

A-391-06
2008 FCA 6

A-391-06
2008 CAF 6

Canadian Wireless Telecommunications Association, Bell Mobility Inc. and Telus Communications Company
(Applicants)

Association canadienne des télécommunications sans fil, Bell Mobilité Inc. et Telus Communications Company
(demandereses)

v.

c.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada
(Respondent)

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
(défenderesse)

INDEXED AS: CANADIAN WIRELESS TELECOMMUNICATIONS ASSN. v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : ASSOC. CANADIENNE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS SANS FIL c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Sexton, Sharlow and Ryer JJ.A.—Toronto, October 22, 2007; Ottawa, January 9, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Sexton, Sharlow et Ryer, J.C.A.—Toronto, 22 octobre 2007; Ottawa, 9 janvier 2008.

Copyright — Judicial review of Copyright Board of Canada's decision authorizing collection of royalties on wireless transmission of ringtones on basis such transmissions falling within Copyright Act, s. 3(1)(f) (providing copyright in relation to work including right to communicate work to public by telecommunication) — Wireless transmission of ringtone (digital audio file) to cellphone "communication", i.e. passing of information from one person to another — That communication made to "the public" even though customers responding to offer, receiving wireless transmission one by one — Series of transmissions of same musical work to numerous different recipients communication to the public if recipients comprising public or significant portion of public — Application dismissed.

Droit d'auteur — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur du Canada a autorisé la cueillette de redevances pour la transmission sans fil de sonneries au motif que ces transmissions sont visées par l'art. 3(1)f) de la Loi sur le droit d'auteur (qui précise que le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre) — La transmission sans fil de sonneries (un fichier audionumérique) à des cellulaires constitue une « communication », c.-à-d. la transmission d'informations d'une personne à une autre — Il s'agit d'une communication « au public » même si les clients répondent à l'offre un par un et qu'ils reçoivent un par un la transmission sans fil — Une série de transmissions de la même œuvre musicale à un grand nombre de destinataires différents peut constituer une communication au public si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of a decision of the Copyright Board of Canada certifying a statement of royalties authorizing the respondent to collect royalties on the wireless transmission of ringtones (a digital audio file) from wireless carriers to cellphones at the request of cellphone owners, upon payment of a fee. The Board held that such transmissions were communications falling within paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act*, which provides that copyright in relation to a work includes the sole right to communicate the work to the public by telecommunication.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur du Canada a homologué le tarif de redevances autorisant la défenderesse à percevoir des redevances pour la transmission sans fil de sonneries (un fichier audionumérique) par des entreprises de télécommunications sans fil à des téléphones cellulaires à la demande des propriétaires de téléphones cellulaires, sur paiement de certains frais. La Commission a estimé que ces transmissions constituaient des communications au sens de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui précise que le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre.

Held, the application should be dismissed

The Board correctly concluded that the transmission of a musical ringtone is the final step in a communication to the public by telecommunication and as such falls within the scope of paragraph 3(1)(f) of the Act. The Board's conclusion was consistent with the language of that provision and its context. The word "communication" connotes the passing of information from one person to another. A musical ringtone is information in the form of a digital audio file that is capable of being communicated. The wireless transmission of a musical ringtone to a cellphone is thus a communication, whether the owner of the cellphone accesses it immediately in order to hear the music, or at some later time. That the technology used for the transmission of the ringtone does not permit the cellphone owner to listen to the music during the transmission does not mean that there is no communication. It is the receipt of a wireless transmission that completes the communication.

This communication is "to the public." The fact that the customers respond to the offer one by one, and receive copies of the ringtones by wireless transmission one by one, does not change this. A series of transmissions of the same musical work to numerous different recipients may be a communication to the public if the recipients together comprise a group that may fairly be described as the public, or a significant segment thereof. That the ringtones are offered to the public, or to a significant portion of the public, supplies the requisite degree of "openness."

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1988, c. 65.
Copyright Act, R.S.C. 1952, c. 55, ss. 2(p) "musical work", (q) "performance", 3(1)(f).
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 "musical work" (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 53), "telecommunication" (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 61), 3(1)(f) (as am. *idem*, s. 62; 1997, c. 24, s. 3).
Copyright Amendment Act, 1931 (The), S.C. 1931, c. 8, s. 3.
Free Trade Agreement between Canada and the United States of America, S.C. 1988, c. 65, Schedule, Part A.
Rome Copyright Convention, 1928, S.C. 1931, c. 8, Schedule A, Art. 11 bis.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, [2004] 2

Arrêt : la demande doit être rejetée.

La Commission a eu raison de conclure que la transmission d'une sonnerie musicale constitue l'étape finale dans la communication au public par télécommunication et, en tant que telle, tombe sous le coup de l'alinéa 3(1)f) de la Loi. La conclusion de la Commission était compatible avec le libellé de cette disposition et avec son contexte. Le terme « communication » s'entend de la transmission d'informations d'une personne à une autre. Une sonnerie musicale est une information présentée sous forme d'un fichier audionumérique apte à être communiqué. La transmission sans fil d'une sonnerie musicale à un téléphone cellulaire constitue donc une communication, que le propriétaire du cellulaire y accède immédiatement, pour écouter la musique, ou plus tard. Le fait que la technologie employée pour la transmission de la sonnerie ne permet pas au propriétaire du cellulaire d'écouter la musique au cours de la transmission ne signifie pas qu'il n'y a pas de communication. C'est la réception de la transmission qui complète la communication.

Il s'agit d'une communication « au public ». Le fait que les clients répondent à l'offre un par un et qu'ils reçoivent un par un la copie des sonneries par transmission sans fil ne change pas cela. Une série de transmissions de la même œuvre musicale à un grand nombre de destinataires différents peut constituer une communication au public si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public. Le fait que les sonneries soient offertes au public, ou à un segment important du public, assure le degré requis d'« ouverture ».

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, L.C. 1988, ch. 65, annexe, partie A.
Convention de Rome sur le droit d'auteur, 1928, S.C. 1931, ch. 8, annexe A, Art. 11 bis.
Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis, L.C. 1988, ch. 65.
Loi modificative du droit d'auteur, 1931, S.C. 1931, ch. 8, art. 3.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « œuvre musicale » (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 53), « télécommunication » (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 61), 3(1)f) (mod., *idem*, art. 62; L.C. 1997, ch. 24, art. 3).
Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1952, ch. 55, art. 2p) « œuvre musicale », q) « représentation » ou « exécution » ou « audition », 3(1)f).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet,

S.C.R. 427; (2004), 240 D.L.R. (4th) 193; 32 C.P.R. (4th) 1; 322 N.R. 306; 2004 SCC 45; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, [1968] S.C.R. 676; (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; 55 C.P.R. 132; 38 Fox Pat C. 108; affg [1966] Ex. C.R. 872; (1966), 57 D.L.R. (2d) 5; 48 C.P.R. 246; *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115; (1993), 99 D.L.R. (4th) 216; 46 C.P.R. (3d) 343; 149 N.R. 363 (C.A.); *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 138; (1993), 46 C.P.R. (3d) 359; 151 N.R. 59 (C.A.); *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339; (2004), 236 D.L.R. (4th) 395; 30 C.P.R. (4th) 1; 317 N.R. 107; 2004 SCC 13; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2002] 4 F.C. 213; (2002), 212 D.L.R. (4th) 385; 18 C.P.R. (4th) 161; 289 N.R. 1; 2002 FCA 187.

REFERRED TO:

Bishop v. Stevens, [1990] 2 S.C.R. 467; (1990), 72 D.L.R. (4th) 97; 31 C.P.R. (3d) 394; 111 N.R. 376.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Copyright Board of Canada (*SOCAN Statement of Royalties, Ringtones (2003-2005) (Tariff No. 24) (RE)* (2006), 52 C.P.R. (4th) 375 (C. Bd.)) authorizing the respondent to collect royalties on the wireless transmission of ringtones from cellphone carriers to cellphone users. Application dismissed.

APPEARANCES:

Thomas G. Heintzman, Q.C., Barry B. Sookman and Daniel G. C. Glover for applicants.
Gilles M. Daigle and C. Paul Spurgeon for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for applicants.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, and
Legal Services & General Counsel, SOCAN, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: On August 18, 2006, the Copyright Board of Canada certified a statement of royalties

[2004] 2 R.C.S. 427; 2004 CSC 45; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, [1968] R.C.S. 676; confirmant [1966] R.C.É. 872; *Réseau de télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.); *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.); *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339; 2004 CSC 13; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2002] 4 C.F. 213; 2002 CAF 187.

DÉCISION CITÉE :

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

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*SOCAN Tarif 24 — Sonneries (2003 - 2005)*). Commission du droit d'auteur du Canada, motifs de la décision en date du 18-8-2006 autorisant la défenderesse à percevoir des redevances pour la transmission sans fil de sonneries par des entreprises de télécommunications sans fil à des téléphones cellulaires. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Thomas G. Heintzman, c.r., Barry B. Sookman et Daniel G. C. Glover pour les demandereses.
Gilles M. Daigle et C. Paul Spurgeon pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les demandereses.
Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., Ottawa, et *Services juridiques et du contentieux, SOCAN*, Toronto, pour la défenderesse.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Le 18 août 2006, la Commission du droit d'auteur du Canada a homologué

entitled *Re SOCAN Statement of Royalties, Ringtones (2003-2005) (Tariff No. 24)* (2006), 52 C.P.R. (4th) 375. Tariff 24 authorizes the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) to collect royalties on the wireless transmission of ringtones from wireless carriers to cellphones at the request of cellphone owners. Canadian Wireless Telecommunications Association and two of its members, Bell Mobility Inc. and Telus Communications Company, seek judicial review of that decision on the basis that Tariff 24 is not authorized by the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42.

Decision of the Copyright Board

[2] In certifying Tariff 24, the Copyright Board relied on paragraph 3(1)(f) [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1997, c. 24, s. 3] of the *Copyright Act*, which reads in relevant part as follows (my emphasis):

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

...

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

...

and to authorize any such acts.

[3] The terms “musical work” [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 53] and “telecommunication” [as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 61] are defined as follows [at section 2]:

2. . . .

“musical work” means any work of music or musical composition, with or without words, and includes any compilation thereof.

...

le tarif de redevances intitulé *SOCAN Tarif 24 – Sonneries (2003-2005)*. Le tarif 24 autorise la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN) à percevoir des redevances pour la transmission sans fil de sonneries par des entreprises de télécommunications sans fil à des téléphones cellulaires à la demande des propriétaires de téléphones cellulaires. L’Association canadienne des télécommunications sans fil et deux de ses membres, Bell Mobilité Inc. et Telus Communications Company, demandent le contrôle judiciaire de cette décision au motif que le tarif 24 n’est pas autorisé par la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.

Décision de la Commission du droit d’auteur

[2] Pour homologuer le tarif 24, la Commission du droit d’auteur s’est fondée sur l’alinéa 3(1)f) [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1997, ch. 24, art. 3] de la *Loi sur le droit d’auteur*, dont voici les dispositions pertinentes (non souligné dans l’original) :

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

[. . .]

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

[. . .]

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes.

[3] Les termes « œuvre musicale » [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 53] et « télécommunication » [édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 61] sont définis comme suit [à l’article 2] :

2. [. . .]

« œuvre musicale » Toute œuvre ou toute composition musicale — avec ou sans paroles — et toute compilation de celles-ci.

[. . .]

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

[4] The Copyright Board held that the transmission of a musical ringtone to a cellphone in the circumstances stated in Tariff 24 is a communication falling within paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act*.

Standard of Review

[5] The issue in this application is the interpretation of paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act*. The parties agree that the standard of review is correctness. I agree as well; see *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, at paragraphs 48-50 [SOCAN].

Facts

[6] The facts are undisputed. They are well and fully stated in the Board’s decision. For the purposes of this application, only a summary is necessary.

[7] A ringtone is a digital audio file that may be stored in the memory of a cellphone and programmed to signal an incoming call. A ringtone may be any kind of sound, including music. A musical ringtone may be synthesized music, either monophonic (one note at a time) or polyphonic (up to 16 notes at a time). A ringtone may also be an excerpt or clip taken from an original sound recording of a musical work.

[8] A cellphone is normally sold with one or more ringtones loaded in the cellphone memory. The customer may purchase additional ringtones and add them to the cellphone memory. By means of various promotional devices, wireless carriers invite their customers to purchase ringtones by ordering them from the wireless carrier’s Web site.

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

[4] La Commission du droit d’auteur a estimé que la transmission d’une sonnerie musicale à un téléphone cellulaire dans les conditions prévues au tarif 24 constituait une communication au sens de l’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*.

Norme de contrôle

[5] La question en litige dans la présente demande porte sur l’interprétation de l’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Je suis du même avis (voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, aux paragraphes 48 à 50 [l’arrêt SOCAN]).

Les faits

[6] Les faits ne sont pas contestés. Ils sont bien relatés dans la décision de la Commission, qui les a exposés en détail. Pour les besoins de la présente demande, il suffit de les résumer.

[7] Une sonnerie est un fichier audio numérique qui peut être emmagasiné dans la mémoire d’un téléphone cellulaire et être programmé de manière à signaler à l’abonné qu’on cherche à le joindre. Par sonnerie, on entend tout effet sonore, y compris de la musique. Une sonnerie musicale peut être composée de musique synthétisée, laquelle peut être monophonique (une note à la fois) ou polyphonique (jusqu’à 16 notes à la fois). Une sonnerie peut également être constituée d’un extrait ou d’une séquence de l’enregistrement sonore original d’une œuvre musicale.

[8] Normalement, un téléphone cellulaire est vendu avec une ou plusieurs sonneries déjà emmagasinées dans sa mémoire. Le client peut acheter des sonneries supplémentaires et les ajouter à la mémoire de son téléphone cellulaire. Au moyen de divers outils promotionnels, les entreprises de télécommunications sans fil invitent leurs clients à acheter des sonneries en les commandant sur leur site Web.

[9] There are two methods by which ringtones are sold and distributed to customers from the Web site of a wireless carrier. One is by means of a “wireless application protocol” or “WAP”. The customer uses the cellphone to access and browse a digital catalogue maintained by the wireless carrier containing descriptions of ringtones. The customer sends a message to the wireless carrier identifying the chosen ringtone. For a fee, the wireless carrier transmits the chosen ringtone to the customer’s cellphone, where it is immediately stored in the cellphone memory. Approximately 80% of ringtones are purchased this way.

[10] The other method uses a “short messaging service” or “SMS”. A customer uses a computer to access and browse the ringtone catalogue on the Web site of the wireless carrier. The customer either reads a description of the ringtone or has the ringtone played. The subscriber then sends a message to the wireless carrier identifying the chosen ringtone. For a fee, the wireless carrier transmits a message to the customer’s cellphone with the copy of the chosen ringtone file as an attachment, which is then saved in the cellphone memory.

[11] Either method of acquiring a ringtone for a cellphone involves a transmission of the digital audio file from the wireless carrier to the customer’s cellphone, upon payment of a fee. Once the file is stored in the cellphone memory, the customer can access the file to play the ringtone or to use the ringtone as a signal for incoming calls. Neither of the transmission methods described permits the ringtone to be played or heard simultaneously with the transmission.

[12] Wireless carriers could use other ways of delivering ringtones to customers. For example, more ringtones could be loaded at the point of purchase, or ringtones could be sold as compact disc recordings which would then be copied to the cellphone memory. Neither method would be caught by Tariff 24. However, neither of those

[9] Les entreprises de télécommunications sans fil utilisent deux moyens pour vendre et distribuer des sonneries à partir de leur site Web. Le premier consiste à recourir à un protocole appelé *wireless application protocol* ou WAP. À partir de son cellulaire, l’abonné consulte le catalogue numérique de l’entreprise de télécommunications sans fil dans lequel sont décrites diverses sonneries. L’abonné envoie un message à l’entreprise de télécommunications sans fil pour l’informer de son choix de sonnerie. En contrepartie de certains frais, l’entreprise de télécommunications sans fil transmet la sonnerie ainsi choisie au cellulaire de l’abonné, où elle est immédiatement emmagasinée dans la mémoire du cellulaire. Environ 80 pour 100 des sonneries sont achetées de cette façon.

[10] L’autre moyen employé consiste à utiliser un « service d’envoi de messages courts » ou SMS. À partir d’un ordinateur, le client consulte le catalogue de sonneries sur le site Web de l’entreprise de télécommunications sans fil. Il lit la description de la sonnerie ou fait jouer celle-ci. Il envoie ensuite un message à l’entreprise de télécommunications sans fil pour lui indiquer la sonnerie qu’il a choisie. Moyennant le paiement de certains frais, l’entreprise de télécommunications sans fil transmet au cellulaire du client un message auquel elle joint une copie du fichier contenant la sonnerie choisie, qui est ensuite sauvegardée dans la mémoire du cellulaire.

[11] Les deux moyens employés pour se procurer une sonnerie pour un téléphone cellulaire supposent la transmission d’un fichier audionumérique entre l’entreprise de télécommunications sans fil et le cellulaire du client, sur paiement de certains frais. Une fois que le fichier a été emmagasiné dans la mémoire du cellulaire, l’abonné peut accéder à ce fichier pour écouter la sonnerie ou pour s’en servir pour être averti si quelqu’un cherche à le joindre. Aucun de ces modes de transmission ne permet de faire jouer ou entendre la sonnerie en même temps qu’elle est transmise.

[12] Les entreprises de télécommunications sans fil pourraient employer d’autres moyens pour livrer des sonneries à leurs abonnés. Ainsi, elles pourraient charger un plus grand nombre de sonneries au point de vente ou elles pourraient vendre les sonneries sous forme de disques compacts audionumériques dont le contenu

alternatives would be as efficient from the point of view of the wireless carriers.

The suggestion of double compensation

[13] Through contracts with reproduction rights societies (Canadian Musical Reproduction Rights Agency Limited (CMRRA) and Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC)), the authors, composers and music publishers of musical ringtones are being compensated for the reproduction of musical works associated with ringtones.

[14] The applicants say that the authors, composers and music publishers of musical works should not be allowed to “split” the enforcement of their rights between different collectives and collect a second time for the same use of the musical works for which they are already being compensated. However, the applicants do not argue that the transmission of musical works by the methods described above is expressly or implicitly authorized by the contracts referred to above. Nor do the applicants argue that the existence of the agreements is sufficient, as a matter of law, to support the conclusion that Tariff 24 is invalid.

[15] It has long been established that under the *Copyright Act*, the right to reproduce a musical work and the right to communicate it to the public by telecommunication are separate statutory rights (*Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467). If the Copyright Board was correct to conclude that the transmission of a musical ringtone is the final step in a communication to the public by telecommunication, then Tariff 24 stipulates compensation for a right that is not covered by the reproduction rights agreements. If the Copyright Board was wrong on that point, then Tariff 24 is not authorized by the *Copyright Act* and the decision of the Copyright Board to certify Tariff 24 cannot stand.

pourrait ensuite être copié dans la mémoire du cellulaire. Aucune de ces méthodes ne tomberait sous le coup du tarif 24. Cependant, aucune de ces solutions de rechange ne serait aussi efficace du point de vue des entreprises de télécommunications sans fil.

L’idée de la double rémunération

[13] Aux termes des contrats qu’ils concluent avec des sociétés de droits de reproduction (l’Agence canadienne des droits de reproduction musicaux limitée (la CMRRA) et la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (la SODRAC)), les auteurs, compositeurs et éditeurs de musiques de sonneries musicales reçoivent une rémunération pour la reproduction d’œuvres musicales associées aux sonneries.

[14] Les demandresses soutiennent qu’on ne devrait pas permettre aux auteurs, compositeurs et éditeurs d’œuvres musicales de « fractionner » l’exercice de leurs droits entre différentes sociétés de gestion collective de manière à percevoir des redevances une seconde fois pour la même utilisation d’œuvres musicales pour lesquelles ils ont déjà été rémunérés. Les demandresses ne prétendent cependant pas que la transmission d’œuvres musicales par les moyens déjà décrits est expressément ou implicitement autorisée par les contrats susmentionnés. Les demandresses ne prétendent pas non plus que l’existence des accords en question suffit, en droit, pour justifier la conclusion que le tarif 24 est invalide.

[15] Il est de jurisprudence constante que, sous le régime de la *Loi sur le droit d’auteur*, le droit de reproduire une œuvre musicale et le droit de la communiquer au public par télécommunication constituent des droits légaux distincts (*Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467). Si la Commission du droit d’auteur a eu raison de conclure que la transmission d’une sonnerie musicale constitue l’étape finale dans la communication au public par télécommunication, force est alors de constater que le tarif 24 prévoit une rémunération pour un droit qui n’est pas visé par les ententes portant sur les droits de reproduction. Si la Commission du droit d’auteur a tort sur ce point, le tarif 24 n’est par conséquent pas autorisé par la *Loi sur le droit d’auteur* et la décision de la Commission du droit d’auteur d’homologuer le tarif 24 doit être annulée.

Royalty structures in other countries

[16] The parties have referred for various reasons to the royalty arrangements in other countries involving ringtone transmissions. Those arrangements illustrate that there are many statutory schemes and administrative techniques by which authors, composers and music publishers might be compensated for the various rights associated with the copyright in musical works. None of the foreign arrangements involve legislation that is sufficiently like the *Copyright Act* to assist in resolving the legal issues in this application.

Discussion

[17] The applicants' challenge to the legality of Tariff 24 is based on two alternative arguments. The first argument is that the transmission of a ringtone to a cellphone by one of the methods described above is not a "communication." The alternative argument is that it is not a "communication to the public."

(1) First argument: "Communication"

[18] The applicants argue, based on a contextual analysis of the *Copyright Act*, that a transmission is not the same thing as a communication, and therefore the use of the word "communication" must be understood to include only a transmission that is intended to be heard or perceived by the recipient simultaneously with or immediately upon the transmission.

[19] In my view, the applicants are proposing a meaning of the word "communication" that is too narrow. The word "communication" connotes the passing of information from one person to another. A musical ringtone is information in the form of a digital audio file that is capable of being communicated. The normal mode of communicating a digital audio file is to transmit it. The wireless transmission of a musical ringtone to a cellphone is a communication, whether the owner of the cellphone accesses it immediately in order to hear the music, or at some later time. The fact that the technology used for the transmission does not permit the cellphone owner to listen to the music during the transmission does not mean

Systèmes de redevances ailleurs dans le monde

[16] Les parties se réfèrent, pour diverses raisons, aux dispositions d'autres pays qui prévoient le versement de redevances pour la transmission de sonneries. Il ressort de ces dispositions qu'il existe une foule de régimes législatifs et de modalités administratives qui prévoient le versement d'une rémunération aux auteurs, compositeurs et éditeurs de musique pour les divers droits afférents au droit d'auteur associés aux œuvres musicales. Aucun de ces régimes étrangers ne comporte de dispositions législatives qui s'apparentent suffisamment à celles de notre *Loi sur le droit d'auteur* pour nous être utiles pour trancher les questions de droit en litige dans la présente demande.

Analyse

[17] Pour contester la légalité du tarif 24, les demandresses invoquent deux moyens subsidiaires. Elles affirment, dans un premier temps, que la transmission d'une sonnerie à un téléphone cellulaire par l'une des méthodes décrites plus haut ne répond pas à la définition de « communication ». À titre subsidiaire, elles soutiennent qu'il ne s'agit pas d'une « communication au public ».

1) Premier moyen : « communication »

[18] Se fondant sur une analyse contextuelle de la *Loi sur le droit d'auteur*, les demandresses affirment qu'on ne peut assimiler une transmission à une communication et que, en conséquence, le mot « communication » ne doit s'entendre que d'une transmission qui est censée être entendue ou perçue par le destinataire en même temps que la transmission ou immédiatement après.

[19] À mon avis, les demandresses proposent une définition du terme « communication » qui est trop limitative. Le terme « communication » s'entend de la transmission d'informations d'une personne à une autre. Une sonnerie musicale est une information présentée sous forme de fichier audionumérique apte à être communiqué. Le mode normal de communication d'un fichier audionumérique est sa transmission. La transmission sans fil d'une sonnerie musicale à un téléphone cellulaire constitue une communication, que le propriétaire du cellulaire y accède immédiatement, pour écouter la musique, ou plus tard. Le fait que la technologie employée pour la transmission ne permet

that there is no communication. In my view, in the context of a wireless transmission, it is the receipt of the transmission that completes the communication.

[20] This conclusion accords with the *SOCAN* case (cited above). In that case Justice Binnie, writing for the majority, said that the transmission of information over the Internet is a communication once the information is received (see paragraph 45). It is not clear whether that point was in issue in that case, or the subject of argument. It may be *obiter dicta*. Even so, it is undoubtedly a true statement. In relation to the meaning of the word “communication,” I see no relevant distinction between the transmissions in issue in the *SOCAN* case and the transmissions in issue in this case. I conclude that the transmissions are communications.

[21] In support of its argument on the meaning of “communication,” the applicants rely heavily on the decision of the Supreme Court in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, [1968] S.C.R. 676, affirming [1966] Ex. C.R. 872 (the 1968 *CAPAC* case) and two later cases (discussed below) that follow the same reasoning.

[22] The 1968 *CAPAC* case involved *CAPAC* (a predecessor of *SOCAN*), which owned the copyright in certain musical works and authorized the broadcast of the musical works by television stations affiliated with CTV. To facilitate the broadcast, the musical works were videotaped. Rather than send copies of the videotape to the stations, CTV transmitted the contents of the videotape to its affiliates using the microwave facilities of Bell Telephone Co. *CAPAC* claimed that this was a breach of the previous version of paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* [R.S.C. 1952, c. 55], which read as follows:

pas au propriétaire du cellulaire d’écouter la musique au cours de la transmission ne signifie pas qu’il n’y a pas de communication. À mon avis, dans le contexte d’une transmission sans fil, c’est la réception de la transmission qui complète la communication.

[20] Cette conclusion s’accorde avec l’arrêt *SOCAN* (précité). Dans cet arrêt, le juge Binnie, qui écrivait pour la majorité, a expliqué que la transmission d’informations par Internet constitue une « communication » une fois que l’information est reçue (voir le paragraphe 45). On ne sait pas avec certitude si cette question était en litige dans cette affaire, ou si elle a été débattue. Il se peut qu’il s’agisse d’une observation incidente. Dans un cas comme dans l’autre, cette affirmation est incontestablement véridique. S’agissant du sens du mot « communication », je ne perçois aucune distinction digne de mention entre les transmissions dont il était question dans l’affaire *SOCAN* et les transmissions en cause dans la présente espèce. Je conclus que les transmissions constituent des communications.

[21] À l’appui de leur thèse au sujet du sens du mot « communication », les demanderesse tablent fortement sur la décision rendue par la Cour suprême l’affaire *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, [1968] R.C.S. 676, confirmant [1966] R.C.É. 872 (l’affaire *CAPAC* de 1968) ainsi que sur deux décisions ultérieures (qui seront analysées plus loin) s’inspirant du même raisonnement.

[22] L’affaire *CAPAC* de 1968 concernait la *CAPAC* (le prédécesseur de la *SOCAN*), qui possédait les droits d’auteur sur certaines œuvres musicales et qui avait autorisé la diffusion de ces œuvres musicales par des stations de télévision affiliées au réseau CTV. Pour faciliter la diffusion, les œuvres musicales avaient été enregistrées sur bande magnétoscopique. Au lieu d’envoyer des copies des bandes magnétoscopiques aux stations en question, CTV avait transmis le contenu de ces bandes magnétoscopiques à ses stations affiliées par ondes hertziennes en se servant des installations de Bell Telephone Co. La *CAPAC* affirmait que CTV avait ainsi contrevenu à l’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* [S.R.C. 1952, ch. 55], qui disposait, dans sa rédaction alors en vigueur :

3. (1) . . .

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

[23] At that time, the term “musical work” [at paragraph 2(p)] was defined as “any combination of melody and harmony, or either of them, printed, reduced to writing, or otherwise graphically produced or reproduced”. Justice Pigeon, writing for the Supreme Court of Canada, concluded that paragraph 3(1)(f), as it then read, did not apply.

[24] In reaching that conclusion, Justice Pigeon did not say that there had been no communication. Rather, he found that what had been communicated was not a “musical work” (a graphic representation of the melody and harmony), but a “performance” of the work, which was not an act within the scope of paragraph 3(1)(f). At that time, the word “performance” [at paragraph 2(q)] was defined as “any acoustic representation of a work or any visual representation of any dramatic action in a work, including a representation made by means of any mechanical instrument or by radio communication.”

[25] Justice Pigeon did not stop at his literal interpretation of paragraph 3(1)(f), but went on to consider its legislative and historical context. He found nothing in that context to derogate from the literal interpretation. Paragraph 3(1)(f), as originally enacted in 1931 [*The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1931, c. 8, s. 3], was intended to give effect to subsection (1) of Article 11 bis of the Berne Convention, as revised by the *Rome Copyright Convention, 1928* [S.C. 1931, c. 8, Schedule A], which read as follows:

Article 11 bis.

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

[26] Justice Pigeon concluded that this provision of the Berne Convention contemplates public performances by radio broadcasting. That is consistent with the general definition of “copyright” in section 3 of the *Copyright*

3. (1) [. . .]

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

[23] À l’époque, l’expression « œuvre musicale » [à l’alinéa 2p)] était définie comme « Toute combinaison de mélodie et d’harmonie, ou l’une ou l’autre, imprimée, manuscrite, ou d’autre façon produite ou reproduite graphiquement ». Sous la plume du juge Pigeon, la Cour suprême du Canada a conclu que l’alinéa 3(1)f), dans sa rédaction alors en vigueur, ne s’appliquait pas.

[24] Pour en arriver à cette conclusion, le juge Pigeon n’a pas dit qu’il n’y avait pas eu de communication. Il a plutôt estimé que ce qui avait été communiqué n’était pas une « œuvre musicale » (une représentation graphique d’une mélodie ou d’une harmonie), mais « l’exécution » d’une œuvre, un acte qui n’était pas visé par l’alinéa 3(1)f). À l’époque, la Loi définissait comme suit les mots « représentation », « exécution » ou « audition » [à l’alinéa 2q)] : « 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 ».

[25] Le juge Pigeon ne s’est pas arrêté à son interprétation littérale de l’alinéa 3(1)f), mais a poursuivi son analyse en examinant cet alinéa en fonction de son contexte législatif et historique. Il n’a rien trouvé dans ce contexte qui permettait de s’écarter de l’interprétation littérale. L’alinéa 3(1)f), qui avait été édicté pour la première fois en 1931 [*Loi modificative du droit d’auteur, 1931*, S.C. 1931, ch. 8, art. 3] visait à donner effet au paragraphe (1) de l’Article 11 bis de la Convention de Berne, révisée par la *Convention de Rome sur le droit d’auteur, 1928* [S.C. 1931, ch. 8, annexe A], qui était ainsi libellé :

Article 11 bis

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

[26] Le juge Pigeon a conclu que cette disposition de la Convention de Berne visait l’exécution en public par radiodiffusion, ce qui s’accorde avec la définition générale du « droit d’auteur » à l’article 3 de la *Loi sur le droit*

Act, which includes all rights of reproduction, and also includes all rights to perform the work, but only if the performance is “in public.” The microwave transmissions facilitated broadcasts to the public by the CTV affiliate stations, as authorized by CAPAC, but they were not themselves communications to the public.

[27] In 1988, the *Copyright Act* was amended, primarily to give effect to the Free Trade Agreement [*Free Trade Agreement between Canada and the United States of America*, S.C. 1988, c. 65, Schedule, Part A] (*Canada-United States Free Trade Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65 [ss. 61-65]). At that time, the definition of “telecommunication” (quoted above) was added to the *Copyright Act*, and other provisions were added to deal with broadcasting issues that are not relevant to this application. At the same time paragraph 3(1)(f) was amended to become the version that is applicable to this case. The 1988 version of paragraph 3(1)(f) is quoted above but is repeated here for ease of reference (my emphasis):

3. (1) . . .

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication.

[28] The 1988 version of paragraph 3(1)(f) was considered by this Court in two cases heard at the same time in 1993. The first case, *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115 (C.A.), involved facts that were similar to the facts in the 1968 CAPAC case, except that the transmission of musical works from CTV to its affiliate stations was by satellite rather than microwave. The Court followed the reasoning in the 1968 CAPAC case to reach the same result, namely that the transmissions were not within the scope of paragraph 3(1)(f). The Court also concluded that the transmissions did not constitute performances of the musical works in public.

d’auteur, qui englobe non seulement tous les droits de reproduction, mais aussi tous les droits d’exécution de l’œuvre à condition que cette exécution ou représentation ait lieu « en public ». Le système de transmission par ondes hertziennes facilitait la diffusion des émissions au public par les stations affiliées de CTV, conformément à l’autorisation donnée par la CAPAC, mais elles ne constituaient pas elles-mêmes des communications au public.

[27] En 1988, la *Loi sur le droit d’auteur* a été modifiée, principalement pour donner effet à l’Accord de libre-échange [*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d’Amérique*, L.C. 1988, ch. 65, annexe, partie A] (*Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65 [art. 61 à 65]). À l’époque, la définition précitée du mot « télécommunication » avait été insérée dans la *Loi sur le droit d’auteur*, et d’autres dispositions avaient été ajoutées pour traiter de questions de diffusion qui ne nous intéressent pas en l’espèce. Par la même occasion, l’alinéa 3(1)(f) a été modifié pour devenir la version qui s’applique dans le cas qui nous occupe. La version de 1988 de l’alinéa 3(1)(f) a déjà été citée, mais nous la reproduisons ici par souci de commodité (non souligné dans l’original) :

3. (1) [. . .]

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

[28] Notre Cour a examiné la version de 1988 de l’alinéa 3(1)(f) dans deux affaires instruites simultanément en 1993. La première, *CTV Television Network Ltd. c. Canada (Commission du droit d’auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.), portait sur des faits qui étaient semblables à ceux de l’affaire CAPAC de 1968, à cette exception près que la transmission d’œuvres musicales de CTV à ses stations affiliées avait été effectuée par satellite et non par les ondes hertziennes. La Cour a souscrit au raisonnement suivi dans la décision CAPAC de 1968 pour en arriver au même résultat, en l’occurrence que les transmissions en question ne tombaient pas sous le coup de l’alinéa 3(1)(f). La Cour a également conclu que les transmissions ne constituaient pas une exécution d’œuvres musicales en public.

[29] In the second case, *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 138 (C.A.), the Court again followed the reasoning in the 1968 *CAPAC* case to conclude that the transmission of a musical work to cable subscribers is not a communication of the work to the public within the meaning of paragraph 3(1)(f). However, the transmission was held to be a performance of the musical work in public, because the result of the transmission was a visual and acoustic representation of the musical work to a broad segment of the public.

[30] In my view, the 1968 *CAPAC* case and the two subsequent cases from this Court in 1993 cast no doubt on the conclusion that the transmissions in issue in this case are communications.

(2) Alternative argument: Communication “to the public”

[31] The only remaining question is whether the transmission of ringtones from a wireless carrier’s Web Site to a customer’s cellphone is, as the Copyright Board found, the last step in the communication of the ringtone “to the public.”

[32] The group consisting of all of the customers of a wireless carrier is a group that is sufficiently large and diverse that it may fairly be characterized as “the public.” The applicants do not argue the contrary. The essence of their argument is that when a wireless carrier offers to all of its customers an opportunity to purchase ringtones, the fact that the customers respond to the offer one by one, and receive copies of the ringtones by wireless transmission one by one, necessarily means that each transmission is a private communication, and therefore there is no communication to the public. Put another way, the applicants’ proposition is that a series of identical communications, no matter how numerous, cannot be a communication to the public if each communication is initiated by the recipient’s request.

[29] Dans la seconde affaire, *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d’auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.), la Cour a une fois de plus souscrit au raisonnement suivi dans l’affaire *CAPAC* de 1968 pour conclure que la transmission d’une œuvre musicale aux abonnés du câble ne constituait pas une communication d’une œuvre au public au sens de l’alinéa 3(1)f). La Cour a toutefois jugé que la transmission constituait une exécution d’une œuvre musicale en public, parce que le résultat de la transmission était la représentation visuelle et acoustique de l’œuvre musicale à un vaste segment du public.

[30] À mon avis, l’affaire *CAPAC* de 1968 et les deux décisions ultérieures rendues en 1993 par notre Cour ne laissent planer aucun doute au sujet de la conclusion que les transmissions en litige dans le cas qui nous occupe sont effectivement des communications.

2) Moyen subsidiaire : Communication « au public »

[31] La seule question qu’il nous reste à trancher est celle de savoir si la transmission de sonneries à partir du site Web d’une entreprise de télécommunications sans fil au téléphone cellulaire d’un abonné constitue, comme la Commission du droit d’auteur l’a conclu, la dernière étape de la communication de la sonnerie « au public ».

[32] Le groupe constitué de l’ensemble des clients d’une entreprise de télécommunications sans fil est suffisamment grand et diversifié pour qu’on puisse légitimement le considérer comme étant « le public ». Les demanderessees ne prétendent pas le contraire. Elles soutiennent essentiellement que, lorsqu’une entreprise de télécommunications sans fil offre à l’ensemble de ses clients la possibilité d’acheter des sonneries, le fait que ses clients répondent à son offre un par un et qu’ils reçoivent un par un la copie des sonneries par transmission sans fil signifie nécessairement que chaque transmission est une communication privée et qu’il n’y a donc pas de communication au public. En d’autres termes, la thèse des demanderessees est qu’une série de communications identiques, peu en importe le nombre, ne peuvent constituer une communication au public si chacune de ces communications est entreprise à la demande du destinataire.

[33] The only case of any assistance on this point is the decision of the Supreme Court of Canada in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339 (the *CCH* case). That case involved a request-based photocopy service operated by the Law Society of Upper Canada to members, judges and other legal researchers. The photocopied material consisted of excerpts from works held in the Great Library in Toronto. One of the means by which the requested material was delivered was by fax, which is a method of telecommunication.

[34] Among the many issues in the *CCH* case was whether the transmission of copies by fax on request in accordance with the Great Library's photocopy service was a communication to the public by telecommunication within the meaning of paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act*. The Court held that it was not. As the reason for that conclusion is very short, I reproduce it in its entirety (paragraphs 77 to 79, *per* Chief Justice McLachlin, writing for the Court):

At trial, the publishers argued that the Law Society's fax transmissions of copies of their works to lawyers in Ontario were communications "to the public by telecommunication" and hence infringed s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*. The trial judge found that the fax transmissions were not telecommunications to the public because they "emanated from a single point and were each intended to be received at a single point" (para. 167). The Court of Appeal agreed, although it allowed that a series of sequential transmissions might constitute an infringement of an owner's right to communicate to the public.

I agree with these conclusions. The fax transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public. This said, a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright. However, there was no evidence of this type of transmission having occurred in this case.

On the evidence in this case, the fax transmissions were not communications to the public. I would dismiss this ground of cross-appeal.

[35] Based on this reasoning, it seems to me that in determining whether paragraph 3(1)(f) applies to the transmission of a musical work in the form of a digital

[33] La seule décision qui nous soit un tant soit peu utile sur ce point est l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 (l'affaire *CCH*). Cette affaire portait sur un service de photocopie sur demande qui était offert par le Barreau du Haut-Canada à ses membres, aux juges et aux autres chercheurs autorisés. Les documents photocopiés consistaient en des extraits d'ouvrages conservés à la Grande bibliothèque de Toronto. Un des moyens qui était employé pour transmettre les documents demandés était le télécopieur, lequel constitue un moyen de télécommunication.

[34] Parmi les nombreuses questions en litige dans l'affaire *CCH*, il y avait celle de savoir si la transmission sur demande de photocopies par télécopieur en conformité avec la politique de la Grande bibliothèque sur le service de photocopie constituait une communication au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*. La Cour a répondu par la négative à cette question. Comme le motif de cette conclusion est très bref, je le reproduis intégralement (paragraphes 77 à 79, la juge en chef McLachlin, écrivant pour la Cour) :

En première instance, les éditeurs ont soutenu qu'en transmettant des copies de leurs œuvres à des avocats de l'Ontario, le Barreau les communiquait « au public, par télécommunication » et violait donc l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le juge de première instance a conclu que les transmissions par télécopieur en cause n'équivalaient pas à une communication au public par télécommunication parce qu'elles « provenaient d'un seul point et étaient destinées à n'atteindre qu'un seul point » (par. 167). La Cour d'appel partageait cette opinion, même si elle a reconnu qu'une série de transmissions séquentielles pouvait violer le droit du titulaire de communiquer une œuvre au public.

Je souscris à ces conclusions. Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public. Cela dit, la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur. Toutefois, aucune preuve n'a établi que ce genre de transmission aurait eu lieu en l'espèce.

Compte tenu de la preuve, les transmissions par télécopieur ne constituaient pas des communications au public. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel incident.

[35] Suivant ce raisonnement, il me semble que, pour déterminer si l'alinéa 3(1)f) s'applique à la transmission d'une œuvre musicale sous forme de fichier

audio file, it is not enough to ask whether there is a one-to-one communication, or a one-to-one communication requested by the recipient. The answer to either of those questions would not necessarily be determinative because a series of transmissions of the same musical work to numerous different recipients may be a communication to the public if the recipients comprise the public, or a significant segment of the public.

[36] The Copyright Board concluded that the present case involves a series of transmissions of the same works to different recipients, and thus to the public. That conclusion is explained as follows at paragraph 68 of its reasons:

Wireless carriers are trying to sell as many copies of every single musical ringtone as possible to maximize sales and profit. They intend, indeed they wish for, a series of repeated transactions of the same work to numerous recipients. This, in our opinion, amounts to a communication to the public.

[37] The Copyright Board's description of the relevant facts is an apt one, and it is well supported by evidence in the record.

[38] The applicants argue that the Copyright Board erred in its appreciation of the reference to a series of transmissions. They rely on the decision of this Court in the *CCH* case ([*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*] [2002] 4 F.C. 213 (C.A.)), and in particular the following comments of Justice Linden at paragraph 100:

The Trial Judge held (at paragraph 167) that a single telecommunication emanating from a single point and intended to be received at a single point is typically not a communication to the public. I agree. In my view, the ordinary meaning of the phrase "to the public" indicates that a communication must be aimed or targeted toward "people in general" or "the community" (see the *New Oxford Dictionary of English, s.v. "public"* (Oxford: Clarendon Press, 1998). Article 1721(2) of NAFTA, *supra*, which is not binding on this Court but is nevertheless helpful since "public" is not otherwise defined, states that the public includes "any aggregation of individuals intended to be the object of, and capable of perceiving communications". A communication that is targeted only at a segment of the public, may however, also be a communication

audionumérique, il ne suffit pas de se demander si l'on a affaire à une communication entre un expéditeur unique et un destinataire unique ou à une communication unique demandée par le destinataire. La réponse à l'une et l'autre de ces questions ne serait pas nécessairement déterminante parce qu'une série de transmissions de la même œuvre musicale à un grand nombre de destinataires différents peut constituer une communication au public si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public.

[36] La Commission du droit d'auteur a conclu que la présente affaire comportait une série de transmissions des mêmes œuvres à divers destinataires et, partant, au public. La Commission explique cette conclusion dans les termes suivants au paragraphe 68 de ses motifs :

Les entreprises de télécommunications sans fil tentent de vendre le plus grand nombre possible de copies de chaque sonnerie, afin de maximiser ventes et bénéfices. Leur intention, leur souhait même, est d'effectuer une série de transactions répétées concernant la même œuvre avec de nombreux destinataires. Cette situation, croyons-nous, constitue une communication au public.

[37] L'exposé des faits qu'a formulé la Commission du droit d'auteur est approprié et il repose amplement sur la preuve versée au dossier.

[38] Les demanderesse soutiennent que la Commission du droit d'auteur a commis une erreur dans son appréciation de la notion de « série de transmissions ». Elles se fondent sur l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *CCH* ([*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*] [2002] 4 C.F. 213 (C.A.)), et particulièrement sur les propos suivants tenus par le juge Linden au paragraphe 100 :

Le juge de première instance a estimé (paragraphe 167) qu'une seule télécommunication provenant d'un seul point et destinée à n'atteindre qu'un seul point ne constitue pas habituellement une communication au public. Je suis d'accord. À mon avis, le sens courant de l'expression « au public » indique que la communication doit viser ou cibler les « personnes en général » ou la « collectivité » (voir le *New Oxford Dictionary of English, sous « public »* (Oxford: Clarendon Press, 1998). Le paragraphe 1721(2) de l'ALÉNA, précité, qui ne lie pas la Cour mais est néanmoins utile puisque le terme « public » n'est pas défini autrement, précise que le public comprend « tout groupe de personnes à qui s'adressent des communications ou exécutions d'œuvres et qui sont en mesure de les recevoir ». Une communication qui ne vise qu'un

to the public. Paragraph 2.4(1)(a) (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 2) . . . clarifies that a communication may be to the public if it is “intended to be received by” a “part of the public”, specifically persons who occupy apartments, hotel rooms, or dwelling units in the same building. Thus, to be “to the public” a communication must be targeted at an aggregation of individuals, which is more than a single person but not necessarily the whole public at large.

[39] In my view, these comments are not intended to be a comprehensive description of the meaning of “communication to the public.” There is no reason to believe that in making these comments, Justice Linden was contemplating a series of one-to-one transmissions to individuals who together comprise a group that may fairly be described as the public, as in this case.

[40] The applicants also point out that the transmissions in this case are not made “openly and without concealment” and therefore lack an essential characteristic of being “public.” This is a reference to *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*, cited above, in which this Court held that the transmission of a musical work by cable television was a performance of the work “in public.” Justice Létourneau, writing for the Court, explained that conclusion as follows [at pages 152-153]:

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

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

In the case of *Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion, Inc.*, ([1954] Ex.C.R. 382), the Court held that radio or television broadcasts do not amount to performances in public when received in private homes. . . .

segment du public peut cependant être aussi une communication au public. L’alinéa 2.4(1)a) [. . .] explique qu’une communication peut être faite au public si elle est « destinée » aux personnes qui « font partie du public », plus précisément les personnes qui occupent un appartement, une chambre d’hôtel, ou un logement dans un même immeuble. Ainsi, pour être faite « au public », une communication doit être destinée à un groupe de personnes, ce qui est plus qu’une personne mais pas nécessairement tout le public en général.

[39] À mon avis, ces propos ne se veulent pas une explication détaillée du sens de l’expression « communication au public ». Il n’y a aucune raison de croire qu’en les tenant, le juge Linden songeait à une série de transmissions entre expéditeurs uniques et destinataires uniques, destinataires qui formeraient un groupe qu’on pourrait légitimement considérer comme constituant le grand public, comme c’est le cas en l’espèce.

[40] Les demanders soulignent par ailleurs que, dans le cas qui nous occupe, les transmissions ne sont pas effectuées « de manière ouverte, sans dissimulation » et qu’il leur manque donc une caractéristique essentielle, celle d’être « publiques ». On songe ici à l’arrêt *Association canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d’auteur)*, précité, dans lequel notre Cour a jugé que la transmission d’une œuvre musicale par télévision par câble constituait une exécution « en public » de l’œuvre. Le juge Létourneau, qui écrivait au nom de la Cour, explique cette conclusion comme suit [aux pages 152 et 153] :

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

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

Dans *Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion, Inc.* ([1954] R.C.É. 382), le tribunal a statué que ni la radiodiffusion ni la télédiffusion n’équivalaient à une exécution en public lorsqu’elles étaient captées dans des demeures privées [. . .]

With respect, I prefer and adopt the contrary views expressed by English, Indian and Australian authorities. They are consistent with our Act. They take a realistic view of the impact and effect of technological developments and they are consistent with the plain and usual meaning of the words “in public”, that is to say openly, without concealment and to the knowledge of all. [Footnotes omitted.]

[41] The question in that case was whether a performance was in public, not whether a communication had been made to the public. The words “openly and without concealment” were used to describe the nature of the intended and potential audience for a performance transmitted by television, as distinguished from a private performance in a home.

[42] In the present case, no one except the wireless carrier and the recipient normally would be aware of a particular transmission of a ringtone to a cellphone, and in that sense the transmission is not made “openly.” However, it does not necessarily follow that paragraph 3(1)(f) does not apply. The transmission of a television program is a performance in public, even if no one is watching it or everyone who is watching it is doing so in private, because it is made available to a sufficiently large and diverse group of people. Similarly, in this case all of the customers of a wireless carrier (that is, all members of the relevant segment of the public) have access to all of the ringtones offered by that wireless carrier. The fact that the ringtones are offered to the public, or to a significant segment of the public, supplies the requisite degree of “openness.”

[43] In my view, the conclusion of the Copyright Board that the transmissions in issue in this case are within the scope of paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* is consistent with the language of that provision and its context. It also accords with common sense. If a wireless carrier were to transmit a particular ringtone simultaneously to all customers who have requested it, that transmission would be a communication to the public. It would be illogical to reach a different result simply because the transmissions are done one by one, and thus at different times.

Avec déférence pour l’avis contraire, je partage plutôt le point de vue exprimé par les tribunaux britanniques, indiens et australiens, lequel est compatible avec notre Loi. Ces tribunaux se sont en effet prononcés de manière réaliste quant aux effets de l’essor technologique, et leurs conclusions sont compatibles avec le sens courant de l’expression « en public », c.-à-d. de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous. [Notes en bas de page omises.]

[41] Dans cette affaire, le débat portait sur la question de savoir si l’exécution avait eu lieu en public, et non si une communication avait été faite au public. Les mots « de manière ouverte, sans dissimulation » étaient employés pour désigner la nature de l’auditoire visé et de l’auditoire potentiel de la prestation qui était transmise par télévision, par opposition à une prestation privée chez un particulier.

[42] En l’espèce, personne hormis l’entreprise de télécommunications sans fil et le destinataire n’est normalement conscient de la transmission d’une sonnerie au cellulaire, et en ce sens, la transmission n’est pas faite « de manière ouverte ». Il ne s’ensuit cependant pas nécessairement que l’alinéa 3(1)f) ne s’applique pas. La transmission d’une émission de télévision est une exécution en public, même si personne ne la regarde ou même si chaque personne qui la regarde le fait en privé, parce qu’elle est mise à la disposition d’un groupe de personnes suffisamment large et diversifié. De même, dans le cas qui nous occupe, tous les clients d’une entreprise de télécommunications sans fil (c’est-à-dire tous les membres du segment concerné du public) ont accès à toutes les sonneries offertes par cette entreprise de télécommunications sans fil. Le fait que les sonneries soient offertes au public, ou à un segment important du public, assure le degré requis d’« ouverture ».

[43] À mon avis, la conclusion de la Commission du droit d’auteur suivant laquelle les transmissions en litige en l’espèce tombent sous le coup de l’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* est compatible avec le libellé de cette disposition et avec son contexte. Elle s’accorde aussi avec le bon sens. Si une entreprise de télécommunications sans fil devait transmettre une sonnerie déterminée simultanément à tous les abonnés qui l’ont demandée, cette transmission constituerait une communication au public. Il serait illogique d’en arriver à un résultat différent pour la simple raison que les

transmissions sont effectuées une par une et qu'elles ont donc lieu à des moments différents.

Conclusion

[44] In my view, the Copyright Board was correct in law to conclude that the transmission of ringtones by wireless carriers to their customers on request is a communication to the public by telecommunication within the meaning of paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act*. I would dismiss this application with costs.

SEXTON J.A.: I agree.

RYER J.A.: I agree.

Conclusion

[44] À mon avis, la Commission du droit d'auteur a eu raison en droit de conclure que la transmission sur demande de sonneries à leurs clients par des entreprises de télécommunications sans fil constitue une communication au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Je rejetterais la présente demande avec dépens.

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

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