

Copyright Board  
Canada



Commission du droit d'auteur  
Canada

[CB-CDA 2018-007]

[CB-CDA 2018-007]

**Unlocatable Copyright Owners**

**Titulaires de droits d'auteur introuvables**

*Copyright Act, section 77*

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

Application by the Royal Canadian Mint for the reproduction of the image of the *Angel of Victory* sculpture created by Cœur de Lion McCarthy

Demande de la Monnaie royale canadienne pour la reproduction de l'image de la sculpture *L'Ange de la Victoire* créée par Cœur de Lion McCarthy

File: 2017-UO/TI-19

Dossier : 2017- UO/TI-19

**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>e</sup> Claude Majeau  
M<sup>e</sup> J. Nelson Landry

*Date of the Decision*

*Date de la décision*

January 17, 2018

Le 17 janvier 2018

## Reasons for the decision

### Overview

[1] On July 20, 2017, the Royal Canadian Mint (the “RCM”) made a request to the Board pursuant to subsection 77 of the *Copyright Act* (the “Act”). The RCM seeks a licence “to reproduce on one of its collector coins the image of the *Angel of Victory* sculpture that was created by Mr. Cœur de Lion McCarthy.”

[2] Subsection 77(1) of the *Act* provides that

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

(a) use a published work

[...]

in which copyright subsists, the Board is satisfied that the applicant has made reasonable efforts to locate the owner of the copyright and that the owner cannot be located, the Board may issue to the applicant a licence to do an act mentioned in section 3[...]

[3] The *Act* defines publication in relation to works as “making copies of a work available to the public,” but excludes “the exhibition in public of an artistic work.” Furthermore, the act of publication must be done with the consent of the copyright owner.

[4] We conclude that the Board cannot grant a licence in this instance, as the evidence does not permit us to conclude that the work in question is a *published* work, as defined in the *Act*.

### Evidence of Publication

[5] The RCM provided various useful

## Motifs de la décision

### Aperçu

[1] Le 20 juillet 2017, la Monnaie royale canadienne (la « MRC ») a présenté une demande à la Commission en vertu de l’article 77 de la *Loi sur le droit d’auteur* (la « *Loi* »). La MRC demande une licence [TRADUCTION] « en vue de reproduire sur l’une de ses pièces de collection l’image de la sculpture *L’Ange de la Victoire*, créée par M. Cœur de Lion McCarthy ».

[2] L’article 77 de la *Loi* est ainsi libellé :

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 [...] si elle estime que le titulaire du droit d’auteur est introuvable et que l’intéressé a fait son possible, dans les circonstances, pour le retrouver.

[3] La *Loi* définit la publication à l’égard d’une œuvre comme « la mise à la disposition du public d’exemplaires de l’œuvre », mais exclut « l’exposition en public d’une œuvre artistique ». En outre, la publication doit être faite avec le consentement du titulaire du droit d’auteur.

[4] Nous concluons que la Commission ne peut délivrer une licence en l’espèce, étant donné que la preuve ne nous permet pas de conclure que l’œuvre en question est une œuvre *publiée* au sens de la *Loi*.

### Preuve de la publication

[5] La MRC a présenté divers renseignements

information to the Board, including the facts that:

- Three castings (i.e., from a mould) of a bronze statue were forged at the Henry-Bonnard Bronze in the foundry of the Henry-Bonnard Bronze Company of Mount Vernon, NY;
- The resulting statues were erected in 1921 for Canada Pacific Railway at three of their train stations: Vancouver, Winnipeg, and Montreal. It appears that Canada Pacific Railway became the owner of the physical statues at that time;
- The statues are located in public places, and thousands of people have seen them; and
- The properties on which the statues are located (and the statues themselves) have changed ownership (possibly several times), and are currently owned by Cadillac Fairview Corporation Limited.

### Analysis

[6] The Board considered several possible arguments, whether or not raised by the RCM, that the work in question has been published.

#### *Publication by display in public place*

[7] First is the argument that the work is published on the basis that the copies have been located in public places and seen by a significant number of people over an extended period. However, such an approach is directly contrary to the exclusion in s. 2.2(1)(d) of the *Act* whereby the exhibition in public of an artistic work is not a publication. Thus, this argument must be rejected.

utiles à la Commission, notamment les faits suivants :

- Trois pièces coulées (c.-à-d. à partir d'un moule) d'une statue de bronze ont été forgées à la fonderie de la *Henry-Bonnard Bronze Company* de Mount Vernon, dans l'État de New York;
- Les statues ainsi créées ont été érigées en 1921 dans trois gares du Chemin de fer Canadien Pacifique, soit à Vancouver, Winnipeg et Montréal. Il semble que le Chemin de fer Canadien Pacifique soit devenu propriétaire des statues physiques à ce moment;
- Les statues se trouvent dans des endroits publics et ont été vues par des milliers de personnes;
- Les propriétés sur lesquelles les statues sont situées (et les statues elles-mêmes) ont changé de propriétaire (peut-être même plusieurs fois) et appartiennent maintenant à *Cadillac Fairview Corporation Limited*.

### Analyse

[6] La Commission a tenu compte de plusieurs arguments possibles, qu'ils aient ou non été soulevés par la MRC, selon lesquels l'œuvre en question avait été publiée.

#### *Publication par exposition dans un endroit public*

[7] On pourrait arguer que l'œuvre a été publiée, au motif que les exemplaires sont situés dans des endroits publics et qu'ils ont été vus par de nombreuses personnes sur une longue période de temps. Toutefois, une telle approche va directement à l'encontre de l'exclusion prévue au paragraphe 2.2(1) *in fine* de la *Loi*, selon lequel l'exposition en public d'une œuvre artistique ne constitue pas une publication. En conséquence, cet

*Publication by making available for sale as part of larger transaction*

[8] A second possible argument could be that copies were made available to the public when the train stations in which they were located were made available for sale. Indeed, making available for sale is the archetypal method of publication of works such as books.

[9] One objection to this argument may be that three copies are not sufficient for something to be available to the “public.” This objection may be overcome on the grounds that the *Act* merely requires that “copies” be made available—without specifying how many—and that it may be sufficient that such copies could be purchased by the “public.” In other words, that it may be sufficient that copies are offered to the public, even though only a very limited number of copies can actually be sold.

[10] Moreover, *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, appears to stand for the proposition that an act is “to the public” if it occurs in relation to at least one person, and there is a possibility to carry out that act to others that are not within some narrow category or group of persons.

[11] Another objection may be that the making available for sale of a property that contains an unpublished artistic work does not constitute the making available of the work contained therein.

[12] There is little in the *Act* and in existing case law to either completely support or refute such an approach. While non-intuitive, there appears no fundamental reason why such an act cannot constitute publication. For example, it appears that the inclusion of photographs in a book made available for sale

argument doit être rejeté.

*Publication par la mise en vente dans le cadre d'une transaction plus importante*

[8] Un deuxième argument possible pourrait être que des exemplaires ont été mis à la disposition du public lorsque les gares où ils étaient situés ont été mises en vente. En effet, la mise en vente constitue la méthode de publication la plus courante de certains types d'œuvres, comme les livres.

[9] Une objection à cet argument pourrait être que trois exemplaires ne suffisent pas pour qu'une œuvre soit considérée comme mise à la disposition du « public ». Cette objection peut être réfutée, au motif que la *Loi* exige seulement que des « exemplaires » – sans qu'aucun nombre ne soit précisé – soient mis à la disposition du public et qu'il suffit que ces exemplaires puissent être achetés par le « public ». En d'autres mots, on pourrait faire valoir qu'il suffit que des exemplaires soient offerts au public, même si un nombre très limité d'exemplaires peuvent réellement être vendus.

[10] De plus, l'arrêt *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, semble appuyer la proposition selon laquelle tout acte est fait « au public » s'il se produit en lien avec au moins une personne et qu'il est possible qu'il soit fait à l'égard d'autres personnes qui ne font pas partie d'une catégorie ou d'un groupe restreints.

[11] Une autre objection pourrait être que la mise en vente d'une propriété qui contient une œuvre artistique non publiée n'équivaut pas à la mise à la disposition du public de l'œuvre qu'elle contient.

[12] Il existe peu d'éléments dans la *Loi* et la jurisprudence qui appuient ou réfutent complètement cet argument. Bien qu'il s'agisse d'un raisonnement non intuitif, il ne semble exister aucune raison fondamentale pour laquelle un tel acte ne pourrait constituer une publication. Par exemple, il semble que

to the public can constitute publication of those photographs, even though the primary object sold is the copy of the textual work. Is the offer and subsequent sale of the train stations containing copies of the work in question sufficiently similar to the case of an artistic work contained in a book?

[13] Some indicia of legislative intent may be found in other provisions relating to the publication of artistic works. The 1997 amendments (which came into force in 1999) introduced several provisions which clearly sought to prevent artistic works from being considered published. Not only was the exhibition of an artistic work deemed not to be a publication, but even the issuance of photographs or engravings of such a work was deemed to no longer be a publication of that work (s. 2.2(2)).

[14] While it cannot be inferred that there is a clear legislative intent that the scope of publication of artistic works should always be interpreted narrowly, there is evidence that the legislature did intend to limit the situations in which artistic works should be considered to have been published. Furthermore, while the concept of publication intuitively may include the example of an artistic work contained in a book, this intuition does not extend to the situation where, for example, a book is located on the premises of a property that is sold.

[15] Given a statutory context whereby the situations in which publication occurs is limited, and given the novel and non-intuitive nature of the kind of publication contemplated, we conclude that the sale, or offer for sale, of copies of the work, as part of the sale, or offer for sale, of the properties on which they were contained did not constitute

l'inclusion de photographies dans un livre mis en vente au public puisse constituer la publication de ces photographies, même si l'objet principal qui est vendu est l'exemplaire de l'ouvrage écrit. L'offre et la vente subséquente des gares qui contiennent les exemplaires de l'œuvre en question sont-elles suffisamment semblables au cas de la vente d'un livre contenant une œuvre artistique?

[13] Il est possible de trouver certains indices de l'intention du législateur dans d'autres dispositions liées à la publication d'œuvres artistiques. Les modifications de 1997 (qui sont entrées en vigueur en 1999) ont ajouté plusieurs dispositions clairement destinées à empêcher que des œuvres artistiques soient considérées comme publiées. En effet, le législateur a considéré non seulement que l'exposition en public d'une œuvre artistique ne constituait pas une publication, mais aussi que même l'édition de photographies et de gravures d'œuvres artistiques n'était plus réputée être une publication de ces œuvres (paragraphe 2.2(2)).

[14] Bien qu'il soit impossible de déduire de ces dispositions qu'il existe une intention législative claire selon laquelle la portée de la publication d'une œuvre artistique devrait toujours être interprétée restrictivement, certaines indications portent à croire que le législateur avait bien l'intention de limiter les situations dans lesquelles des œuvres artistiques devraient être considérées comme publiées. En outre, bien que le concept de la publication puisse intuitivement comprendre l'exemple d'une œuvre artistique contenue dans un livre, cette intuition ne s'applique pas à la situation où, par exemple, un livre se trouve sur une propriété vendue.

[15] Étant donné le contexte législatif limitant les situations où il y a publication ainsi que la nature inhabituelle et non intuitive du type de publication envisagé, nous concluons que la vente ou la mise en vente d'exemplaires de l'œuvre dans le cadre de la vente ou de la mise en vente des propriétés sur lesquelles ils se trouvaient ne constitue pas la publication

publication of that work.

**Conclusion**

[16] Given the evidence before us, we conclude that the work for which a licence is sought has not been published. Since the requirement of a work being published is one of jurisdiction, the Board has no discretion and as such, it denies the request for a licence.

de ces œuvres.

**Conclusion**

[16] Compte tenu de la preuve portée à notre connaissance, nous concluons que l'œuvre pour laquelle une licence est demandée n'a pas été publiée. Étant donné que l'exigence que l'œuvre soit publiée en est une de compétence, la Commission n'a aucun pouvoir discrétionnaire et doit donc rejeter la demande de licence.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall  
Secretary General