), 7, 27(2)(c), 27(2)(f), 27(4)(c), 43(1)(d), 43(1), 43(2)). Il est fait état dans certains de ces articles d'atteintes au droit d'auteur constitutives lorsqu'une œuvre est exécutée ou représentée «en public» au sens de sites ou endroits publics.

Et comme il est question du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public, ou encore du droit d'autoriser pareille exécution ou représentation, il apparaît que la personne qui se contente d'assister à l'exécution ou à la représentation d'une œuvre ne peut en aucune façon interférer avec le droit d'auteur. En effet, il n'est pas fait référence à un droit exclusif d'assister à une exécution ou à une représentation publique.

Cette conclusion en entraîne une autre. Plusieurs personnes sont susceptibles de fournir des moyens qui permettent, par exemple, à des musiciens d'exécuter des œuvres publiquement. Personne simplement aux menuisiers qui construisent la scène, à la compagnie qui fournit l'électricité ou aux vendeurs d'instruments de musique. Bien sûr, ceux qui érigent la scène, fournissent l'électricité ou les instruments de musique ont quelque chose à voir avec l'exécution publique, mais peut-on dire qu'ils sont responsables de cette exécution?

Or, il n'est aucunement question d'attribuer au titulaire le droit exclusif de fournir un instrument ou un moyen qui permet éventuellement à une personne de réaliser une exécution ou une représentation publique. Tenez-vous responsable de braconnage l'armurier qui a vendu une arme ayant servi à braconner? En principe l'armurier n'est pas responsable d'un acte commis à son lieu par un client. Le même phénomène devrait prévaloir quant au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public. L'acte du menuisier, du fournisseur d'électricité ou du vendeur d'instruments de musique n'a rien à voir avec le fait qu'une personne exécute une œuvre publiquement ou qu'il encore autorise cette exécution. Ce sont des tiers qui fournissent un moyen d'exécuter une œuvre privément ou publiquement, mais leur intervention est tellement incidente que l'on ne peut dire qu'ils sont responsables d'une exécution pour laquelle ils disposent d'un contrôle sur les buts recherchés.

2- L'ancien sous-paragraphe 3(1)f)

Le texte de l'ancien sous-paragraphe 3(1)f) mentionne le droit de transmettre une œuvre au moyen de la radiophonie ou de la «radiocommunication». D'un point de vue purement exégétique, qu'est-ce que cela signifie?

D'abord, selon la version française de l'article 3 paragraphe (1), on doit normalement supposer que ce droit existe «en outre» du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public. D'où, une interprétation voulant que ce droit ne recouvre pas nécessairement au fait d'exécuter une œuvre en public. Serait ainsi réservé au titulaire du

droit d'auteur le droit d'exécuter ou de transmettre une œuvre par le moyen de la radiophonie ou de la radiocommunication. Et comme il n'est fait aucune référence au caractère «public» de la communication, on peut présumer qu'il s'agit d'un droit spécifique portant sur l'acte de transmettre une œuvre par radiophonie ou par radiocommunication<sup>64</sup>.

Selon la version anglaise de l'article 3 paragraphe (1) on pourrait supposer que l'ancien sous-paragraphe 3(1)f) traite d'un droit déjà inclus dans le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public. Même s'il n'est pas fait référence au caractère public de la communication, on peut supposer qu'elle doit s'effectuer publiquement.

Lequel des deux sens doit prévaloir? Celui apparaissant dans la version anglaise, puisque l'ancien sous-paragraphe 3(1)f) a été adopté en 1931 pour donner effet à l'Acte de Rome de la Convention de Berne, où il est question, dans la version officielle française, d'accorder aux auteurs le «droit exclusif d'autoriser la communication de leurs œuvres au public par la radiodiffusion». Comment savoir que l'ancien sous-paragraphe 3(1)f) a été adopté pour donner effet à la convention? Un argument de texte milite dans ce sens. La Convention de Berne traite d'un droit portant sur la radiodiffusion et, à première vue, ce n'est pas ce dont il s'agit à l'ancien sous-paragraphe 3(1)f). Cependant, si on prête attention à la traduction canadienne de la Convention de Berne, on constate que le terme original «radiodiffusion» a été traduit par celui de «radiocommunications». Or, en 1931 il n'est pas illégal d'assimiler «radiodiffusion» et «radiocommunications». Pour s'en convaincre, on n'a qu'à retourner à la décision du Conseil privé dans l'affaire de la *Radio-communication (In re la réglementation et le contrôle de la radio-communication au Canada)*<sup>65</sup>. Par hypothèse, l'ancien sous-paragraphe 3(1)f) semblerait alors cou-

64. Nous renvoyons le lecteur aux développements que nous avons consacrés à cette disposition dans TAMARO (1997), op. cit., note 1.

65. [1933] A.C. 304. Notons que, dans *Capital Cities Comm. Inc. v. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 143 (ci-après Capital Cities), la Cour suprême se lade notamment sur cet arrêt pour conclure que la radiodistribution est incluse dans la compétence fédérale en matière de radiodiffusion ou radiocommunications. Le professeur Victor NABIAN (dans «La télévision par câble et le droit d'auteur au Canada», 1992) 2 *Droit d'auteur* (cas J 2-12, note 8) se réfère notamment à l'arrêt Capital Cities, pour décrire que «En l'absence de notre position on pourrait invoquer la jurisprudence récente, rendue en vertu de la loi sur la radiodiffusion et d'après laquelle la réception par le câble d'émissions de télévision et leur transmission aux abonnés constituent des actes de radiodiffusion. Or, d'après la loi, la radiodiffusion implique que les émissions sont destinées à être captées directement par le public en général».

vrir le domaine fédéral de la radiocommunication, c'est-à-dire la radiodiffusion et la «télégraphie»<sup>66</sup>. Peut-être le Parlement canadien voulait-il, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, couvrir l'ensemble d'un champ de compétence qu'il revendiquait?

#### 3. *Le caractère décomposable du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public*

Pour cerner le domaine du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public, il faut aborder la question du caractère décomposable de ce droit. Ce phénomène découle du texte de l'ancien article 12(4), dupliqué on comprend que le titulaire du droit d'auteur peut subdiviser son droit comme il l'entend en accordant ce que l'on peut appeler une licence ou une cession restreinte ou partielle. Rien ne l'oblige à céder ou à concéder tous les éléments de son droit. Il peut, par exemple, confier à un tiers certaines prérogatives et s'en réservé d'autres. Ainsi, le titulaire du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public «n'épuise» pas son droit du seul fait qu'il a, par exemple, octroyé à un tiers une licence restreinte à certaines fins.

Par conséquent, on peut envisager que le titulaire du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre peut en autoriser l'exécution ou la représentation pour une période définie sans pour cela perdre tout contrôle sur le mode de diffusion de son œuvre au public. On peut envisager également qu'il est seul habilité à poser des conditions à son consentement, à déterminer la fréquence des exécutions ou des représentations et à choisir les auditeurs qui entendront ou verront son œuvre. Or, c'est précisément pour «visualiser» le caractère décomposable du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre, que d'autres dispositions de la loi doivent être prises en considération.

#### 4. *La représentation publique dans un but de profit*

Normalement une personne est responsable d'une atteinte au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public lorsqu'elle exécute ou représente une œuvre publiquement ou encore lorsqu'elle autorise pareille exécution ou représentation. Peu importe la connaissance qu'elle a de la portée de son acte ou qu'elle en retire un certain profit. Or, l'ancien article 17(3) (l'actuel article 27(5)) ajoute une catégorie spécifique de personnes susceptibles de porter atteinte au droit sur «l'exécution ou la représentation publique d'une œuvre». En effet, cette disposition prévoit que des personnes, qui n'ont pas personnellement effectué ou autorisé une exécution ou une représentation publique, sont responsables d'une atteinte au droit d'auteur

66. Voir *Capital Cities*, *id.*, p. 156 (le juge en chef Laskin pour la majorité).

quand, en connaissance de cause, elles permettent, dans un but de profit, l'utilisation d'une salle où est effectuée une exécution ou une représentation publique en violation des droits d'auteur.

Il existe donc deux catégories de personnes susceptibles de porter atteinte au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre : celles qui sont responsables de l'exécution ou de la représentation, et celles qui, dans un but de profit et en connaissance de cause, fournissent un local où une œuvre est exécutée ou représentée en violation des droits d'auteur.

*5- Le régime légal applicable aux sociétés de gestion exerçant dans le domaine des droits d'exécution sur les œuvres musicales ou dramatico-musicales*

Le législateur canadien a tôt fait d'intervenir dans la gestion des sociétés mandatées par les titulaires de droits d'auteur pour gérer les droits d'exécution portant sur les œuvres musicales ou dramatico-musicales. La crainte de voir ces sociétés dominer le marché a conduit le législateur à leur imposer un régime de contrôle quasi judiciaire. Sa première intervention remonte à l'année 1931<sup>67</sup>. C'est ainsi que, lorsque le juge Cameron rend jugement dans l'affaire *Casson Adm'nt*, il existe déjà un mécanisme institué dans le but avoué d'atténuer l'emprise monopoleuse de ce type de sociétés<sup>68</sup>. C'est notamment pourquoi nous avons relevé plus haut l'existence du paragraphe (1) de l'article 48 des Lois refondées de 1962.

Pour nos fins, retenons que c'est en vertu de ce mécanisme qu'on établit alors (et qu'on établit toujours) le taux de redevances exigé par une société quant à l'exécution de ses œuvres dans des endroits publics ou quant à l'exécution des œuvres par radiodiffusion pour des utilisations domestiques ou privées seulement.

Et c'est précisément parce que les radiodiffuseurs obtiennent uniquement une licence restreinte à l'exécution des œuvres pour des utilisations domestiques ou privées seulement, que le législateur, en 1938, a mis en place un système par lequel une société de gestion des droits d'exécution ne peut exiger de redevances d'une personne qui retransmet une œuvre publiquement à l'aide d'un poste radio-récepteur.

67. S.C. 1931, c. 8, art. 10.

68. Voir sur ce point *Vigoroux c. Can. Performing Rights Soc.*, (1943-44) 3 Fox Pat. C. 77 (C.S.C.), indiqué par le Conseil privé sur la question principale, (1943-45) 6 Fox Pat. C. 183.

*6- L'exception relative à l'exécution publique d'œuvres musicales à l'aide d'un appareil radiophonique récepteur*

En 1938, le législateur instaure un régime en vertu duquel une société de gestion collective du droit d'exécuter une œuvre musicale ou dramatique-musicale ne peut plus réclamer de redevances de la personne qui, à l'aide d'un poste radio-récepteur, retransmet publiquement ses œuvres. Nous avons présenté plus haut cette disposition qui figure au paragraphe (7) de l'article 50 des Lois refondées de 1938.

Pour comprendre le sens de cette disposition, il faut savoir que les radiodiffuseurs obtenaient une licence d'exécution portant uniquement sur des radiodiffusions restreintes à des utilisations domestiques ou privées. Par conséquent, pour retransmettre les œuvres radiodiffusées à l'extérieur d'un cercle domestique ou privé, une licence d'exécution devait être obtenue. D'où, l'ancien paragraphe (7) de l'article 50 en vertu duquel le législateur adopte une exception visant à favoriser ce type particulier d'utilisateurs. Dorénavant, selon que certaines conditions sont rencontrées, une société de gestion collective du droit d'exécution publique sur les œuvres musicales ou dramatique-musicale ne peut plus réclamer des redevances de ceux qui provoquent la réception publique d'une telle œuvre à l'aide d'un appareil radio-récepteur<sup>69</sup>.

Ce régime brise la logique du droit d'exécuter une œuvre en public. En effet, en vertu de l'ancien article 50(7), un radiodiffuseur est obligé de verser des redevances en lieu et place de la personne qui réalise une exécution publique d'œuvres musicales ou dramatique-musicale<sup>70</sup>. Voyons cela de plus près.

Le droit d'exécuter une œuvre en public est réservé au titulaire de ce droit d'auteur spécifique. Aussi, une personne interfère avec ce droit dès qu'elle exécute une œuvre publiquement ou envoie dès qu'elle autorise pareille exécution. Or, comme le droit d'exécuter est décomposable, le titulaire de ce droit peut autoriser une forme d'exécution tout en se réservant la possibilité d'en autoriser ou d'en interdire d'autres. C'est ainsi que, hors de l'adoption de l'ancien article 50(7), les radiodiffuseurs obtiennent une licence les autorisant

69. Le législateur étend cette exception à ceux qui pratiquent l'exécution publique d'une œuvre musicale à l'aide d'un gramophone.

70. Le tout est exagéré puisque, si cette disposition exempte certaines personnes du paiement de redevances quand elles sont responsables d'une exécution publique, les auteurs y ont perdu au change. Alors que la loi prévoit, depuis 1938, un mécanisme pour compenser cette perte nette, celui-ci n'a été que symboliquement mis en œuvre.

uniquement à radiodiffuser des œuvres pour des utilisations domestiques ou privées seulement. Or, dès qu'une personne retransmet ces œuvres à l'extérieur de son cercle domestique ou privé, elle se trouve techniquement à provoquer un type d'exécution publique que le titulaire du droit n'a pas autorisé en concedant une licence restreinte à un radiodiffuseur. Et c'est précisément une retransmission publique non autorisée qu'effectuaient de multiples utilisateurs qui captaienl les ondes radio et les retransmettaient sans l'autorisation du titulaire du droit dans des lieux accessibles au public.

C'est pourquoi<sup>71</sup> le législateur adopte, en 1908, une exception au caractère exclusif du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public. Dorénavant, les personnes qui retransmettent publiquement des œuvres musicales ou dramatique-musicales à l'aide d'un appareil radio-récepteur sont libérées de l'obligation de verser des redevances aux sociétés de gestion du droit visé.

Si, certaines conditions étant rencontrées, une personne qui capte une œuvre à l'aide d'un radio-récepteur peut impunément la retransmettre au public, le législateur n'a pas, officiellement du moins, le dessein de priver les titulaires de droits de toutes formes de rémunération. En vertu de l'ancien article 50(7), il instaure un système par lequel les radiodiffuseurs doivent verser des redevances en lieu et place de ceux qui occasionnent effectivement une réception publique.

Techniquement, les radiodiffuseurs ne sont pas responsables du fait qu'une personne utilise une poste radio-récepteur pour retransmettre leurs émissions en public. Ce ne sont pas les radiodiffuseurs qui installent des postes radio-récepteurs dans des endroits accessibles au public. Théoriquement, ils se contentent, conformément à la licence qu'ils obtiennent, de radiodiffuser une œuvre à des fins strictement domestiques ou privées. Par hypothèse, les radiodiffuseurs ne devraient pas être obligés de verser des redevances en lieu et place d'individus qui se rendent effectivement responsables d'une exécution publique.

Or, comme le législateur prévoit un mécanisme par lequel les radiodiffuseurs (et les fabricants de gramophones en ce qui concerne les exécutions publiques par gramophones) devraient dorénavant verser des redevances pour un type d'exécution publique dans lequel ils n'ont strictement rien à voir, ils sont placés devant l'obligation de

71. L'avocat Viger, devant la Cour suprême (op. cit., note 60), présente bien cette question. Voir également les notes 84 et 144.

payer des redevances, non seulement pour des exécutions visant des utilisations domestiques ou privées, mais également pour des exécutions publiques rendues accessibles par des tiers qui installent un poste radio-récepteur dans un endroit accessible au public.

C'est ce qui nous conduit à la jurisprudence canadienne que doit normalement connaître le juge Cameron puisqu'elle est antérieure à son jugement dans l'affaire *Canadian Admiral*.

#### *B. La perspective jurisprudentielle au moment du prononcé du jugement dans l'affaire Canadian Admiral*

À une exception près, le juge Cameron jette uniquement un regard sur des arrêts anglais. L'arrêt *Hôtel Ford*<sup>72</sup> est la seule décision canadienne à laquelle il se réfère incidemment pour déterminer qu'un câblodistributeur effectue une exécution ou une représentation en retransmettant des œuvres à ses abonnés<sup>73</sup>. Outre le fait que cette décision permette effectivement de conclure qu'un câblodistributeur effectue une exécution ou une représentation au sens que revêt ce terme en droit canadien<sup>74</sup>, le juge Cameron aurait normalement pu s'inspirer de la méthode qui y est utilisée pour analyser également le caractère public de l'exécution ou de la représentation, et, conséquemment, pour connaître la personne qui se rend responsable de cette exécution publique.

Ne serait-ce que pour cette seule raison, on peut déjà tenter de restreindre la décision du juge Cameron à son véritable domaine d'application. Aussi bien sur le fond que sur la méthode d'analyse, à nos yeux, la doctrine dont nous faisons état plus tôt lui impute des conclusions inattendues<sup>75</sup> quant à leurs portées, et cela sans qu'on puisse le vérifier dans sa décision. Ce n'est pas tout. Il nous semble également que l'interprétation que l'on a faite de la décision du juge Cameron ne laisse aucune place à un principe fondamental relevé par le Conseil privé, dans une affaire portant sur le droit canadien, et à certains obôters ou ratios decidendi déjà livrés par la jurisprudence canadienne.

72. Canadian Performing Right Society (Ltd.) v. The Ford Hotel Co. of Montreal (Ltd.), (1935) 72 C.S. 18, Ci-après *Hôtel Ford*.

73. Le professeur NABHAN ne signale pas cet emprunt à l'arrêt *Hôtel Ford*, Néanmoins, il écrit (op. cit., note 62, p. 118) : « Le télédiffusion par câble constitue-t-elle une exécution ? Sur ce point, le juge [Cameron] n'a pas hésité à répondre par l'affirmative. »

74. Sur cette question précise la jurisprudence nous paraît constante. Voir la note 124. Voir également les développements du juge Strayer dans *Canadian Cable*, op. cit., note 11.

75. Ces conclusions nous paraissent découlées de FOX (1944), loc. cit., note 25.

### 1. La Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Hôtel Ford*

En 1935, la Cour supérieure du Québec<sup>76</sup> livre un jugement dans lequel on trouve certains principes permettant de savoir si, dans un cas déterminé, nous sommes devant une exécution publique et devant la personne véritablement responsable de cette exécution. On relève notamment de ce jugement, où la Cour donne toute l'importance voulue au caractère décomposable du droit d'exécuter une œuvre<sup>77</sup>, qu'une première exécution publique autorisée par le titulaire du droit d'auteur peut donner lieu à de multiples exécutions publiques devant, chacune, indépendamment l'une de l'autre, être autorisées par le titulaire. En d'autres termes, une première exécution publique dûment autorisée peut donner lieu à une seconde, qui, elle aussi, doit être autorisée. Cette seconde exécution publique peut donner lieu à une troisième exécution publique qui, encore une fois, doit être autorisée. (Et, théoriquement du moins, la chaîne peut se poursuivre à l'infini.)

Selon les faits décrits par la Cour supérieure, l'hôtel Mont-Royal, par le jeu de son orchestre, exécute des œuvres musicales publiquement dans l'une de ses salles ouvertes au public. Il s'agit, en l'occurrence, d'une exécution publique autorisée par le titulaire du droit d'exécution public<sup>78</sup>. Celle-ci a, en effet, consenti une licence restreinte qui permet uniquement l'exécution des œuvres musicales à l'intérieur des murs de l'hôtel Mont-Royal. Or, cette première exécution donne lieu à une seconde exécution publique. Une station de radio demande l'autorisation de radiodiffuser la prestation donnée par l'orchestre de l'hôtel Mont-Royal et obtient une licence restreinte qui permet la radiodiffusion des œuvres quant à des utilisations domestiques ou privées seulement<sup>79</sup>. Autrement dit, la titulaire des

76. *Hôtel Ford*, op. cit., note 72.

77. *Ibidem*, op. cit., note 10, p. 478-479: «Un compositeur qui autorise l'exécution de son œuvre pour une période définie n'a pas irrévocablement cédé tout contrôle sur la manière dont son œuvre sera présentée au public. Il peut, par la suite retirer son consentement et être le seul interprète de son œuvre, ou poser des conditions à son consentement. Il peut déterminer la fréquence des exécutions et choisir les auditeurs qui entendront son œuvre. D'autres interprètes peuvent imiter son exécution sans son autorisation, mais le consommateur public de l'exécution fait en sorte qu'elle viendra probablement à la connaissance du compositeur.» [Traduction est de nous]

78. *Hôtel Ford*, op. cit., note 72, p. 16: «...[and the rights to perform which in public throughout Canada are vested in the plaintiff [...]】

79. La Cour écrit (*ibid.*, à la page 24): «...[the license held by the CKAC broadcasting station is a restricted and limited license entitling reception to be made for private and domestic performances only. Such a restrictive license is contemplated and provided for in section 12(1) of the Copyright Act. [...] In the present instance the license, issued by the

droits d'auteur autorise la station de radio à retransmettre ses œuvres au profit du public en général, mais uniquement quant à des fins de réception privée.

Or, l'hôtel Ford, un autre grand hôtel de Montréal, profite de la radiodiffusion pour retransmettre sans autorisation la prestation à l'aide de récepteurs reliés par fils et placés dans ses salles publiques et dans ses chambres<sup>80</sup>. C'est parce qu'elle n'a jamais autorisé cette troisième exécution publique, que la titulaire du droit, introduit devant la Cour supérieure un recours en violation du droit d'exécuter ses œuvres en public. Évidemment, la poursuite met uniquement en cause l'hôtel Ford, puisque, quant aux exécutions publiques qui les concernent, l'hôtel Mont-Royal et la station de radio ont obtenu une licence restreinte.

Selon la thèse de l'hôtel Ford, la réception publique dont il se rend responsable ne constitue pas une atteinte au droit d'exécuter les œuvres en public. D'après lui, l'autorisation obtenue par la station de radio permet la réception publique des œuvres. Mais la Cour ne voit pas en quoi l'autorisation accordée à la station de radio peut justifier la réception publique des œuvres. Selon les termes de la loi, la titulaire du droit d'exécuter les œuvres en public peut conceder des licences restreintes à certaines fins. Or, la titulaire du droit d'auteur n'a pas accordé à la station de radio une autorisation générale quant à n'importe quelle utilisation de ses œuvres. Elle a consenti une licence restreinte à une radiodiffusion pour des utilisations domestiques ou privées. Par conséquent, l'hôtel Ford ne peut pas soutenir que la licence obtenue par le radiodiffuseur l'autorise personnellement à effectuer une exécution dont on ne peut pas dire qu'elle se produit dans un cercle domestique ou privé. La Cour

plaintiff to the transmitting station CKAC, contained the restrictive provisions already referred to.» À la page 10, la Cour écrit: «The station CKAC was duly licensed by the Dominion Government as a broadcasting station and also held a license from the plaintiff entitling it to perform these works by broadcasting from its station, which license covered "audition and reception of copyright musical works for the time being within the aforementioned repertoire by means of broadcasting for domestic and private air only."

80. *Ibid.*, p. 20-21: «In the present case two radio master receiving sets were installed in the Ford Hotel by the defendant, which receiving sets transmitted by the means of loudspeakers in the dining room and in the lobby and loudspeakers and ear phones in the bedrooms the music broadcast from certain broadcasting stations, particularly CKAC. The electrical current for the operation of the equipment was furnished by the hotel and the equipment was operated by its employees with its consent and upon its instructions.»

déclare donc que l'hôtel Ford porte atteinte au droit d'exécuter les œuvres en public en les retransmettant à sa clientèle<sup>81</sup>.

La Cour ne fait qu'appliquer des enseignements tirés du texte de la loi, du droit anglais<sup>82</sup> et du droit américain. Cependant, quand on sait que dix-neuf ans plus tard, le juge Cameron va prononcer l'arrêt *Canadian Admiral*, la décision de la Cour supérieure devient très pertinente pour au moins trois motifs: il y est uniquement question du droit d'exécuter une œuvre en public; la Cour ne donne pas à penser que la «radiocommunication» d'une œuvre pour des utilisations domestiques ou privées constitue une exécution «en privé»; l'hôtel Ford est condamné pour avoir porté atteinte au droit d'exécuter une œuvre en public, lequel droit comprenait notamment le droit de retransmettre des œuvres dans des chambres d'hôtel<sup>83</sup>, donc dans des lieux que l'on peut raisonnablement qualifier de domestiques ou de privés du point de vue du locataire de la chambre.

Ce ne sont pas seulement les hôteliers qui sont visés par la décision de la Cour supérieure. En théorie, tous les utilisateurs d'œuvres musicales responsables de la réception publique d'œuvres musicales radiodiffusées savent très bien qu'ils exécutent des œuvres musicales au sens du droit d'auteur. Aussi, à compter de 1935, ils presseront le Parlement d'adopter une exception au caractère exclusif du droit d'exécuter une œuvre musicale en public<sup>84</sup>. De l'ancien article 50(7) dont l'objectif principal est de priver de

81. Dans sa décision, la Cour semble condamner la violation du droit d'auteur en raison de l'actuel article 27(1) et une atteinte au droit d'auteur en raison de l'ancien article 27(3). En effet, après avoir conclu que l'hôtel Ford effectue une exécution publique non autorisée, la Cour cherche encore à savoir si cette exécution non autorisée est effectuée dans un but de profit. Le jugement ne nous permet pas de connaître la raison pour laquelle la Cour cherche à déterminer si l'hôtel Ford est responsable de ces deux types d'atteinte au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public. Peut-être, la Cour a-t-elle sorti de trop près la décision de la Cour américaine dans l'affaire *Buck v. Jucell-Laadie Realty Co.*, 280 U.S. 193. (En droit américain, on parle en effet de «successive rights» of the owner of the copyright to perform the work publicly, for profit.) Peut-être que la Cour veut essayer que, selon les faits soumis, l'hôtel Ford était responsable des violations au droit d'exécuter ou de représenter en vertu des articles 27(1) et 27(3)? En l'occurrence, cette hypothèse reste très plausible.

82. Par exemple *Performing Right Society, Limited v. Hammond's Bradford Brewery Company, Limited*, op. cit., note 51, p. 131-137 (Lord Hanworth) (C.A.).

83. FOX ne prend pas cet élément en considération.

84. Voir BONCOMPAIN, op. cit., note 38, p. 242 et s.

certains effets la décision rendue par la Cour supérieure dans l'affaire *Hôtel Ford*<sup>85</sup>.

C'est en se prononçant sur cette disposition, que le Conseil privé énonce en 1945 un principe qui aurait normalement dû être très utile pour comprendre la portée limitée de la décision du juge Cameron.

## 2- L'affaire Vigneux

En interprétant l'ancien article 50(7), le Conseil privé, en 1945 dans l'affaire *Vigneux*<sup>86</sup>, à l'occasion d'énoncer un principe fondamental: pour savoir si nous sommes devant une exécution et devant le responsable de cette exécution, le critère déterminant consiste à tenir compte de celui qui, en totalité ou partie, est responsable de l'utilisation de l'instrument servant à réaliser l'exécution de l'œuvre, plutôt que de tenir compte de celui qui fournit passivement un instrument ou de l'usager qui assiste à cette exécution.

Le Conseil privé se demande, dans l'affaire Vigneux, qui, d'entre le restaurateur, qui loue et installe un gramophone dans son restaurant, ou le locataire de l'appareil, qui se contente de le louer sans prétendre à un intérêt sur l'exécution publique, est responsable de cette exécution donnée dans le restaurant à l'aide du gramophone. On apprend alors que celui qui est responsable d'une exécution est celui qui, comme le restaurateur, est l'usager de l'instrument qui réalise ou permet l'exécution. On y apprend également que celui qui n'a aucune voix au chapitre quant à une exécution publique ne peut être tenu responsable d'une atteinte au droit d'exécuter une œuvre en public<sup>87</sup>. Cela nous ramène au principe dégagé par la Cour supérieure dans l'affaire *Hôtel Ford*.

85. Au sujet de ce constat qui nous apparaît évident nous pouvons renvoyer le lecteur à la note éditoriale dans *Vigneux v. Cox Performing Right Society*, (1945) 1 AD E.R. 432, 433 (Conseil privé).

86. *Vigneux v. Cox Performing Right Society*, (1945) 1 Fox Pat. C. 183 (Conseil privé).

87. A cet égard, la situation du locateur dans l'affaire *Vigneux* se distingue de celle décrite quant à un autre locateur dans une affaire australienne. En effet, dans l'affaire *Winstone v. Wheeler Automatic Photographic Co.*, (1946) V.L.R. 338, la Cour a décidé qu'un locateur autorise une exécution publique puisqu'il a un intérêt à l'égard de celle-ci. Phénomène relevé par la Cour suprême dans *Munich Corporation v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1952] 2 R.C.S. 182, 189 de juge Randt: «There is no a syllable in the material to suggest that Munich has made itself a party in interest to the performances either by warranting the right to perform without fee or by anything in the nature of a partnership or similar business relation».

Devant la Cour supérieure, la personne qui fait l'objet de la poursuite est celle qui est responsable de l'installation d'appareils appropriés dans des salles publiques et dans des chambres<sup>88</sup>. Bien sûr, l'hôtel Mont-Royal, où est effectuée l'exécution publique originelle, comme la station de radio, qui effectue la radiodiffusion des œuvres pour des utilisations domestiques ou privées seulement, ont, à un certain degré, quelque chose à voir avec l'exécution publique donnée à l'hôtel Ford. Cependant, comme le locateur d'un gramophone, qui n'est pas responsable d'une exécution publique quand il lègue son appareil à un taux fixe à qui veut bien s'en procurer un pour n'importe quel type d'exécution, l'hôtel Mont-Royal et la station de radio ne sont pas responsables du fait que l'hôtel Ford effectue une exécution publique<sup>89</sup>.

*3. La nature du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre selon la jurisprudence canadienne antérieure à l'affaire Canadian Admiral*

Avant que le juge Cameron ne soit saisi de l'affaire *Canadian Admiral*, nous avions plusieurs raisons de croire que le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre était nécessairement fonction du caractère public de l'exécution ou de la représentation.

Par exemple, dès 1933, dans l'affaire *Kontel*, le juge en chef Maclean conclut sans hésitation que la radiodiffusion non autorisée d'une œuvre dramatique constitue une atteinte au droit d'exécuter une œuvre en public<sup>90</sup>. En 1935, la Cour supérieure, dans l'affaire *Hôtel Ford*, émet une ordonnance enjoignant notamment la défenderesse à ne plus exécuter les œuvres de la demanderesse «en public [...] par radiocommunication [...]»<sup>91</sup>. En 1939, le Conseil privé écrit qu'une violation du droit d'exécuter une œuvre musicale suppose son exécution publique<sup>92</sup>.

88. Voir la dernière phrase de l'extrait rapporté à la note 80.

89. Marsh, op. cit., note 87, p. 103 (J. Kellock). Voir la note 141.

90. *Kontel c. Frank E. Grant, Singer & Auld Ltd.*, [1933] R.C. de l'E. 84, 97. En conséquence, le juge en chef semble se référer plus particulièrement à l'ancien sous-paragraphe 3(1)(b) puisqu'il fait état de la «radio communication» d'une œuvre (voir à la page 98). FOX nous renvoie à cette décision mais sans insister sur le fait que pour le juge Maclean il s'agissait d'une exécution en public. Voir FOX (1944), loc. cit., note 25, p. 403, et FOX (1967), loc. cit., note 27, p. 399.

91. *Hôtel Ford*, op. cit., note 72, p. 30.

92. *Foxconn, Day & Hunter Ltd. c. Twentieth Century Fox Corp. Ltd.*, [1939] 4 D.L.R. 353, 356.

En 1943, le juge en chef Duff enseigne que le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre a toujours été relatif à son caractère public et il décrit une société qui gère collectivement les droits d'exécution comme étant une société qui contrôle l'exécution publique d'œuvres musicales ou dramatiques-musicales<sup>93</sup>. En 1948, la Cour supérieure du Québec se prononce contre la défenderesse après avoir, d'une part, relevé dans un de ses attendans qu'un radiodiffuseur présente une œuvre au public<sup>94</sup>, et, d'autre part, relevé dans un de ses considérants que le droit d'auteur sur une œuvre comprend le droit «...[...] S'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, ... de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie»<sup>95</sup>. En 1953, le juge Rand mentionne que le titulaire du droit d'auteur dispose du droit de présenter son œuvre publiquement par radiocommunication<sup>96</sup>.

Finallement, fait important quand on sait que le juge Cameron espère une distinction selon la méthode de transmission utilisée pour communiquer une œuvre<sup>97</sup>, en 1952 la Cour d'appel d'Ontario (dont la décision fut confirmée le premier décembre 1954 par le Conseil privé) ne considère pas que le législateur discriminé selon qu'une œuvre est transmise par ondes radio ou par fil électrique. Pour la Cour, l'entreprise qui transmet une œuvre au public par fil électrique, donc par câblodistribution, est placée dans la même situation

93. Vignau (C.S.C.), op. cit., note 58, p. 79.

94. *Zebra t. Lesser Brothers Ltd.*, (1948) 5 Fox Pat. C. 122, 122.

95. Ibid., p. 134. Il s'agit d'une référence à l'ancien sous-paragraphe 3(1)(b).

96. Rand, op. cit., note 87, p. 188-189.

97. Concernant par la question le droit canadien comporte un droit spécifique et indépendant portant sur la transmission d'une œuvre par radiocommunication. Par exemple Claude BHLNET, «Le problème canadien du droit d'auteur face aux nouvelles techniques de communications», (1983) *Le Droit d'auteur* 125, 128. «Puisque les ondes électromagnétiques doivent être transmises dans l'espace sans guide artificiel, la câblodistribution ne constitue pas, à la face même de cette définition, une «radiocommunication» au sens de la loi... En l'occurrence, les titulaires de droits d'auteur qui cherchent à contrôler la câblodistribution de leurs œuvres ne peuvent, pour ce faire, se référer au droit exclusif qui leur est réservé de transmettre leur œuvre par le moyen de la radiophonie. Ce qui nous ramène tout droit à cet arrêt de 1954 [*Canadian Admiral*] dont je parlais tout à l'heure et où un tribunal de première instance a également fermé la porte à la possibilité que la câblodistribution soit incluse dans la notion d'exécution publique.» Dans le même sens, voir Wanda NOEL, «Should Cable Systems Pay Copyright Royalties», (1980) 12 Ott. L. R. 105, 106, note 6: «[Canadian Admiral] held that «radiation» was not an infringement of copyright as «multiplicity of private performances was not a performance in public nor a communication of the work by radio communication.» Voir aussi la note 28.

qu'un radiodiffuseur<sup>99</sup> (ce qui nous ramène à ce que la Cour suprême déclare dans l'affaire CTV<sup>100</sup>).

#### **II- La communication d'une œuvre au public à des fins domestiques ou privées: un élément du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public**

Au moment où le juge Cameron va rendre sa décision dans l'affaire Canadian Admiral, nous pensons que la jurisprudence canadienne a déjà dégagé certains principes tournant toujours autour d'un droit d'exécuter ou de représenter dont le caractère essentiel est de porter sur une exécution ou une représentation publique, peu importe le mode de transmission de l'œuvre. En effet, compte tenu notamment de la décision de la Cour d'appel canadienne dans l'arrêt Broadcastsing<sup>101</sup>, c'est la fin poursuivie lors de l'exécution ou de la représentation, plutôt que le moyen de transmettre l'œuvre, qu'il faut prendre en considération pour savoir s'il y a atteinte au droit d'auteur.

Mais selon l'interprétation doctrinale la plus courante de la décision du juge Cameron, cette construction ne vaut plus. On soumet dorénavant qu'un câblodistributeur ne porte pas atteinte au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public quand il retransmet une œuvre à ses abonnés à des fins domestiques ou privées<sup>102</sup>. Nous situant uniquement du point de vue de la jurisprudence, nous croyons que cette idée aurait été nouvelle<sup>103</sup> si le Conseil privé n'avait pas émis, en 1940, une hypothèse à cet effet dans l'arrêt australien Mellor<sup>104</sup>. Le juge Cameron ne relève pas l'existence de cet arrêt. Il convient tout de même de le prendre en considération puisqu'il a servi à conférer une autorité à l'interprétation doctrinale de la décision du juge Cameron<sup>105</sup>.

99. C.A.P.A.C. c. A.B. Co., (1952) 12 Fox Pat. C. 151, 161 confirmé par [1954] 3 All E.R. 709 (Conseil privé) (ci-après Broadcastsing). «American Broadcasting Corporation] and the owners of broadcasting stations are in identical positions. It is common knowledge that radio broadcasting stations broadcast musical programmes from discs or records. It is inconceivable that Parliament would impose upon the broadcasting stations the obligation of paying fees or royalties where the medium of transmission is the ether and enumerate a person, firm or corporation in the position of A.B.C. which uses electrical wires for that purpose; and, in my opinion, Parliament did not provide such enumeration.»

100. Op. cit., note 12. Voir TAMARO (1991), op. cit., note 1, p. 94 et s.

101. Op. cit., note 98.

102. Voir, par exemple, VAVIER, op. cit., note 15.

103. Mellor c. Australian Broadcasting Commission, [1940] 2 All I.L.R. 20.

104. Voir, par exemple, FOX (1967), loc. cit., note 27, aux pages 490 et s.

Le Conseil privé note dans son jugement, par lequel il confirme sur la question principale la décision du premier tribunal, [traduction libre] que si la transmission est captée uniquement par des auditeurs en privé, il peut être difficile d'établir qu'il y a exécution publique puisque chaque exécution serait séparée, et que chacune serait individuelle. Or, que l'on parle de radiodiffusion ou de câblodistribution, selon nous le problème est le même<sup>106</sup>. Si un radiodiffuseur n'effectue pas une exécution publique quand il transmet une œuvre à des fins domestiques ou privées, ainsi en va-t-il d'un câblodistributeur.

Dans l'affaire Mellor, le Conseil privé n'exprime aucune opinion sur sa propre hypothèse<sup>107</sup>. Cette décision est dès lors peu utile pour connaître le principe juridique sous-jacent. Nous nous rabattrons donc sur la décision du juge Cameron qui expose clairement sa méthodologie. Par la suite, nous nous arrêterons à ce qu'écrit le juge Strayer dans l'arrêt Canadian Cable<sup>108</sup>. En nous référant à cette décision de la Cour fédérale rendue en 1991, nous ne devrions d'ailleurs pas à la «démonstration chronologique» que nous suivons jusqu'ici puisque, dans son jugement, le juge Strayer effectue un retour aux arrêts Canadian Admiral et Mellor, ainsi qu'à d'autres arrêts que nous avons abordés, tout en reprenant partiellement la méthode d'analyse du juge Cameron.

#### **A- Les approches du juge Cameron et du juge Strayer**

##### **1- L'approche du juge Cameron dans l'affaire Canadian Admiral**

Dans Canadian Admiral, un câblodistributeur, sans chercher à obtenir une quelconque autorisation, capte les ondes transmises par un radiodiffuseur et les retransmet, à l'aide de câbles coaxiaux, à des fins domestiques ou privées à ses abonnés, en plus de les retransmettre dans sa salle de montre. C'est ce qui amène le radiodiffuseur et le câblodistributeur devant le juge Cameron.

105. Broadcastsing, op. cit., note 98, p. 883.

106. Op. cit., note 163, p. 24: «If the broadcast is picked up only by listeners in private, it might be difficult to establish that there is a public performance. However, it is not necessary to express an opinion on this point. [...] The trial judge has decided the question as to the true meaning of the pamphlets in favour of the respondents, holding that the language used in the pamphlets was a consent to the public performance of the works by the respondents. Their Lordships have arrived at a similar conclusion.» Voir la note 28a. *Orair Compo Co. Ltd. c. Blue Coat Music Inc.*, (1980) 1 R.C.S. 377, 372: «En ce domaine technique de droit d'auteur, les cours ont certaines plus peinent de se statuer que sur les questions de droit souverain et d'éviter autant que possible les comparaisons, les exemples et les hypothèses.»

107. Op. cit., note 11.

Le radiodiffuseur reproche notamment au câblodistributeur de porter atteinte à son droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public. Le câblodistributeur, de son côté, nie porter atteinte à ce droit exclusif puisque l'exécution ou la représentation des œuvres s'effectue dans des foyers domestiques ou privés. S'agissant d'un cercle domestique ou privé, on ne peut donc parler d'exécution ou de représentation «en public».

Quant à la partie essentielle du débat, la Cour, sans relever les arrêts où des tribunaux canadiens avaient souligné la «nature publique» du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre, préfère suivre la thèse du câblodistributeur: sauf en ce qui concerne l'exécution donnée dans sa salle de montre, le câblodistributeur n'est pas responsable d'une exécution ou d'une représentation «en public» puisque, en l'occurrence, les exécutions sont effectuées par des abonnés résidentiels<sup>108</sup>.

Le radiodiffuseur tente alors d'asseoir son recours sur l'ancien sous-paragraphe 3(1)f) et soutient à la Cour que le câblodistributeur effectue une transmission de l'œuvre au sens de cet ancien sous-paragraphe.

Or, pour le tribunal, un câblodistributeur ne transmet pas une œuvre par radiocommunication au sens de cette disposition, car il la transmet par un autre mode de communication, c'est-à-dire par câbles coaxiaux<sup>109</sup>. La Cour, sans relever l'arrêt *Broadcasting*<sup>110</sup> ou l'arrêt du Conseil privé dans l'affaire de la *Radiocommunication*<sup>111</sup>, justifie sa conclusion de la manière suivante: l'ancien sous-paragraphe 3(1)f) traite en toutes lettres du droit exclusif de transmettre une œuvre par «radiocommunication». Dans un premier temps, la Cour conclut que cette disposition rend exclusif à l'auteur un droit portant sur les transmissions privées<sup>112</sup> et sur les transmissions publiques,

108. Le professeur NABHAN, qui émet de «étranges réserves» sur *Canadian Adm'n*, écrit (op. cit., note 65, p. 13): «... la Cour a opéré le distinguo suivant: les émissions captées par les abonnés étaient exécutées dans leurs foyers, à l'intérieur d'un cercle familial, revêtant un caractère essentiellement privé. Par contre, l'émission d'émissions dans les salles d'exposition ouvertes au grand public revêtait un caractère public et constituant de ce fait un acte de contrefaçon.»

109. *Ibid.*, p. 10: «La Cour distingue donc selon le procédé technique de communication, quand bien même les résultats sont les mêmes.»

110. Op. cit., note 69.

111. Op. cit., note 65.

112. Dans l'arrêt CTV, op. cit., note 12, la Cour suprême déclarait que l'ancien sous-paragraphe 3(1)f) «visait seulement les communications au public, par radio, c'est-à-dire la radiodiffusion.» Tiré de l'arrêt *Capital Cities*, op. cit., note 65, p. 185.

mais à la condition que ces transmissions s'effectuent par «radiocommunications».

C'est ce qui amène la Cour à décider qu'en l'espèce l'ancien sous-paragraphe 3(1)f) ne peut recevoir application, car le câblodistributeur effectue la transmission des œuvres par câbles coaxiaux plutôt que par ondes électromagnétiques. En d'autres termes, la Cour constate notamment que le droit d'auteur comprend le droit de transmettre en privé ou en public une œuvre par radiocommunication, mais ne comprend pas le droit de retransmettre une œuvre par câbles coaxiaux. Par conséquent, n'étant pas visé par l'ancien sous-paragraphe f) de l'article 3(1), le câblodistributeur ne porte pas atteinte au droit qui y est prévu.

Par ailleurs, puisque l'exécution ou la représentation effectuée dans le domicile des abonnés, n'est pas une exécution ou une représentation «en public» au sens du paragraphe introductif de l'article 3(1), le câblodistributeur n'a pas de redevances à verser aux auteurs pour l'exécution ou la représentation effectuée par ses abonnés.

Nous pouvons aisément comprendre pourquoi le câblodistributeur porte atteinte au droit d'auteur en transmettant une œuvre dans sa salle de montre<sup>113</sup>. Mais comment soutenir qu'un câblodistributeur, qui est responsable de la retransmission d'une œuvre dans une multitude de foyers privés, n'est pas, de ce fait, responsable d'une autre forme d'atteinte au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public?

Pour reprendre partiellement les termes de l'avocat du demandeur et l'idée du juge Cameron, un tel visionnement intervenant dans le cadre privé d'une demeure appartenant à un abonné ne constitue pas une exécution en public, et dans les cas où un grand nombre de personnes, chacune ayant un récepteur dans sa maison, exécutent les œuvres en actionnant le récepteur, alors il faut considérer qu'il s'agit d'une multitude d'exécutions privées, puisque l'auditoire qui assiste à chaque exécution peut être caractérisé de domestique ou de privé<sup>114</sup>. Sur ce raisonnement précis, nous donnons complètement raison au juge Cameron.

113. Ce qui, du moins selon ce qu'en disait la Cour supérieure dans l'affaire *Hôtel First*, constitue potentiellement deux atteintes au droit d'auteur: une première, en raison de l'actuel article 27(1) et une seconde, en raison de l'actuel article 27(2).

114. *Canadian Adm'n*, op. cit., note 9, p. 404 et 407-408: «The Act does not define "in public" and it would be undesirable for me to attempt to do so except to state that I regard it as the antithesis of "in private". Each case must depend on its own particular facts.

## 2- L'approche du juge Strayer dans l'affaire Canadian Cable

Dans l'affaire Canadian Cable<sup>117</sup>, dont le jugement fut rendu en 1991, le juge Strayer s'estime dans une certaine mesure lié par l'arrêt *Canadian Admiral*. Il nuance cependant la portée de ce-t arrêt en prenant acte que l'actuel sous-paragraphe 3(1)y) traite maintenant de la communication d'une œuvre «au public», écartant, par là la notion d'exécution privée lorsqu'une œuvre est transmise à un abonné résidentiel<sup>118</sup>.

I have read the cases referred to by counsel and it seems to me that the test to be applied is, "What is the character of the audience?" [...] In none of these cases, however, can I find a suggestion that a performance in a private home where the performance is given, heard or seen by early members of the immediate household, could be considered as a performance "in public". As to the character of the audience in homes and apartments to which the telecasts of the live films were "rediffused" by the defendant, there is no evidence whatever except that they were seen by the defendant's subscribers, presumably only the household. The character of the audience was therefore a purely domestic one and the performance in each case was not a performance "in public". Counsel for the plaintiff, however, submits that even if one such "view" in the privacy of the owner's home does not constitute a performance in public, that in cases where a large number of people, each having a terminal unit in his home, performs the work by operating the terminal units, that such would constitute a performance in public. He says that from the point of view of the owner, a large number of such performances would constitute an interference with the owner's right of making copies of his work and might cause him to lose part of his potential market. I am unable to agree with that submission. I cannot see that even a large number of private performances, solely because of their numbers, can become public performances. The character of the individual audiences remains exactly the same; each is private and domestic, and therefore not "in public". Moreover, in telecasting the films, I think the plaintiff desired to have the telecasts seen by as many people as were within range and possessed the necessary receiving equipment in order that they might be informed of its product; so that I do not think that what was done by the defendant is in so far as the private homes and apartments are concerned, interfered with its potential market in any way. It was stated and not denied that the films, including the controversial announcements of the plaintiff, were rediffused as a whole. I find, therefore, that the performances in the homes and apartments of the subscribers of the defendant company were not performances "in public".

115. *Oo. cit.*, note 11.

116. *Id.*, p. 18: «Ferme qu'il est tout à fait concevable que l'on puisse communiquer au public au moyen d'une série de communications individuelles et multiples à de nombreuses personnes dans des sites différents. Les 6,3 millions d'abonnés aux systèmes de câble des membres de l'AMTC (ou du moins cette partie d'entre eux qui reçoivent des services autres que de radiodiffusion), ainsi que leur famille, leurs invités et leurs amis qui se trouvent à proximité de leur téléviseur sont nécessairement partie «du public».

Le juge Strayer retient un extrait de la décision rendue par le juge McCardie dans l'affaire *Messenger c. British Broadcasting Company, Limited*<sup>119</sup>:

[TRADUCTION] À mon avis, toutefois, l'action de la défenderesse constitue une exécution publique. Au lieu de rassembler le public dans une vaste salle, elle a provoqué le mouvement de certaines vagues dans l'éther, sachant que des millions d'appareils dans des maisons et des appartements étaient synchronisés à ces vagues, avec la connaissance et l'intention aussi que la représentation sonore de l'opéra serait ainsi offerte à une foule d'auditeurs. Si je ne qualifiais cela d'exécution publique par la défenderesse, je ne reconnaîtrais pas la substance et la réalité de la question et j'ignorerais également le but et l'intention de la Copyright Act.<sup>120</sup>

Ce qui lui fait dire:

Dans cette affaire, on a jugé que l'exécution d'un opéra dans un studio de la B.B.C., même si cet opéra n'était transmis qu'à des postes de radio dans des foyers constituerait une exécution «en public» aux termes de la définition du «droit d'auteur» dans la Copyright Act de 1911 britannique, définition identique aux termes introductifs de l'actuel paragraphe 3(1) de notre actuelle Loi sur le droit d'auteur. [...]

Bien que les termes que je dois interpréter ont un effet plus large que les mots «en public», cette façon pratique d'aborder la réalité de la technologie s'applique également à la présente affaire.<sup>121</sup>

Le juge Strayer relève alors qu'un câblodistributeur compte des abonnés visés par le paragraphe 3(1.2).<sup>122</sup> Partant, des communications effectuées par un câblodistributeur sont clairement destinées «au public». Or, pour savoir si un câblodistributeur encourt une responsabilité du fait de ces exécutions, le juge Strayer se réfère à l'arrêt *Meijer*:

une société de radiodiffusion a été tenue responsable de l'exécution en public d'une musique qu'elle diffusait dans la mesure où

117. [1927] 2 K.B. 543 (K.B.D.).

118. *Canadian Cable*, *op. cit.*, note 11, p. 19.

119. *Ibid.*

120. «Pour l'application de l'alinéa (1), fait partie du public les personnes qui occupent les lieux d'un même immeuble d'habitation, soit un appartement ou une chambre d'hôtel, et la communication qui leur est exclusivement destinée est une communication au public».

Il était évident que certains des postes récepteurs qui captaien l'émission seraient utilisés dans des endroits publics. On a jugé que le radiodiffuseur avait autorisé ces exécutions.<sup>121</sup>

Il soumet alors que:

Si le seul obstacle qui nous empêchait de juger que le système de télévision par câble «communiqué au public» est que l'abonné doit compléter la communication en ouvrant son appareil de télévision, le câblodistributeur doit alors être censé avoir autorisé cet acte qui complète la communication: c'est là la seule raison d'être d'un contrat auquel la compagnie de services par câble et l'abonné sont tous deux parties.<sup>122</sup>

Abordant maintenant spécifiquement la question sous l'angle du paragraphe 3(1):

Il reste cependant à régler la question plus difficile de savoir si telle exécution a lieu «en public». J'estime que la jurisprudence concernant le sens des mots «en public» est suffisamment constante et persuasive pour me contraindre à considérer que l'exécution par un abonné dans son foyer n'est pas «en public» (même si dans l'affaire *Message*<sup>123</sup> en 1927, un juge de la King's Bench Division en Angleterre a jugé en sens contraire).<sup>124</sup> La jurisprudence toutefois, affirme avec autant de clarté que l'utilisation d'un poste radio ou d'un téléviseur dans un lieu public peut constituer une exécution «en public». Les membres de l'ACTC admettent que bon nombre de leurs abonnés exploitent de tels lieux. Ainsi, on peut tout au moins considérer que les membres de l'ACTC se livrent à des exécutions ou autorisent l'exécution de services autres que de radiodiffusion à ses abonnés.<sup>125</sup>

Ainsi, selon le juge Strayer, la jurisprudence qu'il évoque est suffisamment persuasive pour le contraindre à «considérer que l'exécution par un abonné dans son foyer n'est pas «en public». Même si, à notre connaissance, l'arrêt *Canadian Admiral* est le seul à traiter de la question sous cette angle, dans les développements qui suivront,

121. *Canadian Cable*, op. cit., note 11, p. 20-21.

122. *Id.*, p. 22.

123. Avec respect, nous ne pouvons partager cette interprétation. Dans l'extrait rapporté plus haut, le juge McCord n'a écrit pas que «l'exécution par un abonné dans son foyer est «en public». Il écrit plutôt que «l'action de la défenderesse [un radiodiffuseur] constitue une exécution publique, laquelle est comprise dans le droit d'exécuter une œuvre «en public». Voir la note 147.

124. *Canadian Cable*, op. cit., note 11, p. 24.

nous aurions l'occasion de souligner que nous ne remettions nullement en cause le fait que l'exécution effectuée par un abonné dans son foyer est une exécution «en privé». Cela nous paraît évident puisque, en mettant son téléviseur en marche, l'abonné est dans un cadre domestique ou privé. Cependant, l'exécution qui nous intéresse n'est pas celle qu'effectue un abonné dans son foyer. En fait, nous nous intéressons à deux exécutions publiques distinctes dont se rend responsable un câblodistributeur: celle qu'il rend possible en retransmettant des œuvres à de multiples abonnés «résidentiels» et celle qu'il autorise en fournissant des «abonnements commerciaux».

#### B- *Canadian Admiral*, une décision dont la portée est limitée

A l'encontre des conclusions du juge Cameron, on pourrait lancer l'hypothèse que, à cette date, ce dernier est pratiquement convaincu que l'on porte atteinte au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public quand l'exécution ou la représentation se produit dans un endroit où sont réunis des membres du public ou encore dans un lieu accessible directement aux membres du public.<sup>126</sup> C'est peut-être la raison pour laquelle il se concentre sur le caractère de l'audience à l'endroit où est effectuée l'exécution pour savoir si elle est «en public».<sup>127</sup>

Voici où, selon nous, le bâti blesse si nous cherchons à savoir si un câblodistributeur porte atteinte au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public: en recourant à l'exécution privée effectuée par les abonnés pour identifier l'exécution dont se rend responsable le câblodistributeur, le juge Cameron caractérise bien une exécution dont se rend responsable le câblodistributeur. Cependant, les parties ont limité le débat à un type précis d'exécution pour lequel un câblodistributeur ne porte pas atteinte au droit d'auteur.

#### 1- Le juge Cameron a restreint le débat à une seule exécution

Ce qui conduit le juge Cameron à considérer qu'un câblodistributeur n'est pas responsable d'une atteinte au droit d'exécuter ou de

125. Voir un commentaire portant sur un arrêt de la Cour de Cassation quant à une disposition de la loi française qui renvoie à un type d'exécution effectuée «dans un lieu public». André KERFÉVÉR, «Les prérogatives des auteurs sur la communication publique d'émissions radiodiffusées», (1972) 70 *R.I.D.A.* 3.

126. Par exemple *Canadian Admiral*, op. cit., note 9, p. 404; L. J. I must find that the performance was "in public". Et aux pages 407-408: «In some of these cases, however, can I find a suggestion that a performance in a private home where the performance is given, heard or seen by only members of the immediate household, could be considered as a performance in public».

représenter une œuvre en public, est relié à une question soumise par l'avocat du radiodiffuseur:

[traduction libre] L'avocat du demandeur dit que du point de vue du titulaire du droit d'auteur, de telles exécutions en grand nombre interfèrent avec le droit appartenant au titulaire du droit d'auteur de produire des copies de son œuvre et peuvent lui causer des pertes quant à son marché potentiel. Je ne peux souscrire à ce que soumet l'avocat du demandeur. Je ne peux considérer que même un grand nombre d'exécutions privées, seulement du fait de leur nombre, peuvent devenir des exécutions publiques. Le caractère de chacun des divers auditeurs demeure exactement le même; chacun est privé et domestique, et conséquemment non «en public».

Mais de quelles exécutions en grand nombre s'agit-il?

[traduction libre] Je considère, par conséquent, que les exécutions effectuées dans les maisons et appartements privés des abonnés du défendeur n'étaient pas des exécutions «en public».

Nous comprenons ainsi que, au moment où il cocclut sur la portée du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public au sens du paragraphe 3(1), le juge Cameron traite uniquement des exécutions effectuées dans les maisons et appartements privés des abonnés. C'est uniquement lorsqu'il aborde la question sous l'angle de l'ancien sous-paragraphe 3(1)f) qu'il traite spécifiquement de la transmission des œuvres par le câblodistributeur. Il nous dit alors qu'un câblodistributeur n'est pas visé par cet ancien sous-paragraphe.

Certaines thèses doctrinales laissent entendre que la décision du juge Cameron porte globalement sur l'exécution effectuée par un câblodistributeur. Or, quand le juge Cameron traite du droit prévu au paragraphe 3(1), il parle uniquement de l'exécution effectuée en privé par un abonné<sup>127</sup>. L'analyse du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre n'est plus la même si on discute de l'exécution effectuée dans la résidence de l'abonné ou de celle effectuée par le câblodistributeur à l'extérieur de son cercle domestique ou privé.

Si nous nous en tenons uniquement à la conclusion du juge Cameron, nous opinons que son jugement est parfaitement fondé.

127. Nous laissons de côté celle que le câblodistributeur effectue personnellement dans un endroit public puisque nous n'avons rien à redire sur cet aspect de la décision du juge Cameron. Voir à cet égard les arrêts *Broadcasting*, op. cit., note 98, et *Mazik*, op. cit., note 87.

Une exécution réalisée dans un contexte privé n'est pas une exécution publique. Peu importe qu'il y ait un million d'abonnés en privé. Des millions d'exécutions en privé ne deviennent pas soudainement une exécution en public. Mais est-ce bien de cela qu'il s'agit quand on retient de la décision du juge Cameron qu'un câblodistributeur effectue une exécution en privé? Nous ne le croyons pas. On interprète effectivement la décision du juge Cameron comme si elle ferme «la porte à la possibilité que la câblodistribution soit incluse dans la notion d'exécution publique»<sup>128</sup>. Pourtant, loin de considérer l'exécution effectuée par le câblodistributeur<sup>129</sup>, le juge Cameron, du moins sous l'angle du paragraphe introductif de l'article 3(1), décide uniquement en fonction de l'exécution privée faite par les abonnés. Il nous apparaît donc qu'il faille limiter la portée de sa décision.

Par ailleurs, l'interprétation que l'on retient de la décision du juge Cameron consiste à qualifier l'acte posé par un abonné pour qualifier de la même manière l'acte du câblodistributeur. Or, si l'acte effectué par un abonné permet d'apprécier un des actes dont se rend responsable le câblodistributeur, il ne peut servir à qualifier l'ensemble des actes du câblodistributeur. D'ailleurs, en vertu de quel principe juridique peut-on déduire que l'acte posé par le câblodistributeur consiste précisément et uniquement dans celui posé par chaque téléspectateur pris isolément dans l'intimité de sa résidence?

Indépendamment de l'exécution privée effectuée par les abonnés, ne faut-il pas plutôt se pencher sur l'acte du câblodistributeur qui retransmet des œuvres à des milliers de téléspectateurs captant simultanément les émissions dans leur foyer? La logique voulant que l'acte du câblodistributeur équivaut à l'acte du téléspectateur, permettrait de conclure qu'est privée une exécution donnée devant des milliers de spectateurs groupés simultanément dans la même salle. Évidemment, ce n'est pas l'acte posé par un spectateur qui nous autorise à dire que le responsable de l'exécution pose exactement le même acte.

128. BRUNNET, op. cit., note 97. NAHMAN, op. cit., note 65, p. 12: «L'entreprise de télé peut donc, en toute légalité juridique, offrir à ses abonnés les émissions qu'elle reçoit et qu'elle transmet parallèlement à leur diffusion, sans avoir à négocier les conditions de cette utilisation avec les ayants droit concernés.» Voir aussi Claude BRUNNET, «Le projet de loi C-30, vers un nouveau droit de retransmission», (1999) 1 *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 241, p. 247: «Enfin, le droit de nouveau droit de télécommunications) est créé de communiquer au public, par télécommunications. Cela soulève, évidemment, le problème de l'affaire Canadian Advoil à l'occasion de laquelle le juge Cameron avait décidé que la multiplicité des représentations audiovisuelles n'équivaut pas à une représentation publique.» Voir également la note 27.

129. Contrô. VAVIER, op. cit., note 13.

L'approche qu'adopte le juge Cameron le conduit à s'intéresser essentiellement à l'endroit où l'exécution est ultimement réalisée. Or, tout se passe dans le cercle domestique ou privé. Mais nous ne croyons pas que le débat soit clos. Bien sûr, si on qualifie l'acte posé par le câblodistributeur en référence à celui posé par l'abonné, il faut conclure que le câblodistributeur «autorise» l'exécution effectuée en privé par l'abonné. De ce point de vue, le câblodistributeur ne porte pas atteinte au droit d'exécuter une œuvre en public. Le fait d'autoriser une exécution en privé ne peut être constitutif d'une atteinte au droit d'autoriser une exécution publique.

Si, comme devant le juge Cameron ou, dans une moindre mesure, le juge Strayer, les parties portent le débat autour de l'exécution privée effectuée par un abonné, nous croyons qu'ils ont tous deux raison de ne pas conclure à la responsabilité du câblodistributeur sur ce motif.

Nous soumettons que pour savoir si un câblodistributeur est responsable d'une atteinte au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public, il faut plutôt fonder l'analyse à partir d'exécutions publiques dont il se rend personnellement responsable. À cet égard, selon nous, la responsabilité d'un câblodistributeur s'apprécierait de deux façons. Premièrement, il encourrait une responsabilité quand l'exécution se déroule dans un endroit public. Deuxièmement, il est responsable d'une atteinte au droit d'auteur pour une raison classique puisqu'il est responsable d'une exécution survenant à l'extérieur de son cercle domestique ou privé.

Ainsi, dès que le câblodistributeur transmet une œuvre dans un endroit public qu'il possède et contrôle (sa salle de montre, par exemple), il exécute une œuvre en public. Cependant, quand c'est l'abonné «commercial» qui exécute «en public» une œuvre qui lui est retransmise par le câblodistributeur, ce dernier autorise l'exécution de l'œuvre «en public» puisque, comme le démontre le juge Strayer, «c'est là la seule raison d'être d'un contrat auquel la compagnie de services par câble et l'abonné sont tous deux parties»<sup>130</sup>. Et même si le juge Strayer ne s'appuie pas sur la décision de la Cour d'appel d'Ontario dans *Broadcasting*, nous croyons y trouver ce constat<sup>131</sup>.

130. Pour reprendre le paragraphe 3(1)b, il arrivera peut-être dans l'avenir qu'en raison des progrès techniques le rôle d'un câblodistributeur se résume à celui tenu par la personne qui vise fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunications nécessaires pour que celui-ci effectue une communication au public.

131. *Op. cit.*, note 86, p. 361-362. «The appellant is entitled to judgment declaring [...] That the defendants and each of them have infringed the plaintiff's said copyright in those musical works - A.B.C. [qui transmet, par fil électrique, des

Mais au-delà de ces deux formes d'atteintes au droit d'auteur, en nous référant notamment à la méthodologie décrite dans l'affaire *Hôtel Ford*, nous croyons que le câblodistributeur contrevient au droit d'auteur puisqu'il est directement responsable d'une exécution qui survient à l'extérieur de son cercle domestique et privé. Ce principe nous semble clairement énoncé dans les nombreuses décisions que cite le juge Cameron.

Dans ces décisions, les tribunaux se demandent chaque fois si une personne viole le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public quand, dans un lieu donné, elle exécute une œuvre à l'extérieur de son cercle domestique ou privé. Ils ne qualifient pas l'acte du spectateur pour qualifier celui du responsable de l'exécution<sup>132</sup>. À cet égard, nous comprenons mal pourquoi la question soumise au juge Cameron sous l'angle du paragraphe introductif de l'article 3(1) a été restreinte à l'exécution en privé effectuée dans la maison de chaque abonné. Quo qu'il en soit, une lecture des arrêts dont le juge Cameron fait mention nous conduit à porter l'analyse à d'autres niveaux<sup>133</sup>.

## 2- La méthode d'analyse suivie dans l'affaire *Hôtel Ford* est plus large que celle retenue par le juge Cameron

En nous limitant à l'interprétation donnée aux conclusions du juge Cameron, nous serions tout naturellement enclins à croire qu'un hôtelier n'est pas responsable d'une exécution ou d'une représentation publique quand il retransmet une œuvre dans une des chambres qu'il offre en location. Par hypothèse, l'occupant qui écoute une œuvre dans sa chambre n'est pas dans un endroit où sont réunis des membres étrangers à son cercle domestique ou privé. Du moins si l'on se place dans la situation de celui qui occupe une chambre d'hôtel, l'exécution dont il se rend responsable est réalisée dans un cadre purement domestique ou privé.

œuvres musicales à des abonnés commerciaux) by authorizing the contributing to their performance in public, and the other defendants [les abonnés commerciaux] by performing them in public [...]»

132. Par exemple, la Cour suprême, dans l'affaire C.A.P.A.C. *v. Siegel Distributing Co. Ltd.*, [1950] R.C.S. 456, interprétant alors l'ancien article 507L, signale qu'il y a exécution publique dans un restaurant même lorsque l'exécution est accessible aux seuls clients attablés et ayant déposé une pièce de monnaie dans un appareil individualisé (p. 484-495): «When, then, a patron in such a booth deposits a dime and selects a musical number to be played, in the presence of the management, control and self-containment specified, it may properly be said that the music produced is a public performance by means of a gramophone».

133. Souvenez-vous que le droit d'auteur est décomposable.

Pourtant, dans une des décisions auxquelles le juge Cameron se réfère, soit celle de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Hôtel Ford*, on apprend qu'un hôtelier porte atteinte au droit d'exécuter une œuvre en public quand, notamment, il rend possible la retransmission d'une œuvre dans les chambres. Alors que nous croyions déduire de l'affaire *Hôtel Ford* qu'une personne est responsable d'une exécution publique même lorsque l'exécution dont elle est responsable n'est accessible qu'à une tierce personne occupant seule une chambre d'hôtel, nous serions portés à changer de perspective finement, à défaire complètement l'arrêt *Hôtel Ford*<sup>134</sup> en raison de l'interprétation de l'arrêt *Canadian Admiral*.

Cependant, ces deux décisions se distinguent. Devant le juge Cameron les parties restreignent le débat sur le lieu où des exécutions prennent place. Devant la Cour supérieure, elles portent le débat sur le fait que l'hôtel Ford rend une œuvre accessible à des fins autres que domestiques ou privées. Or, nous soumettons que, si devant la Cour supérieure le débat avait uniquement porté sur des exécutions en privé dans les chambres de l'hôtel, la Cour en serait venue à la même conclusion que le juge Cameron.

La Cour supérieure se désintéresse totalement de savoir si telle ou telle chambre est effectivement occupée au moment où l'exécution est rendue accessible<sup>135</sup>, tout comme elle se désintéresse de savoir si l'occupant d'une des chambres est responsable d'une exécution privée ou d'une exécution publique. Ce qui est demandé à la Cour est de savoir si l'hôtelier est responsable d'une exécution publique quand il permet notamment l'accès éventuel d'une chambre d'avoir accès à une exécution de l'œuvre. Le tribunal ne cherche pas à savoir si l'exécution donnée par l'occupant est publique. Contrairement à ce qu'est amené à faire le juge Cameron, la Cour supérieure analyse tout naturellement le caractère de l'exécution en se plaçant du point de vue de l'hôtelier dont elle veut découvrir s'il porte atteinte au droit d'exécuter une œuvre en public.

Que décide alors la Cour supérieure? L'hôtelier est responsable d'une exécution publique parce qu'il a installé des appareils récep-

134. Sur la notion d'exécution qu'adopte le juge Cameron, Nottus qui dans l'arrêt *Broadmoor*, *op. cit.*, note 98, p. 159-160, la Cour d'appel d'Ontario appuie sa définition d'exécution sur ce qu'écrit le juge Mackinnon dans l'arrêt *Hôtel Ford*. Voir également l'arrêt *Mellor*, *op. cit.*, note 103, p. 23.

135. *Jones v. Stephens*, *op. cit.*, note 20, p. 412 (Lord Wright): «Thus mere numbers cannot be the test.» Et le même juge à la p. 416: «The presence or absence of visitors is thus not the decisive factor; nor does it matter whether the performance is paid or gratuitous, nor is it conclusive that admission is free or for payment, nor is the number of the audience decisive.»

teurs dans les salles publiques et dans les chambres. Et pourquoi l'hôtelier est-il tenu responsable? Parce que la titulaire du droit d'auteur avait autorisé la radiodiffusion de son œuvre à des fins domestiques ou privées seulement, et que l'hôtelier s'était rendu responsable d'une exécution publique indépendante en permettant ou en autorisant la retransmission des œuvres radiodiffusées à des personnes situées en dehors de son cercle domestique ou privé<sup>136</sup>.

Voilà pourquoi la Cour est conduite à analyser l'acte posé par l'hôtel Ford plutôt que celui posé par un des occupants et à conclure que l'hôtel Ford est responsable d'une atteinte au droit d'auteur du fait qu'il a installé des récepteurs accessibles à sa clientèle<sup>137</sup>.

Demandons-nous ce qu'aurait jugé la Cour supérieure si le débat avait visé une quatrième exécution effectuée par l'occupant d'une chambre? A nos yeux, à tout le moins, c'est bien de cela qu'il s'agit dans l'arrêt *Canadian Admiral* où il est question d'une exécution effectuée dans des résidences privées<sup>138</sup>.

Selon nous, la Cour se serait d'abord demandé si cette exécution est une exécution publique. D'où, la question suivante: l'occupant de la chambre effectue-t-il une exécution à l'extérieur de son cercle privé ou domestique? Comme, par hypothèse, l'occupant s'y trouve seul, il s'agit d'une exécution en privé. A ce titre, il ne viole aucun droit et l'hôtel Ford n'encourt aucune responsabilité.

Que serait-il arrivé maintenant si la Cour avait conclu que l'occupant avait réalisé une exécution publique? De deux choses l'une. Si l'hôtel Ford donne son assentiment à l'exécution, alors il porte atteinte au droit d'auteur. Nous revenons ici aux conclusions du juge Strayer pour qui un ciblodistributeur n'aurait l'exécution publique effectuée par un de ses abonnés commerciaux. Par contre, si l'hôtel n'a pas autorisé l'exécution publique, alors il ne contrevient pas au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public<sup>139</sup>.

Pour vérifier la pertinence de l'analogie, nous retournerons à la décision du Conseil privé, dans l'affaire *Vigneux*.

136. Même si le jugement de la Cour supérieure n'est pas explicite sur ce point, l'hôtelier est responsable d'une double violation au droit d'auteur. Voir la note 83.

137. Ce qui nous ramène à l'acte posé par un ciblodistributeur qui rend personnellement des œuvres accessibles à sa clientèle.

138. Pour les fins de la démonstration, nous allons présumer qu'une chambre d'hôtel offre le caractère privatif d'une maison ou d'un appartement privé.

139. Seul réservé de l'article 27(1).

## 3- L'arrêt Vignaux

Dans *Mellor*, le Conseil privé écrit qu'un radiodiffuseur autorise une exécution «en public» du fait qu'il rend possible une réception publique de la part d'utilisateurs qui installent des appareils récepteurs dans des lieux publics. (Ce point n'a pas fait l'objet de débat, le Conseil privé motivant sa décision sur une autre question.)

Si on s'en tient à la lecture du jugement du juge Cameron, il ne semble pas qu'il ait pris connaissance de l'arrêt *Mellor*. Cependant, nous croyons nécessaire d'en dire quelques mots pour deux raisons: d'une part, le juge Strayer s'appuie sur cette décision et, d'autre part, appliquée sans nuance, l'énoncé du Conseil privé nous ramène à la méthode d'analyse empruntée par le juge Cameron<sup>140</sup>.

Souvenons-nous que le juge Strayer tire la conséquence suivante de l'arrêt *Mellor*:

*J'adopte à cet égard le jugement du comité judiciaire du Conseil privé [...] selon lequel une société de radiodiffusion a été tenue responsable de l'exécution en public d'une musique qu'elle diffusait dans la mesure où il était évident que certains des postes récepteurs qui captaient l'émission seraient utilisés dans des endroits publics. On a jugé que le radiodiffuseur avait autorisé ces exécutions.*

Selon nous, il faut nunner, du moins en ce qui concerne les radiodiffuseurs canadiens, la portée qui est ici donnée à l'arrêt *Mellor*<sup>141</sup>. Nous soumettons respectueusement qu'un radiodiffu-

140. Le lien entre *Mellor* et *Canadian Admiral* nous paraît évident. Par exemple, voir J.A.L. STEHLING, M.C.L. CARPENTER, *Copyright Law in the United Kingdom and the Right of Performers, Authors and Composers in Europe*, Legal Books Ltd., Sydney-London, 1989, p. 529: «Viscount Maugham indicated [...] that the broadcaster may have "authorized" the public performance if the listeners were entitled to tune in their receivers and thus to perform the musical works in question in public as well as in private [...]. See also [Canadian Admiral ...]».

141. Op. cit., note 103. Le Conseil privé, après avoir émis un doute quant à savoir si un radiodiffuseur effectue une exécution publique au sens du droit d'exécuter une œuvre en public quand il transmet une œuvre dans des lieux privés (il est à remarquer que la loi étudier ne comportait pas de disposition équivalente à l'ancien sous-paragraphe 3(1)(f)), avance en effet que le radiodiffuseur serait responsable d'une exécution «en public» parce qu'il autorise une réception «en public». Cependant, la décision du Conseil privé est fondée sur l'interprétation d'une licence émise par le demandeur. Et c'est l'existence de cette licence qui a conduit le Conseil privé à déclarer que le radiodiffuseur ne porte pas atteinte au droit d'auteur. D'ailleurs, l'attente au droit d'autoriser n'a fait l'objet d'aucune discussion, le radiodiffuseur admettant, pour les fins du débat portant sur l'interprétation de la licence, avoir autorisé l'exécution des œuvres en public. (Par exemple, Viscount Maugham à la page 24: «The respondents have

seur canadien qui diffuse une œuvre à des fins privées ou domestiques seulement ne peut en aucun cas porter atteinte au

admitted, as already stated, that there were performances in public for which they were responsible unless they can rely on the consent or licence contained in the pamphlets above referred to.) Voir notamment la Cour suprême du Canada distinguant les arrêts *Mellor* et *Vignaux*: *Marsik*, op. cit., note 87, p. 181-183 (j. Kellwick): «In the case at bar the respondent claims to be the owner of the sole right to perform the works here in question in Canada, and alleges infringement on the part of the appellant because, as it is said, the appellant has "authorized" the performance of the said musical works under its contract with the defendant broadcasting company. The business of the appellant is to supply in the State of New York, in consideration of fees payable in New York, electrical recordings of musical works adapted for performance on certain mechanical contrivances, to persons entering into contracts with the appellants in New York, under which a territorial "franchise" is granted with respect to the use of such recordings. It is by reason of the entry by the appellant into such a contract with the defendant broadcasting company [quelle est tenue responsable d'une atteinte au droit d'autoriser l'exécution publique dans l'affaire *Broadcasting*], op. cit., note 98) with respect to some part of Canada that the respondent rests its claim.

For any performance on its own part of any musical work which is the subject of copyright, the evidence is that the appellant obtains a licence from the copyright owner and also, with respect to franchise holders from the appellant in the United States, the former obtain their own licences, as is also the case with respect to the only other franchise holder in Canada. [...]»

The theory of the respondent in the case at bar assumes that the grant of a "franchise" extending to this country necessarily involves the grant of the "right" to perform in this country. Evidence of any such showed at the contract in question in the case at bar is entirely lacking.

The word "franchise" connotes nothing more than "privilege" and nothing more on the evidence as to the contents of the contract can reasonably be inferred than that it confers the privilege of using the recordings. It is not, therefore, to be assumed that the appellant purported to grant to the defendants any right to perform in Canada and certainly not the right to perform in opposition to the title of the true owner of that right.

In *Falstaff's case*, Birkett, L.J., with whom Atkin L.J., agreed, approved of earlier expressions of opinion as to the meaning of "entertain", namely, that it is to be understood in its ordinary dictionary sense of "sacrifice, amuse, and countenance". Unless what is done by a defendant is to sacrifice, amuse, or countenance actual performance, it cannot be said, in my opinion, that it has "authorized" performance. While it is true that to perform by means of such a mechanical contrivance as is here in question involves the use of recordings, and while the appellant, on the evidence, has authorized the use of the recordings in performing, it has not authorized the performance itself and has, therefore, not invaded any right of the respondent. Performance was clearly unauthorized and unauthorized in *Falstaff's case*, while in the case at bar the appellant is in the position of the appellant in *Vignaux's case*, as described by Lord Russell in the passage from the judgment, above cited.

Mr. Manning contends that the language of Lord Russell is quite inconsistent with the decision of the Judicial Committee in the earlier case of *Mellor* [...], but I find no such inconsistency. It would have been strange had it been otherwise in view of the fact that both Viscount Maugham and Lord Porter were members of the Board in each instance. In *Mellor's case*, the appellants, who carried on

droit d'autoriser l'exécution publique effectuée dans un endroit public<sup>142</sup>.

Avant de conclure qu'une société de radiodiffusion peut être tenue responsable d'autoriser l'exécution en public d'une œuvre qu'elle diffuse, dans la mesure où il est évident que certains des postes récepteurs qui captent l'émission sont situés dans des endroits publics, il faut d'abord et avant tout envisager les conséquences que cela peut entraîner. Voyons un exemple pratique.

Si un radiodiffuseur est responsable de l'exécution publique effectuée par un tiers qui installe un récepteur approprié dans un endroit public, cela revient à dire qu'il est responsable d'une exécution publique à laquelle il ne prend pas part quand il communique une œuvre à des fins domestiques ou privées. D'où la conséquence suivante: un radiodiffuseur, en raison du paragraphe introductif de l'article 3(1) ou du sous-paragraphe 3(1)f<sup>143</sup> ancien ou actuel, doit alors verser des redevances pour une radiodiffusion à des fins domestiques ou privées mais également chaque fois qu'un tiers installe un appareil récepteur dans un endroit public. Et qu'est-ce que ce dernier versement nous rappelle? L'ancien article 50(7) qui prévoit que les stations de radio doivent verser des redevances, selon un taux fixé par la Commission du droit d'auteur, pour «les exécutions publiques au moyen d'un appareil radiophonique récepteur» effectuées dans certains endroits publics.

Ici, nous préférons croire que les stations de radio (comme les fabricants de gramophones d'ailleurs) doivent verser une somme déterminée pour une forme d'exécution publique dont elles ne sont aucunement responsables, et cela dans le but de compenser, dans une certaine mesure, le manque à gagner des auteurs qui, en raison de l'ancien article 50(7), perdent une partie de leur droit quant à la

*business as publishers of music and were the owners of the performing right in Australia in certain musical works which they had supplied to a band with a license to perform the same, alleged infringement against the defendant broadcasting commission in respect of its broadcasting of the performance by a band of these musical works. In that case, however, it was shown, and indeed admitted, that the actual performance was one for which the defendant Commission was itself responsible.*

142. Voir sur la notion à laquelle renvoie le droit d'auteur CBS Songs Ltd., op. cit., note 49. Voir également la décision de la Cour d'appel dans *Broadcasting*, op. cit., note 98.

143. De nos jours, la SOCAN (anterioris la CAPAC) fait uniquement intervenir le sous-paragraphe 3(1)f pour réclamer des redevances d'un radiodiffuseur qui diffuse une œuvre à des fins domestiques ou privées. Voir la note 103.

perception de redevances de la part de personnes qui exécutent leurs œuvres musicales en public<sup>144</sup>.

Mais si nous croyons qu'un radiodiffuseur ne peut être tenu responsable d'une exécution publique effectuée par un usager, la solution est différente dans le cas d'un câblodistributeur. Selon nous, le juge Strayer a raison quand il conclut qu'un câblodistributeur peut contrevenir au droit d'autoriser l'exécution d'une œuvre dans un endroit public. Pourquoi cette différence de traitement? Parce qu'à la différence d'un radiodiffuseur, qui n'exerce aucun contrôle sur un tiers qui installe un téléviseur dans un endroit accessible au public, un câblodistributeur en exerce un sur l'exécution publique effectuée par ses abonnés commerciaux puisqu'il leur fournit, moyennant considération, un service dont la fonction «essentielle», sinon unique, consiste à rendre une œuvre accessible dans un endroit public.

Ce principe, déjà sous-entendu dans l'affaire *Hôtel Forci*, nous ramène à l'arrêt Vigneux.

Dans *l'arrêt Vigneux*, le Conseil privé déclare qu'une personne n'est pas responsable d'une atteinte au droit d'exécuter une œuvre parce qu'elle fournit, comme ce serait, selon nous, le cas d'un radiodiffuseur, un moyen permettant d'exécuter une œuvre en public. Encore faut-il qu'elle dispose d'un certain contrôle sur l'exécution publique. Or, comme le signale le juge Strayer, un câblodistributeur n'exerce-t-il pas un certain contrôle sur l'exécution publique effectuée par ses abonnés estimentaires<sup>145</sup>?

144. Voir *CBS Songs Ltd.*, op. cit., note 49 et *Broadcasting*, op. cit., note 98, p. 161 (J. Roach): «When Parliament, in 1938, amended the statute by adding section 6(6)(a), it did not thereby extinguish fees or royalties which were and are the reasonable entitlement of composers and authors. The burden of direct payment was merely shifted from the users of gramophones where that instrumentality was used for public performance, to the manufacturers». Voir à la page 108 le même juge citant le juge Duff dans l'affaire *Vigneux* (1943) R.C.S. 348: «The result is that in respect of such fees, charges and royalties, which, apart from subsection 6(a), would be exigible from the owners of records and receiving sets, the dealer gets the benefit of the provisions of subsection 6(a) which invests the Copyright Appeal Board with the authority and the duty to make provisions, as far as may be possible, for substituted charges which are to be collected from the radio broadcasting stations or gramophone manufacturers and which are to be appropriate to the condition created by the enactment of subsection 6(a).»

145. Ce qui nous ramène à l'affaire *Marak*, op. cit., note 87. En l'opposé (voir la note 141), la Cour suprême conclut que l'entreprise (Marak) qui se contente de louer des enregistrements d'œuvres musicales n'est pas responsable de leur exécution publique. Cependant, il en va différemment de l'entreprise qui offre un service permettant à des abonnés commerciaux d'exécuter les œuvres en public. En effet, dans cette affaire la Cour note que l'entreprise (American Broadcasting

Et si, d'aventure, un câblodistributeur parvient à faire renverser cette jurisprudence que nous croyons constante, en faisant, par exemple, admettre qu'il ne crestrevient pas au droit d'autoriser l'exécution publique réalisée par ses abonnés commerciaux, nous soumettons qu'il n'en reste pas moins responsable d'une autre forme d'exécution publique en rendant possible une exécution à l'extérieur de son cercle domestique ou privé.

*C- Une atteinte au droit d'auteur existe dès qu'une personne rend possible sans autorisation une exécution à l'extérieur de son cercle privé*

En nous fondant sur la décision rendue par la Cour supérieure en 1935 dans l'affaire *Hôtel Ford*, nous pouvons déduire qu'un câblodistributeur exécute ou représente une œuvre «en public» à la suite de la question suivante: est-ce qu'en retransmettant des œuvres à ses abonnés le câblodistributeur est responsable d'une exécution effectuée en dehors de son cercle domestique ou privé, donc d'une exécution qui, en nous situant sous l'angle du «titulaire du droit», et non pas de celui d'un abonné résidentiel, s'exerce en dehors de son cercle privé?

Le juge Cameron ne procède pas ainsi.

*J- Le principe*

Voyons quelques-uns des extraits repris par le juge Cameron, lesquels, abordés sous d'autres angles, font comprendre la justesse des conclusions de la Cour supérieure dans l'affaire *Hôtel Ford*.

Le juge Cameron cite une décision anglaise dans laquelle la Cour d'appel<sup>146</sup> conclut qu'un hôtelier est responsable d'une exécution publique, quand, à l'aide d'un récepteur approprié, il capte une

Company qui fournit un service d'exécution publiques à des abonnés qui lui sont reliés par des fils téléphoniques est responsable de l'exécution publique. Voir, par exemple, ce qu'écrivent le juge Hand à la page 189 et le juge Kellock à la page 191. Voir dans ce sens l'arrêt *Broadcasting*, *op. cit.*, note 188, tant devant la Cour d'appel d'Ontario (voir aux pages 152, 153-154 et 181-182), que devant le Conseil privé (voir aux pages 700 à 711). Notons que la Cour d'appel, dans l'affaire *Broadcasting*, s'appuie sur l'arrêt *Vivienne*, devant le Conseil privé, ayant de conclure à la responsabilité de l'American Broadcasting Company.

146. *Performing Right Soc. Ltd v. Hemswell's Broadcast Recovery Co.*, *op. cit.*, note 51; Lord Hanworth (C.A.) aux pages 128-134. Rappelons que dans l'arrêt *Hôtel Ford*, la Cour a notamment fondé sur cette décision anglaise la conclusion voulant qu'un hôtelier qui retransmet une œuvre dans ses salles publiques et dans ses chambres est responsable d'une exécution publique.

émission de radio diffusée originellement à des fins domestiques ou privées et la retransmet dans ses salles publiques;

[traduction libre] [En utilisant son installation, l'hôtelier a rendu l'exécution accessible à des personnes qui n'entrent pas dans son cercle domestique.] C'est à la demande de [l'hôtelier] que les mesures ont été prises en vue de cette exécution. Il m'apparaît que l'acte posé par [l'hôtelier] constitue de sa part une exécution [publique] ou une autorisation d'effectuer une exécution [publique].

Citant la même décision:

[traduction libre] Une personne exécute une œuvre musicale quand elle est responsable du fait qu'elle est écoutée.

Et le juge Cameron tire un extrait d'un autre jugement rendu par la Cour d'appel anglaise<sup>147</sup>.

Quels enseignements le juge Cameron en retire-t-il? Simplement, qu'un câblodistributeur effectue une exécution et que, pour

147. *Jervings v. Stephen*, *op. cit.*, note 33, p. 438-439 (Lord Romer) [traduction libre]. Personne, par exemple, ne peut douter que les concerts donnés au Albert Hall sont, en général, des expositions «en public» car la manière rendant disponible pour une personne pour l'agrement de ses invités après un dîner ou à une réception est exécutive en privée; et je crois que la moindre façon d'étudier le sens de ces deux expressions est de considérer la différence essentielle entre ces deux expositions. Pour moi, les principales différences tiennent à ceci. Dans la dernière hypothèse, l'exécution fait partie intégrante de la vie domestique ou personnelle [dans le sens de la personne qui fournit l'exécution], et peu importe la présence de ses invités. Ils sont à ce moment des membres de sa maison. Dans le premier cas, cependant, l'exécution ne fait en aucune façon partie de la vie domestique ou personnelle des membres de l'assistance. Elle fait partie de ce que par contradiction on peut appeler leur vie non domestique ou extérieure. [...] et si certaines difficultés à voir pourquoi il est important de considérer la nature du lieu et l'endroit où l'exécution est donnée. Une exécution privée peut être donnée dans une salle publique. Une exécution publique peut être donnée dans une maison privée. La question de savoir si une exécution est donnée en public ou en privé dépend, selon mon opinion, seulement du caractère de l'assistance. Supposons, par exemple, qu'un certain nombre de personnes intéressées par le théâtre se regroupent en société ou autrement aux fins de réunir des fonds qui leur permettent de monter et de produire-représenter des œuvres dramatiques. Cela se passe entièrement à l'extérieur de leur vie domestique, et, selon moi, elles assisteront alors à la représentation à titre de membres du public, même si le public pourront assister aux représentations peut être restreint en fonction d'un processus de nomination, du statut social des membres ou encore par la capacité de soumettre une contribution financière importante. Je devrais considérer publique toute représentation donnée devant cette société...]

rechercher si cette exécution est publique, il faut se demander quelle est la nature de l'auditoire. Et, comme dans le dossier qui lui est soumis il se concentre uniquement sur l'exécution privée effectuée dans le domicile des abonnés, il s'agit purement et simplement d'une multitude d'exécutions privées devant un auditoire que nous pouvons qualifier de domestique ou privé.

Est-ce bien la seule conclusion pour savoir si un câblodistributeur est responsable d'une exécution en public? Dans les extraits relevés par le juge Cameron, on retrouve bien d'autres choses.

Par exemple, on lit qu'*«une personne exécute une œuvre musicale quand elle est responsable du fait qu'elle est écoutée»*. Or, qui est l'objet de la poursuite devant la Cour de l'Échiquier? Ce n'est pas le téléspectateur. C'est bien le câblodistributeur. Ce dernier est bel et bien responsable du fait qu'*«une exécution des œuvres s'effectue à l'extérieur de son cercle domestique ou privé»*.

Par conséquent, au-delà des multiples exécutions effectuées devant un auditoire que l'on peut caractériser de domestique ou privé, il nous apparaît que le câblodistributeur est la personne responsable parce que l'œuvre est écoutée à l'extérieur de son cercle domestique ou privé. Et même si individuellement chaque abonné effectue une exécution *«en privé»*, l'acte du câblodistributeur ne se résume pas à une simple autorisation d'effectuer des exécutions en privé.

Pour le comprendre, il faut nous situer du point de vue de celui qui exerce le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre. Le principe est énoncé comme suit dans une des décisions relevées par le juge Cameron:

[traduction libre] C'est, je crois, important, en abordant la question de savoir si une exécution ou une représentation en particulier est *«en public»*, de conserver à l'esprit qu'en vertu de la Loi sur le droit d'auteur, 1911, art. 2(1), la violation d'un droit est définie par une référence aux choses, qu'en vertu de la loi seul le titulaire du droit d'auteur peut faire à titre exclusif. Le titulaire du droit d'auteur se voit réservé par l'article 1(2) le droit exclusif d'exécuter ou de représenter une œuvre en public, et quiconque interfère avec ce droit sans le consentement du titulaire porte atteinte à son droit d'auteur. Par conséquent, la question peut être utilement abordée en se demandant si l'acte dont on dit qu'il constitue une violation du droit relèverait, s'il était effectué par le titulaire du droit lui-même, d'un exercice

par ce dernier du droit statutaire qui lui est conféré. En d'autres mots, l'expression *«en public»* doit être considérée en relation avec le titulaire du droit. Si l'auditoire considéré du point de vue du titulaire du droit peut correctement être décrir comme son *«public»* ou une partie de son *«public»*, alors en exécutant ou en représentant l'œuvre devant cet auditoire il exercerait, selon mon opinion, le droit statutaire qui lui est conféré; et quiconque sans son consentement exécutait ou représentait l'œuvre devant cet auditoire violerait son droit d'auteur.<sup>148</sup>

Dès lors, on peut se poser la question suivante: est-ce qu'en louant un service, dont l'unique raison d'être repose sur la retransmission d'œuvres à des abonnés, le câblodistributeur atteint le public du titulaire d'un droit d'auteur?<sup>149</sup> N'est-ce pas le câblodistributeur qui transmet une œuvre à des milliers d'abonnés? N'est-ce pas ce que croirait un compositeur en autorisant la transmission de son œuvre à des milliers de personnes hors de son cercle domestique ou privé? Et si des abonnés résidentiels utilisent domestiquement ou privément des œuvres qui lui sont retransmises par un câblodistributeur, peut-on réellement soutenir que le câblodistributeur utilise domestiquement ou privément des œuvres d'un auteur? Cela devient très difficile puisque, par exemple, dans une décision rapportée par le juge Cameron<sup>150</sup>, on apprend que l'entreprise qui rend accessible une œuvre à ses seuls employés exécute une œuvre en public. Or, si une entreprise exécute une œuvre publiquement en la communiquant à l'intérieur de ses murs, comment peut-on soutenir qu'un câblodistributeur, qui transmet une œuvre à une clientèle, ne contrevient pas au droit d'exécuter une œuvre en public?

Par ailleurs, le juge Cameron retient que les œuvres sont exécutées dans des maisons privées pour conclure à une multitude d'exécutions *«en privée»*. Mais ne lit-on pas également dans les extraits qu'il cite le passage suivant: «Une exécution privée peut être donnée dans une salle publique. Une exécution publique peut être donnée dans une maison privée.»<sup>151</sup> Que des abonnés soient reçus dans leur domicile privé n'est donc pas un facteur qui interdit péremptoirement de considérer que l'exécution effectuée par le câblodistributeur porte atteinte au droit d'exécuter une œuvre *«en public»*.

148. *Id.*, p. 419-420 (Lord Cowan).

149. Même si cet extrait particulier n'a pas été retenu par le juge Cameron, on retrouve le même principe dans des extraits qu'il reprend ou dans des arrêts auxquels il nous renvoie.

150. *Performing Right Society Ltd. v. Gilbert Industries Ltd.*, [1943] 1 All E.R. 229 et 413.

Bien sûr l'auditoire, qui assiste privément à une exécution donnée dans la résidence d'un abonné, est un auditoire privé. Pour cette raison, l'abonné n'est pas responsable d'une atteinte au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public. Mais ce n'est pas pour cette exécution privée qu'un câblodistributeur porte atteinte au droit d'auteur. Il viole ce droit parce qu'il vise un auditoire qui n'est pas dans son cercle domestique ou privé.

Or, depuis l'interprétation donnée à la décision du juge Cameron, il se produit un phénomène nouveau: pour vérifier si un câblodistributeur est responsable d'une exécution ou d'une représentation publique, on ne se demande pas s'il exécute ou représente une œuvre à l'extérieur de son cercle domestique ou privé mais si ses multiples abonnés exécutent les œuvres en public en mettant leur téléviseur en marche. Si on suit cette logique, il faudrait donc conclure qu'un câblodistributeur est responsable d'une atteinte au droit d'exécuter chaque fois qu'un de ses abonnés exécute une œuvre en public, fût-il dans sa résidence. Et si, d'aventure, chaque abonné exécute les œuvres en privé, alors le câblodistributeur exécuterait nécessairement les œuvres en privé.

Comment arriver à cette solution? Parce que l'on caractérise l'acte du téléspectateur pour caractériser de la même manière l'acte du câblodistributeur.

Cela dit, il reste vrai qu'un courant doctrinal allégué que la transmission d'une œuvre à des fins domestiques ou privées constitue une exécution en privé. Pour ce faire, on retourne à l'arrêt *Canadian Adm'ral* en l'interprétant comme statuant qu'un câblodistributeur qui transmet une œuvre à ses abonnés est responsable uniquement d'une exécution ou d'une représentation «en privé»<sup>151</sup>. Or, le 5 octobre 1954, dans une décision qui, à notre connaissance, est passée sous silence, la Cour suprême déclare qu'un radiodiffuseur qui communiquait sans autorisation une œuvre au public à des fins domestiques ou privées seulement porte alors atteinte au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre «en public».

151. Voir, par exemple, GENDREAU, op. cit., note 14, p. 410: «It is a retransmission to the public, as opposed to a communication in private, to which liability will attach. It will be up to the courts to define the public character of a telecommunications and thereby to reverse the debate closed by the *Canadian Adm'ral* case, where the Eschequer Court found the radiation to individuals in many separate dwellings retained its private character.»

## 2- L'exécution en public à des fins domestiques ou privées: l'arrêt *Maple Leaf*

Le juge Cameron déclare, le 21 mai 1954 dans *Canadian Adm'ral*, que l'exécution effectuée chez les abonnés résidentiels d'un câblodistributeur est une exécution en privé. On en a déduit que la retransmission d'une œuvre à des fins domestiques ou privées constitue une multitude d'exécutions «en privés», plutôt qu'une exécution «en publics» au sens du paragraphe introductif de l'article 3(1).

Jusqu'en 1988, les câblodistributeurs seront satisfaits. Moins heureux seront les auteurs qui n'ont jamais lu la décision rendue par la Cour suprême le 5 octobre 1954. Nous voulons parler de l'arrêt *Maple Leaf*<sup>152</sup>. Phénomène intéressant, dans ce dossier, la Cour suprême «corrige» le jugement prononcé en première instance par le juge Cameron<sup>153</sup>.

La décision poète, quant à ses principaux motifs, sur l'étendue des pouvoirs conférés à la Commission d'appel du droit d'auteur<sup>154</sup>. Ce n'est qu'incidemment, mais tout de même par implication nécessaire, qu'elle rend directement jugement sur la question qui nous préoccupe actuellement. Il suffit de relire certains extraits de la décision de la Cour suprême pour comprendre pourquoi nous persistons à soutenir que la retransmission «au public» d'œuvres à des fins domestiques ou privées constitue une forme d'exécution «en publics» pour laquelle les câblodistributeurs auraient dû verser des rédevances aux auteurs.

Le juge Cartwright, pour la majorité, débute de la manière suivante:

This is an appeal, brought pursuant to leave granted by my brother Locke, from a judgment of Cameron J. [...] pronounced on the 23rd of February, 1953, declaring that the respondent is the owner of that part of the copyright in a number of musical works which consists of the sole right to perform the same in public throughout Canada, declaring that the appellant has infringed the said copyright, and awarding damages of \$500 and an injunction. [...]<sup>155</sup>

152. Op. cit., note 13. L'amit Mazok, op. cit., note 87, a fourni à la Cour suprême l'occasion d'aborder spécifiquement l'arrêt *Maple Leaf* (voir la note 14).

153. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Limited v. *Maple Leaf Broadcasting Co. Ltd.*, [1953] R.C. de 12-120.

154. Le mode de calcul des redevances concernant les radiodiffuseurs devrait moins éblouir à l'époque où l'affaire *Maple Leaf* se présente devant la Cour suprême.

155. Ce dispositif est dû à la Cour suprême, qui modifie alors le jugement effectivement rendu en première instance par le juge Cameron.

The appellant admitted, for the purposes of the action, that the respondent is the owner of the public performing right in the musical works set out in the Statement of Claim, that the appellant had performed by means of broadcasting the works referred to on the dates alleged in the Statement of Claim and that such broadcasting is a performance in public within the meaning of the Copyright Act.<sup>156</sup>

La Cour suprême annonce qu'elle traite d'un des éléments compris dans le droit d'exécuter une œuvre «en public», soit le droit de radiodiffuser une œuvre.

Et qu'est-ce que ce droit de radiodiffuser une œuvre, lequel serait compris dans le droit d'exécuter une œuvre «en public»? Allons-y avec le juge Rand qui, même s'il est dissident sur la question principale, ne l'est aucunement quant à ce qui suit:

The terms of the license allow any work to be used at any time of the day for any length of time and that the mode of use has become the means of what might be called the unbroken performance of the radio.<sup>157</sup>

Quel est donc ce type de licence restreinte qui permet d'effectuer «en public» une exécution continue des œuvres par la radio?

Le juge Locke, dont le jugement quant à ce qui suit est entériné par la majorité, nous éclaire:

The appellant is the operator of a radio broadcasting station in Hamilton, Ontario, licensed under the Broadcasting Act of Canada and it is admitted that, without the respondent's permission, the appellant, during the month of May, 1952, caused to be broadcast a number of musical works, that part of the copyright in which, which consists of the sole right to perform the same in public in Canada, was the property of the respondent. The action is of the nature of a test action upon which the rights of the respondent against a large number of other broadcasting stations in Canada depend. [..]

156. *Maple Leaf*, op. cit., note 13, p. 626-627.

157. *Id.*, p. 634. Cela nous rappelle ce qu'écrivit Lord Haworth dans *Hawwood's*, op. cit., note 51, p. 136: «The license granted to the British Broadcasting Corporation was limited by certain particular conditions, and it cannot be intended that the defendants themselves received a right to authorize or to give a fresh performance in public.»

This statement contained a number of proposed tariffs relating to the performance of the copyrighted works but, of these, we are, in my opinion, concerned only, with Tariff No. 2 for radio broadcasting, which set forth a schedule of charges to cover the broadcasting for private and domestic use only during the year 1952 as often as desired of all the works for which the respondent had power to grant a performing licence for privately owned broadcasting stations.<sup>158</sup>

Selon le juge Locke, la Cour se prononce sur un élément du droit d'exécuter une œuvre «en public», lequel porte sur «la radiodiffusion destinée à des utilisations privées et domestiques». Ne sommes-nous pas obligés de soutenir qu'une exécution «en public» existe notamment quant à la diffusion d'une œuvre à de multiples utilisateurs qui, considérés individuellement, effectuent une exécution dans un cadre domestique ou privé? Il vaut la peine de poursuivre les propos du juge Locke:

The formal judgment entered in the Exchequer Court reads in part:-

And this Court doth further declare that the defendant has infringed the plaintiff's said copyright in the said musical works by the performance thereof, or by authorizing the performance thereof in public without the consent of the plaintiff and by permitting the premises operated by it to be used for the said performance for the defendant's profit without the consent of the plaintiff.<sup>159</sup>

Si l'on considère que le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre est nécessairement fonction du caractère public de l'exécution ou de la représentation, le juge Cameron n'avait qu'à conclure que le radiodiffuseur était responsable d'une atteinte au droit d'exécuter les œuvres en public, puisque ce dernier transmettait sans autorisation des œuvres au public en général et cela, à des fins domestiques ou privées seulement. Mais, selon la Cour suprême, le juge Cameron juge ultra *petita*.

Le juge Locke, pour les raisons qui suivent, est amené à corriger partiellement le jugement rendu par le juge Cameron:

The appellant objects to that portion of the first quoted clause which follows the word "plaintiff" in the sixth line thereof, on

158. *Id.*, p. 636.

159. *Id.*, p. 643.

the ground that there was no evidence to support that portion of the plaintiff's claim which is pleaded in paragraph 7 of the Statement of Claim and is based upon subsection 3 of section 17 of the Copyright Act. I agree with this contention and would direct that that portion of the judgment at the trial be deleted.<sup>160</sup>

Et comme l'écrit le juge Cartwright pour la majorité, décisivament la décision du juge Cameron, que la Cour suprême (à l'unanimité sur cette question) confirme après y avoir apporté une correction<sup>161</sup>, se lit ainsi:

And this Court doth further declare that the defendant has infringed the plaintiff's said copyright in the said musical works by the performance thereof or by authorizing the performance thereof in public without the consent of the plaintiff.<sup>162</sup>

Pour ceux qui tentent de clarifier pourquoi la Cour suprême a jugé bon de «corriger» le jugement du juge Cameron, nous attirons leur attention sur le fait que les parties ont fait porter le débat, tant en première instance qu'en Cour suprême, sur le tarif n° 2 proposé par la C.A.P.A.C., et que ce tarif concerne seulement les exécutions «en public» visant des utilisations domestiques ou privées. Par conséquent, la question de savoir si le radiodiffuseur viole le droit d'exécuter les œuvres en public en effectuant ou en autorisant une exécution dans des locaux ouverts au public n'a strictement rien à voir avec l'objet du débat et, par conséquent, n'a fait l'objet d'aucune preuve.

160. *Id.*, p. 643-644.

161. *Id.*, p. 632: «Subject only to these variations in the formal judgment [...]».

162. *Id.*, p. 632. Ce qui nous ramène à un jugement de première instance depuis, après correction, la Cour suprême peut maintenant dire: «traduction libre!». Il s'agit d'un appel [...] d'un jugement prononcé le 23 février 1952 par le juge Cameron, déclarant que [la C.A.P.A.C.] est la titulaire de cette partie du droit d'auteur dans certaines œuvres musicales qui consistent dans le droit de les exécuter en public au Canada, déclarant que [la Maple Leaf Broadcasting Co. Ltd.] a violé le droit d'auteur [...]». Notons que le juge Cartwright, alors juge en chef, prend parti à la division de la Cour suprême dans CTV (*op. cit.*, note 12) où, étudiant alors la portée de l'ancien sous-paragraphe 3(1)(b), le juge Pigeon écrit pour la Cour à la page 67B: «It must be noted that in the Convention [de Berne] it is clearly indicated by "au public" and by "radiodiffusion" that public performances or communications only are aimed at. This is consonant with the general definition of "copyright" which, as stated in sub. 1 of s. 3 of the Act, [...] in respect performances, applies only to those that are "in public".»

Le débat étant axé sur l'exécution en public d'une œuvre à des fins domestiques ou privées, on se demande alors pourquoi le juge Cartwright écrit que:

[Traduction libre!] Et cette Cour déclare que [la Maple Leaf Broadcasting Co. Ltd.] a violé le droit d'auteur [de la C.A.P.A.C.] portant sur ses œuvres musicales en raison de leur exécution, ou en autorisant leur exécution en public sans le consentement de [la C.A.P.A.C.] et en permettant que ses locaux soient utilisés pour que soient effectuées lesdites exécutions à son profit et sans le consentement du demandeur.

Émettons une hypothèse. La doctrine dominante a peut-être raison de soutenir que, selon le juge Cameron, le fait de transmettre une œuvre à des fins domestiques ou privées constitue une exécution en privé. Aussi, il est possible que le juge Cameron, qui n'a pas l'avantage de connaître la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Maple Leaf*, considère que la communication d'une œuvre au public à des fins domestiques ou privées seulement constitue de la part d'un radiodiffuseur une exécution «en privé», donc une forme d'exécution qui, selon sa décision dans *Canadian Admira*, serait comprise dans l'ancien sous-paragraphe 3(1)(b). Or, comme les parties discutent constamment du droit d'exécuter une œuvre «en public»<sup>163</sup>, peut-être le juge Cameron pense-t-il que les parties veulent, en plus de discuter du droit prévu à l'ancien sous-paragraphe 3(1)(b), discuter de deux formes d'exécutions «en public» dont se rend responsable le radiodiffuseur: celle, au sens de l'arrêt *Mellor*, que celui-ci autorise en rendant possibles des exécutions «en public» effectuées par des tiers dans leurs locaux accessibles au public, et celle dont il se rend personnellement responsable dans ses locaux accessibles au public.

Mais nous n'émettons qu'une hypothèse et quel que soit le phénomène qui a conduit le juge Cameron à se prononcer comme il l'a fait, il n'en reste pas moins vrai qu'il existe une décision de la Cour suprême qui nous force à admettre que la transmission ou la retransmission d'une œuvre «en public» à des fins domestiques ou privées constitue un des éléments du droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public.

Tant que la Cour suprême ne renversera pas cette jurisprudence, ou encore ne l'appliquera pas en effectuant des distinctions<sup>164</sup>,

163. Remarquons que Samuel Rogers représente l'appelante dans ce dossier. Voir la note 28.

164. Dans l'affaire *Capital Cities*, op. cit., note 66, la Cour suprême a fait état incidentement de l'affaire américaine *Fairtright Corp. v. United Artists*, (1989).

nous ne pouvons pas faire dire au droit d'auteur qu'un message retransmis simultanément à une multitude de téléspectateurs est un message retransmis en privé. Nous préférions encore croire qu'une portée indue a été donnée à l'arrêt *Canadian Admiral*, et qu'un câblodistributeur «radiodiffuse à ses nombreux abonnés»<sup>165</sup> et que ses «signaux transmettent des émissions qui parviennent en définitive aux téléspectateurs»<sup>166</sup>.

L'extrait qui suit du juge McCardie résume d'ailleurs très bien notre pensée (en adaptant cet extrait du point de vue de l'exécution effectuée par un câblodistributeur qui communique une œuvre à des fins domestiques ou privées, plutôt que du point de vue de l'exécution aux mêmes fins effectuée par un télédiffuseur):

[TRADUCTION] À mon avis, toutefois, l'action de la défenderesse constitue une exécution publique. Au lieu de rassembler le public dans une vaste salle, elle a provoqué le mouvement de certaines vagues dans l'éther, sachant que des millions d'appareils dans des maisons et des appartements étaient synchro-

<sup>165</sup> 302 U.S. 309. (En raison de la façon dont le juge Strayer affirme la notion d'exécution dans *Canadian Cable*, cette affaire américaine semble lui avoir été soumise. Si tel est le cas, nous estimons que le juge Strayer en rejette les conclusions.) Malheureusement, la question soumise à la Cour suprême, dans *Capitol Cities*, n'a pas été abordée sous l'angle du droit d'auteur. Voir la note 176. Quant qu'il en soit, il reste intéressant de prendre connaissance des pages 126 et 136 de l'opinion du juge Pigeon pour la majorité. Tres sénior, voici l'opinion du juge GAUDREAU, relativement à l'affaire *Fortnightly Corp. vs La télédiffusion*, (1970) 39 R.L.D.A. 87, à la page 125: «Les entreprises horizontales doivent s'appuyer en fonction des hommes et des relations qui se créent entre eux et non par référence aux gadgets techniques qui, au temps, servent la réalisation de leurs desseins.

S'ils étaient partis de telles prémisses, les juges ministériels n'auraient pas tiré dans la boîte technique des armoires à l'occasion de développements dignes d'une revue de vulgarisation scientifique, pour, à la sortie de ce domaine qui n'était pas le leur, déposséder tout un peuple d'auteurs en laissant impunément leurs œuvres invader de vastes territoires, puis, frappés d'effroi, demander aide et assistance au législateur pour mettre fin au malheur qu'ils avaient créé.

Une appréhension humanitaire de la notion de représentation, substituée à une recherche technique d'éléments matériels, leur aurait permis d'aboutir à une solution satisfaisante.

<sup>165</sup> Capitol Cities, *et al.*, p. 184 (le juge Pigeon). [Enfin, le phénomène voulait que, selon nous, les câblodistributeurs étaient visés spécifiquement par l'ancien sous-paragraphe 3(1)(a), du moins si nous interprétions «radiodiffusant au sens du droit concernant des radiocommunications, où les câblodistributeurs sont des entreprises de réception de radiodiffusion». Voir dans ce sens l'opinion du professeur KASHIAN, à la note 85. Évidemment, cela ne change rien au fait que les câblodistributeurs étaient, d'après nous, visés par le paragraphe introductif de l'article 3(1).

<sup>166</sup> *Id.*, p. 162 (le juge en chef Lankin).

nissés à ces vagues, avec la connaissance et l'intention aussi que la représentation sonore de l'opéra serait ainsi offerte à une foule d'auditeurs. Si je ne qualifiais cela d'exécution publique par la défenderesse, je ne reconnaîtrais pas la substance et la réalité de la question et j'ignorerais également le but et l'intention de la Copyright Act.<sup>167</sup>

C'est pourquoi, sous réserve de l'article 6(2) (l'ancien article 50(7)) et des exceptions apportées à la loi en 1988, nous croyons retrouver dans la jurisprudence tous les éléments qui permettent de conclure que: 1- conformément à ce que décide le juge Cameron, l'abonné résidentiel n'est pas responsable d'une exécution publique quand il exécute une œuvre dans son cercle domestique ou privé et, concernant cette exécution privée, le câblodistributeur n'encourt aucune responsabilité du point de vue du droit d'auteur; 2- cependant, conformément à l'arrêt *Mapple Leaf*, indépendamment de l'exécution privée qu'effectue l'abonné, le câblodistributeur porte atteinte au droit d'exécuter une œuvre en public quand, sans autorisation, il permet l'exécution d'une œuvre à l'extérieur de son cercle domestique ou privé; 3- le câblodistributeur, conformément à ce que décide le juge Cameron, porte une deuxième fois atteinte au droit d'exécuter une œuvre en public quand il exécute sans autorisation une œuvre dans sa salle de montre; et, nous pouvons rajouter, suivant en cela les conclusions du juge Strayer dans l'arrêt *Canadian Cable*, ou celles de la Cour d'appel d'Ontario dans l'arrêt *Broadcasting*; 4- le câblodistributeur porte une troisième fois atteinte au droit d'exécuter une œuvre en public quand, sans y être habilité par le titulaire du droit d'auteur, il autorise personnellement une exécution en public effectuée par ses abonnés.

#### Conclusion

L'arrêt *Canadian Admiral* a suscité une pratique voulant que la communication d'une œuvre au public à des fins domestiques ou privées corresponde ni plus ni moins à une exécution en privé. Et

<sup>167</sup> Tiré de *Canadian Cable*, *en cit.*, note 11, p. 19. Dans l'arrêt *Rosemond's Tap*, *cit.*, note 51, Lord Haworth fait bien cet extrait dans le cas d'un hôtelier qui capte le message d'un radiodiffuseur et le retransmet à sa clientèle. Il écrit à la page 135: «[t]he [le juge McCardie] was dealing there, of course, with the Broadcasting Company itself, but the words that he used are applicable to the acts done in this case which had the effect of incorporating into the audience a large body of persons who would have been reached without them.» rappelons que Lord Haworth et le juge McCardie discutent uniquement du droit d'exécuter une œuvre en publics, ce qui ne les empêche pas de parler d'exécutions qu'à la maison.

même si on considérait qu'un radiodiffuseur, à la différence d'un câblodistributeur, était visé par l'ancien sous-paragraphe 3(1)(f) et qu'il devait, pour ce seul motif, verser des redevances aux auteurs<sup>168</sup>, il n'en reste pas moins qu'on considérait qu'un radiodiffuseur exécutait une œuvre «en privé» lorsqu'il radiodifusait une œuvre à des fins domestiques ou privées.

Or, nous voilà au terme d'une démonstration par laquelle nous avons voulu montrer que la portée de l'arrêt *Canadian Admiral* est limitée compte tenu de la jurisprudence qui lui était antérieure. Nous avions également voulu montrer que, quelques mois après le prononcé du jugement dans l'affaire *Canadian Admiral*, la Cour suprême nous laisse comprendre qu'on ne peut interpréter l'arrêt de la Cour de l'Échiquier comme on l'a fait. Et, alors que la Cour suprême dit clairement qu'une personne porte atteinte au droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public quand elle transmet une œuvre sans autorisation à des fins domestiques ou privées, en pratique<sup>169</sup>

<sup>168</sup> Voir, par exemple, Canadian Cable Television Association, «Cable and Passive Retransmission: The Case against Double Jeopardy», *op. cit.*, note 35, aux pages 13-14: «There are two basic aspects to the scope of protection. They are the exclusive right to (1) make a copy or copies of the work or a substantial part of it in material form, and (2) perform the work or a substantial part of it in public ("the performing right"). Users cannot perfectly free to make copies of, or to publicly perform, parts of the work that are not "substantial", and to retransmit the complete work so long as it is not done "in public".

The Copyright Act also confers certain other exclusive rights on copyright owners, the relevant one for present purposes being the exclusive right to communicate the work "by cable retransmission" (section 31(3)).

How do these rights affect the operation of a cable television system? So far as the simultaneous retransmission of broadcast signals is concerned no hard copy is made by the cable system; the transmission to subscribers is not a "public performance" (although a subscriber could be liable for publicly performing the work if he displays it in a manner not limited to private or domestic viewing); and since the transmission is by cable it is not "radio retransmission". Accordingly there is no copyright liability for cable retransmission in Canada, and there has been none since the industry began.

A broadcaster, on the other hand, makes signals available to the general public via over-the-air radio communication. He must obtain the consent of the owners of such copyright as might exist in any program material he proposes to use.»

<sup>169</sup> À notre connaissance, aucun tribunal n'a encadré cette pratique. Bien sûr, il est arrivé que des tribunaux aient fait mention du droit de «radiocommunication» pour justifier le droit d'une société de gestion du droit d'exécution sur les œuvres musicales ou dramatiques-musicale radiodiffusées au Canada. Eh, en ce faisant, ils ne faisaient pas directement référence au fait qu'ils traitaient d'une radiocommunication publique. Voir, par exemple, la décision de première instance dans *Composers, Authors & Publishers Assoc. of Can. Ltd. v. KVOAS Inc.*, (1982) 22 F.C.P.T. C. 127, 128. Mais faut-il nous entendre que la radio-communication dont il est ici question est nécessairement une radiocommunication en privé? En effet de cette décision, le juge Martland, pour la Cour suprême, ne fait aucune allusion au phénomène violent qu'un radiodiffuseur exécute une œuvre en

les auteurs continuent depuis l'arrêt *Canadian Admiral* à croire qu'ils communiquent leurs œuvres «en privé» quand ils s'adressent à des téléspectateurs.

Pourtant, aux auteurs qui se plaignaient du fait que les câblodistributeurs ne versaient aucune redevance, on rétorquait qu'il n'y avait rien à faire depuis l'arrêt *Canadian Admiral*. Nous avons déjà signalé un extrait du rapport fondamental déposé par les ministres Judy Erola et Francis Fox<sup>170</sup>. Toutefois, en 1968, la Cour suprême, dans l'affaire CTV, a eu l'occasion de souligner que du point de vue du droit d'auteur ce n'est pas le mode de communication de l'œuvre qui importe. C'est plutôt la destination de l'œuvre qu'il faut considérer. Mais cela, on pouvait déjà le comprendre de décisions antérieures<sup>171</sup> à l'arrêt *Canadian Admiral*, donc de décisions datant d'une époque où les modes de retransmission étaient moins sophistiqués qu'aujourd'hui, pour reprendre l'expression utilisée dans ce rapport ministériel.

grise. Tout au contraire. Partout, dans son jugement, il suggère que l'exécution est placée à caractère public. Voir, par exemple, C.A.P.A.C. v. International Gold Music, Inc., (1990) 1 R.C.S. 126, aux pages 137-138 et 144. La Cour ne qualifie pas avec précision la forme d'exécution dont il s'agit. Chose certaine, il s'agit d'une exécution au sens du droit d'auteur. Peut-on dire que la Cour fait toutefois référence au droit portant sur un type d'exécution en privé décrit dans l'arrêt *Canadian Admiral*? Chose certaine, avant l'arrêt *Canadian Admiral*, donc avant que l'on développe une pratique violente qu'un radiodiffuseur exécute une œuvre «en privé» quand il la vise le général public, on décrivait toujours une société collective de gestion du droit d'exécution comme une société titulaire du droit d'exécuter une œuvre en public. (Par exemple, voir les notes 78 et 93. Voir aussi *Musk*, *op. cit.*, note 87, p. 184-9. *Kerrison*, *op. cit.*, note 52, p. 116.) Peut-il y a eu l'arrêt *Canadian Admiral*?

Et sans parler attention à l'arrêt *Maple Leaf* (le juge Cartwright qualifie ainsi la C.A.P.A.C. *op. cit.*, note 13, p. 626, «...is the owner of that part of the copyright in a number of musical works which consists of the sole right to perform the same in public throughout Canada [...]»), une nouvelle pratique prend forme. Dorénavant, on qualifie une société de gestion collective comme une société au sens de l'article 97(1) de la loi (ce qui n'est pas une mauvaise qualification). Voir, par exemple, l'arrêt CTV, *op. cit.*, note 12, p. 479. Voir aussi l'arrêt *Bishop*, *op. cit.*, note 10, p. 476. D'où on en viene la conclusion que, par exemple, dans l'affaire Bishop la Cour suprême considère qu'il existe deux types de droits d'exécution distincts, dont un portant spécifiquement sur une exécution «en privé» effectuée par un radiodiffuseur? Quisque cette question spécifique ne soit pas soumise à la Cour, nous devrons traiter dans sa décision des indices qui portent à croire qu'elle traite toujours d'une exécution publique (même dans l'affaire CTV) relativement à la retransmission effectuée par les sociétés affiliées à CTV. Voir, par exemple, aux pages 473 et 474. Un extrait de cette décision, rapporté à la note 77, semble d'ailleurs supporter cette interprétation.

<sup>170</sup> Gouvernement du Canada, *loc. cit.*, note 18, p. 85.

<sup>171</sup> Voir, par exemple, les notes 98 et 101.

N'est-il pas étrange qu'un gouvernement soumette à la Chambre des Communes des modifications à une loi sans s'inquiéter de l'effet des décisions judiciaires sur l'interprétation des nouvelles dispositions adoptées en 1988? Quel cas a-t-on fait de la méthode d'analyse décrite par la jurisprudence? Quel cas a-t-on fait de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Maple Leaf*? Et, alors qu'on prétend créer un droit sur la câblodistribution des œuvres, quel cas a-t-on fait de l'affaire *Broadcasting*, tant devant la Cour d'appel d'Ontario que devant le Conseil privé, et de l'arrêt *CTV*, un jugement dont on apprend, sous la plume de celui qui l'a écrit pour la Cour suprême, qu'il traite de la câblodistribution?<sup>172</sup>

En toute hypothèse, comme le démontre le juge Strayer qui nous renvoie à l'arrêt *CTV*, il est évident que les tribunaux retourneront, au prix d'un processus judiciaire long et coûteux<sup>173</sup>, aux décisions judiciaires pertinentes pour interpréter les nouvelles dispositions relatives à la retransmission des œuvres.

Cela nous amène à une question d'ordre épistémologique. Qui donc avait intérêt à contester les conclusions de l'arrêt *Canadian Admiral*? Évidemment, seuls les auteurs jusqu'en 1977. Après cette date, les radiodiffuseurs américains viendront «formellement» appuyer les auteurs. Et il suffira de dix années pour que le législateur modifie la loi.

Ni le radiodiffuseur qui a, selon certaines apparences, perdu dans *Canadian Admiral*, ni le câblodistributeur qui a, selon certaines apparences, gagné le procès, n'a porté le dossier en appel. Faut-il s'en surprise? Absolument pas, pour une raison que nous croyons en revoir. Dans son jugement, le juge Cameron fait notamment ressortir que le câblodistributeur retransmet l'ensemble des films et des messages commerciaux du radiodiffuseur sans rien en re-

172. Capital Cities, op. cit., note 65, p. 185: «[c]ertaines conséquences juridiques de la transmission d'émissions de télévision par câbles canadiens ont été examinées, du point de vue de la législation sur le droit d'auteur, dans deux affaires qui sont venues en même temps devant les tribunaux, l'une devant cette Cour, l'autre devant la Cour suprême des États-Unis. Devant cette Cour, il s'agissait de l'Association des compagnies canadiennes et étrangères de télévision Ltd v. CTV Television Network Ltd [1968] R.C.R. 676].»

173. A l'heure où nous dévoilons ces lignes, le processus judiciaire a déjà donné lieu à deux décisions suivantes: *CTV Television Network Ltd v. Copyright Board*, (1990) 30 C.P.R. (3d) 202 (C.F.J.) (un appel a été interjeté); *Canadian Cable*, op. cit., note 11; *La PWS-Joint Sports Committee v. La Commission du droit d'auteur*, (1991) 81 D.L.R. (4th) 413 (C.A.F.J.) (une demande d'autorisation d'appel a été présentée à la Cour suprême); *Association canadienne de télévision par câble v. American College Sports Collective of Canada Inc.*, (1991) 83 D.L.R. (4th) 376 (C.A.F.J.).

trancher. Qu'importe alors les droits d'auteur puisque le radiodiffuseur peut prendre pour acquis que le câblodistributeur va continuer à retransmettre intégralement ses programmes. Et comme le câblodistributeur accroît l'auditoire du radiodiffuseur, ce dernier n'aura qu'à exiger des sommes plus importantes de la part des annonceurs. De leur côté, les annonceurs les plus importants n'auront rien à redire puisqu'ils savent que leurs messages vont rejoindre un plus vaste auditoire. Les auteurs sont alors les seuls à souffrir directement de la situation.<sup>174</sup>

Les choses changent à compter de 1977. C'est ce qui ressort d'une décision de la Cour suprême où, à la majorité, la Cour entérine une nouvelle politique du C.R.T.C. qui autorise les câblodistributeurs canadiens à supprimer des messages commerciaux quant aux émissions diffusées par les radiodiffuseurs américains.<sup>175</sup>

En 1988, la *Loi sur le droit d'auteur* est supposément modifiée par l'adjonction d'un «nouveau» droit de retransmission. Or, l'article 28.01(2) de la loi, qui vise spécifiquement les câblodistributeurs, dispose que:

Ne constitue pas une violation du droit d'auteur<sup>176</sup> la communication au public, par télécommunication, d'une œuvre,

174. Voir Gouvernement du Canada, loc. cit., note 10, p. 95.

175. Capital Cities, op. cit., note 65, p. 25 (le juge en chef Laskier): «...[les opérateurs des télédiffuseurs] ne se plaignent pas de la réception libre et intégrale de leurs émissions par des postes de télévision canadiens, et, bien entendu, comme dirait leur avocat, «ne rejouissent tant que leurs émissions sont captées intégralement, y compris les messages publicitaires», mais par contre elles se plaignent de la suppression de messages publicitaires par les systèmes de câblodistribution qui recevront les émissions et les transmettent à leurs abonnés. Certaines considérations économiques sont donc à l'origine de la question constitutionnelle». En plus de la p. 186 de juge Pigeot: «Je n'attache aucune importance au fait que jusqu'à une station de télévision ne soit pliante de ce qu'un exploitant de STAC retransmet ses émissions sans y être autorisé. Il est évident que lorsque l'ensemble des émissions d'une station est transmis par un exploitant de STAC, elle ne subit aucun préjudice, mais bien au contraire, à son avantage. Toutefois la situation est radicalement différente lorsque, au lieu de distribuer aux abonnés les émissions telles qu'elles sont reçues, on en supprime les messages publicitaires pour y substituer d'autres messages. Ce faisant, l'exploitant du STAC, comme je l'ai déjà fait remarquer, au lieu de permettre à la station de radiodiffusion de conserver la valeur commerciale de ses émissions, s'approprie cette valeur commerciale à son bénéfice ou à celui de tiers.»

176. Alors que l'on parle du «nouveau» droit de retransmission, la disposition qui met en place tout le système délivré par un moyen qui parle la voie à une exception au droit d'auteur. (Surprenant nouveau droit que celui qui serait créé à partir d'une exception à la règle!) Pour respecter la logique imposée par la structure de la loi, il paraît d'ailleurs sûrement再加上 approprié d'insérer cette disposition à l'article 27.02 consacré aux exceptions à la loi.

lorsqu'elle consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas, celle-ci étant licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, que le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, intégralement et simultanément et que, dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les droits et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi.

Que doivent faire les ciblodistributeurs pour minimiser les redevances qu'ils versent aux radiodiffuseurs et aux auteurs? Il leur suffit de retrancher au minimum les messages commerciaux transmis par les radiodiffuseurs. Et comme les radiodiffuseurs américains émettent, nous semblaient-il, toujours un signal éloigné, ce sont eux qui profitent le plus du nouveau régime qui, selon nous, restreint des droits d'auteur que l'on pouvait encore croire énoncés dans la loi 1988<sup>177</sup>.

Pendant ce temps, qu'apporte ce prétendu nouveau droit de retransmission, tant souhaité par des auteurs convaincus qu'il fallait apporter des corrections à la loi pour l'obtenir?

Voici, pour l'année 1990 (et pour l'année 1991), les pourcentages selon lesquels la Commission du droit d'auteur a décidé de répartir les redevances que doivent verser les ciblodistributeurs quant au «nouveau» droit de retransmission concernant la télévision<sup>178</sup>:

- SIPDAC: 57,09% (la Société de perception du droit d'auteur du Canada regroupe l'ensemble des producteurs américains de films et de télévision, sauf ceux visés par PBS);
- SCR: 12,81% (la Société collective de retransmission du Canada regroupe des intérêts liés à la programmation de PBS et de TV Ontario ainsi que des propriétaires de films et d'émissions de télévision produits à l'extérieur des États-Unis);
- ADRC: 11,75% (l'Association du droit de retransmission canadien regroupe CBC/Radio-Canada, Radio-Québec, ABC, CBS, et NBC);
- ADHRC: 5,81% (l'Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc. regroupe les réseaux CTV, TVA et Quatre Saisons, ainsi que certaines sociétés privées affiliées à CBC et Radio-Canada);

177. Retrouveraient, on pourrait soutenir que si les ciblodistributeurs n'avaient pas porté atteinte aux intérêts économiques des radiodiffuseurs américains, ils n'auraient peut-être rien à leur verser.

178. *Gaz. Can.*, L supplément, 6 octobre 1990.

- MLB: 3,59% (Major League Baseball Collective of Canada Inc.);
- BBC: 2,94% (la Border Broadcasters' Collective, Seattle, Washington regroupe des sociétés commerciales américaines);
- FWS: 2,71% (la FWS Joint Sports Claimants regroupe les principales ligues sportives professionnelles opérant au Canada et aux États-Unis);

et, au dernier rang des pourcentages établis en 1990, les seuls auteurs expressément visés sont les auteurs-compositeurs d'œuvres musicales:

- CAPAC: 1,98% (l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada limitée, maintenant la SOCAN, en plus de gérer les œuvres d'auteurs-compositeurs canadiens, gère un répertoire d'œuvres musicales comprenant des œuvres étrangères);
- SODE: 1,32% (la Société de droits d'exécution du Canada limitée, maintenant la SOCAN).

Comme «[il]le développement d'une culture proprement canadienne dépend dans une large mesure de la protection accordée aux auteurs par la loi»<sup>179</sup>, il faudrait maintenant étudier les résultats «pratiques» de ce nouveau «droit» à l'égard d'une culture...

179. Gouvernement du Canada, *loc. cit.*, note 16, p. 102.