

Copyright Board  
Canada



Commission du droit d'auteur  
Canada

[CB-CDA 2017-041]

[CB-CDA 2017-041]

**Unlocatable Copyright Owners**

**Titulaires de droits d'auteur introuvables**

*Copyright Act, section 77*

*Loi sur le droit d'auteur, article 77*

File: 2016-UO/TI-24

Dossier : 2016-UO/TI-24

**DECISION OF THE BOARD**

**DÉCISION DE LA COMMISSION**

*Reasons delivered by:*

*Motifs exprimés par :*

The Honourable Robert A. Blair  
Mr. Claude Majeau  
Mr. J. Nelson Landry

L'honorable Robert A. Blair  
M<sup>c</sup> Claude Majeau  
M<sup>c</sup> J. Nelson Landry

*Date of the Decision*

*Date de la décision*

May 11, 2017

Le 11 mai 2017

## Reasons for the decision

### I. BACKGROUND

[1] An application for a licence was filed under subsection 77(1) of the *Copyright Act*<sup>1</sup> (the “*Act*”) by Anita Hadley on December 13, 2016, to reproduce, in an upcoming publication, the comment entitled “Fathersandsons” posted on the CBC News site under the article *Fathers and sons*. The comment was posted anonymously in 2013 on this site.

[2] The comment no longer exists online, and CBC does not keep records of such comments. CBC’s policies state that user contributions through comments and discussion forums are not owned by the CBC, and the Applicant’s correspondence with CBC also confirms this. As such, CBC cannot give permission to reproduce the comment.

[3] The Applicant also contacted Access Copyright, but as the author of the comment is anonymous and the comment no longer exists online, Access Copyright was unable to locate the rights owner. They reviewed the Applicant’s research and are satisfied that reasonable efforts were made in order to locate the copyright owner.

[4] Unfortunately, while this appears to be a situation where it is appropriate for the Board to issue a licence, for the reasons that follow, the Board is unable to provide the Applicant with a licence under section 77.

### II. ANALYSIS

[5] Section 77 states that

## Motifs de la décision

### I. INTRODUCTION

[1] Une demande de licence a été déposée au titre du paragraphe 77(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*<sup>2</sup> (la « *Loi* ») par Anita Hadley, le 13 décembre 2016, afin d’obtenir l’autorisation de reproduire, dans un ouvrage qu’elle publiera sous peu, le commentaire intitulé « Fathersandsons » affiché sur le site de nouvelles de la SRC, en dessous de l’article *Fathers and sons*. Le commentaire a été affiché de façon anonyme en 2013 sur ce site.

[2] Le commentaire ne se trouve plus en ligne et la SRC ne conserve pas de copies de telles interventions. Selon les politiques de la SRC, les contributions des utilisateurs sous forme de commentaires et dans les forums de discussion n’appartiennent pas à la SRC, ce qui est confirmé par la correspondance de la requérante avec la SRC. La SRC n’est donc pas en mesure d’autoriser la reproduction du commentaire en question.

[3] La requérante s’est également adressée à *Access Copyright*, mais, étant donné que l’auteur du commentaire est anonyme et que le commentaire n’est plus affiché en ligne, cette dernière n’a pas réussi à trouver le titulaire du droit d’auteur. *Access Copyright* a examiné les recherches effectuées par la requérante et estime que celle-ci a fait son possible pour retrouver le titulaire du droit d’auteur.

[4] Malheureusement, bien qu’il semble s’agir d’une situation où il convient de délivrer une licence, la Commission conclut, pour les motifs qui suivent, qu’elle ne peut délivrer à la requérante une licence en vertu de l’article 77.

### II. ANALYSE

[5] L’article 77 de la *Loi* énonce ce qui suit :

[w]here, on application to the Board by a person who wishes to obtain a licence to use

(a) a published work,  
[...]

in which copyright subsists, [...] the Board may issue to the applicant a licence to do an act mentioned in section 3 [...][emphasis added]

As such, section 77 permits the Board to issue a licence only in respect of works that have been published.

[6] Paragraph 2.2(1)(c) states that

[f]or the purposes of this Act, *publication* means  
[...]

but does not include

(c) the performance in public, or the communication to the public by telecommunication, of a literary, dramatic, musical or artistic work or a sound recording  
[...]

It is clear that, due to the exclusion in the above-mentioned paragraph, a mere communication of a work to the public by telecommunication is not a publication.

[7] What of the “making available” of a work that takes place before such a communication to the public?

[8] Subsection 2.4(1.1) of the *Act* states that

[...] communication of a work [...] to the public by telecommunication includes making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public. [emphasis added]

[9] It appears to us that the work for which a licence is sought, while it was present on

La Commission peut, à la demande de tout intéressé, délivrer une licence autorisant l’accomplissement de tout acte mentionné à l’article 3 à l’égard d’une œuvre publiée [...][non souligné dans l’original]

Ainsi, l’article 77 autorise la Commission à délivrer une licence seulement à l’égard d’œuvres qui ont été publiées.

[6] Le paragraphe 2.2(1) de la *Loi* énonce ce qui suit :

Pour l’application de la présente loi, *publication* s’entend :  
[...]

Sont exclues de la publication la représentation ou l’exécution en public d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ou d’un enregistrement sonore, leur communication au public par télécommunication [...]

Il ne fait aucun doute qu’en raison de cette exclusion, la simple communication d’une œuvre au public par télécommunication ne constitue pas une publication.

[7] Qu’en est-il de la « mise à disposition » d’une œuvre qui a lieu avant une telle communication au public?

[8] Le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi* est rédigé comme suit :

[...] constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre [...] de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement. [non souligné dans l’original]

[9] Il nous apparaît que l’œuvre à l’égard de laquelle une licence est demandée, pendant

CBC's site, was being made available in the manner described in subsection 2.4(1.1) of the *Act*. Since communication of a work by telecommunication—itself excluded from the definition of publication—includes this act of making available, the mere posting of a work on a website also appears to be excluded from publication pursuant to paragraph 2.2(1)(c).

[10] This is strongly supported by the existence of section 19.1 of the *Act*, which states that

[d]espite subsection 2.2(1), a sound recording that has been made available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to access it from a place and at a time individually chosen by that member of the public, or that has been communicated to the public by telecommunication in that way, is deemed to have been published for the purposes of subsection 19(1).

[11] Arguably, were it not for this provision, a sound recording that has been made available on the Internet would not be considered to have been published under the *Act*. Had it been otherwise, section 19.1 of the *Act* would not have been necessary, or would have used other language, such as “for greater certainty” instead of “despite.”

[12] More broadly, the *Act* contemplates the possibility that not all acts of making available to the public constitute publication. Subsection 29.21(1) of the *Act*, which sets out an exception in relation to the use of existing works for the creation of new works, requires the source work to have been “published or otherwise made available to the public.”

[13] Lastly, there is little, if any, in this matter that would allow us to conclude that the owner of copyright that made the work

qu'elle était présente sur le site de la SRC, a été mise à la disposition du public de la manière décrite au paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*. Comme la communication d'une œuvre par télécommunication – elle-même exclue de la définition de « publication » – comprend le fait de mettre une œuvre à la disposition du public, le simple affichage d'une œuvre sur un site Web semble également exclu de la définition de « publication » visée au paragraphe 2.2(1).

[10] Cette conclusion est fortement appuyée par l'existence de l'article 19.1 de la *Loi*, qui énonce ce qui suit :

Malgré le paragraphe 2.2(1), s'il a été mis à la disposition du public ou lui a été communiqué, par télécommunication, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement, l'enregistrement sonore est réputé, pour l'application du paragraphe 19(1), avoir été publié.

[11] On peut soutenir que, n'eût été cette disposition, l'enregistrement sonore qui a été mis à la disposition du public sur Internet ne serait pas réputé avoir été publié au sens de la *Loi*. S'il en avait été autrement, l'article 19.1 de la *Loi* n'aurait pas été nécessaire ou aurait été rédigé en d'autres termes, par exemple en utilisant l'expression « il est entendu que » au lieu de « malgré ».

[12] De façon plus générale, la *Loi* envisage la possibilité que les mises à la disposition du public ne constituent pas toutes une publication. Le paragraphe 29.21(1) de la *Loi*, qui établit une exception relativement à l'utilisation d'une œuvre pour créer une autre œuvre, exige que l'œuvre initiale ait été « publié[e] ou mise[e] à la disposition du public ».

[13] Enfin, nous disposons de peu d'éléments de preuve en l'espèce, voire aucun, qui nous permettent de conclure que le titulaire du droit

available to the public on the Internet expected that reproductions will be made of it—and consented thereto. As such, we do not need to consider whether a work that is made available online for downloading is thereby “published” under the *Act*.

### III. REMARKS

[14] It is very likely that the main reason for the inclusion of this exception to the definition of “publication” is the presence of very similar exceptions in international treaties to which Canada is a party. Importantly, Article 3(3) of the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, itself referenced in other international agreements, provides that:

[...] The performance of a dramatic, dramatico-musical, cinematographic or musical work, the public recitation of a literary work, the communication by wire or the broadcasting of literary or artistic works, the exhibition of a work of art and the construction of a work of architecture shall not constitute publication. [emphasis added]

[15] Presumably, these provisions sought to maintain the right of publication even where the work was being otherwise exploited. As such, various forms of communication of the work were explicitly barred from constituting publication. The carve-out of communication by telecommunication from the definition of “publication” in the *Act* reflects this obligation.

[16] It appears that section 77 of the *Act* was not intended to permit the broad distribution of works that had not been previously made public, such as private writings. However, since this provision was enacted well before

d’auteur ayant mis l’œuvre à la disposition du public sur Internet s’attendait à ce que des reproductions de l’œuvre soient faites – et y avait consenti. Par conséquent, il n’est pas nécessaire d’examiner si une œuvre qui est mise à la disposition du public en ligne à des fins de téléchargements est ainsi « publiée » au sens de la *Loi*.

### III. REMARQUES

[14] Il est très probable que cette exception ait été ajoutée dans la définition de « publication » principalement parce que d’autres exceptions très similaires figurent dans des traités internationaux auxquels le Canada est partie. Plus important encore, le paragraphe 3(3) de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, elle-même mentionnée dans d’autres accords internationaux, prévoit ce qui suit :

[...] Ne constituent pas une publication la représentation d’une œuvre dramatique, dramatico-musicale ou cinématographique, l’exécution d’une œuvre musicale, la récitation publique d’une œuvre littéraire, la transmission ou la radiodiffusion des œuvres littéraires ou artistiques, l’exposition d’une œuvre d’art et la construction d’une œuvre d’architecture. [non souligné dans l’original]

[15] Ces dispositions visent vraisemblablement à maintenir le droit de publication même lorsque l’œuvre est par ailleurs exploitée. C’est pourquoi la *Loi* prévoit expressément que plusieurs formes de communication ne constituent pas une publication. L’exclusion de la communication par télécommunication de la définition de « publication » dans la *Loi* tient compte de cette obligation.

[16] Il semble que l’article 77 de la *Loi* ne visait pas à autoriser la distribution à grande échelle d’œuvres qui n’avaient pas été mises à la disposition du public, comme des écrits privés. Toutefois, puisque la disposition a été

the use of the Internet by the public at large, the possibility that there may be works that have been readily made available to the public, but not “published” according to the definition of the *Act*, was likely not contemplated.

[17] In contrast, it is this exact possibility that appears to have been considered in the drafting of the “user-generated content” exception in section 29.21 of the *Act*, which permits the use of works that have been “published or otherwise made available to the public.”

#### IV. CONCLUSION

[18] Having come to the conclusion that the work for which a licence is sought has not been previously published within the meaning of subsection 2.2 (1) of the *Act*, the Board must deny the request for a licence. This is not a matter of discretion: the Board does not have the jurisdiction to issue a licence under section 77 of the *Act* in this matter.

éditée bien avant l’utilisation d’Internet par le public en général, la possibilité que des œuvres aient été mises à la disposition du public, mais n’aient pas été « publiée[s] » au sens de la *Loi* n’avait vraisemblablement pas été envisagée.

[17] En revanche, cette même possibilité semble avoir été envisagée dans la rédaction de l’exception fondée sur le « contenu généré par l’utilisateur » prévue à l’article 29.21 de la *Loi*, qui autorise l’utilisation d’œuvres qui ont été « publié[e]s ou mis[es] à la disposition du public ».

#### IV. CONCLUSION

[18] Ayant conclu que l’œuvre pour laquelle une licence est demandée n’a pas été publiée au sens du paragraphe 2.2(1) de la *Loi*, la Commission doit refuser la demande d’octroi de licence. Il ne s’agit pas d’une question de pouvoir discrétionnaire : la Commission n’a pas compétence pour délivrer une licence en application de l’article 77 de la *Loi* en l’espèce.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall  
Secretary General

**ENDNOTE**

1. *Copyright Act*, R.S.C, 1985, c. C-42.

**NOTE**

1. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42.