

A-330-12

A-330-12

2014 FCA 173

2014 CAF 173

Catherine Leuthold (*Appellant*)**Catherine Leuthold** (*appelante*)

v.

c.

Canadian Broadcasting Corporation et al.
(*Respondent*)**Société Radio-Canada et autre** (*intimée*)**INDEXED AS: LEUTHOLD v. CANADIAN BROADCASTING CORPORATION****RÉPERTORIÉ : LEUTHOLD c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA**

Federal Court of Appeal, Pelletier, de Montigny (*ex officio*) and Mainville J.J.A.—Montréal, February 25; Ottawa, June 27, 2014.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, de Montigny (d'office) et Mainville, J.C.A.—Montréal, 25 février; Ottawa, 27 juin 2014.

Copyright — Appeal from Federal Court decision awarding appellant damages, other remedies against Canadian Broadcasting Corporation (CBC) as result of admitted infringement of appellant's copyright in five images taken during terrorist attack on World Trade Center in New York City on September 11, 2001 — Appellant claiming \$22 million in damages but awarded US\$20 000 — Pictures appellant taking made available for licensing to news media — CBC wanting to use 5 of appellant's images for documentary; seeking appellant's consent to do so — Appellant providing written consent thereto but unclear whether consent applying to broadcast of documentary on Newsworld — CBC later seeking second licence (Stills Licence) to broadcast images, one year later, in documentary; appellant entering second licensing agreement therewith — At trial, CBC conceding having infringed appellant's copyright several times but disputing amounts owed therefrom — Federal Court finding, inter alia, that both licences granted including right to broadcast images on Newsworld; that unauthorized broadcasts on relevant dates constituting 6 acts of infringement for which appellant entitled to compensation; that broadcast of documentary containing images amounting to single act of infringement — Whether Newsworld covered by Stills Licence; how many acts of infringement existing herein; what was measure of damages for infringing acts; whether accounting of profits of cable companies generated by infringing broadcasts should be ordered — Newsworld separate entity from CBC — To extent conclusions drawn on basis of what appellant failed to exclude from Stills Licence, Federal Court's reasoning on whether Stills Licence covering Newsworld not accepted — CBC acquiring only those rights circumscribed by specific phrase at issue in Stills Licence agreement — As to whether appellant including Newsworld in grant of rights found in Stills Licence, Federal Court considering all evidence; reaching conclusion

Droit d'auteur — Appel d'une décision de la Cour fédérale ayant accordé à l'appelante des dommages-intérêts et d'autres recours contre la Société Radio-Canada (la SRC) à la suite de la violation admise du droit d'auteur de l'appelante dans cinq images prises lors des attentats terroristes contre le World Trade Center à New York le 11 septembre 2001 — L'appelante réclamait 22 millions de dollars en dommages-intérêts, mais elle s'est vu accorder 20 000 \$US — Les photos prises par l'appelante ont fait l'objet d'une licence pour des médias d'information — La SRC voulait utiliser cinq des images de l'appelante en vue d'un documentaire; elle a demandé le consentement de l'appelante à cette fin — L'appelante a donné son consentement écrit à la diffusion de ce documentaire, mais il était difficile de savoir si le consentement s'appliquait à la diffusion du documentaire sur Newsworld — La SRC a demandé par la suite une seconde licence (la licence d'utilisation des photographies) pour diffuser des images, un an plus tard, dans le documentaire; l'appelante a conclu un deuxième accord de licence avec la SRC — Au procès, la SRC a admis avoir violé les droits d'auteur de l'appelante plusieurs fois, mais a contesté les montants dus à celle-ci — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que les deux licences accordées comprenaient le droit de diffuser des images sur Newsworld; que les diffusions non autorisées aux dates pertinentes constituaient six actes de violation pour lesquels l'appelante avait droit à réparation; que la diffusion du documentaire contenant des images équivalait à un seul acte de violation — Il s'agissait de savoir si Newsworld était visée par la licence d'utilisation des photographies; combien il y a eu d'actes de violation en l'espèce; quel était le montant des dommages-intérêts pour ces actes de violation; si une comptabilisation des profits des sociétés de câblodistribution tirés des radiodiffusions contrefaisantes devait être ordonnée — Newsworld est une entité distincte de la

reasonably open thereto based on evidence — Error thereof regarding interpretation of Stills Licence not fatal to conclusion; not making palpable or overriding error warranting intervention — Therefore, broadcast of images on Newsworld on September 10, 2002 not constituting act of infringement of appellant's copyright — No rights acquired by virtue of appellant's failure to exclude Newsworld from grant of licence — As to number of acts of infringement, Copyright Act, s. 2.4(1)(c) examined — Act, s. 2.4(1)(c) properly interpreted having effect of making network transmission of cable programming material to public via broadcasting distribution undertaking single infringement of copyright holder's rights if network not properly clearing rights with respect to transmission — In present case, six transmissions of documentary containing appellant's images, in violation of appellant's copyright, constituting six acts of infringement as Federal Court finding — Federal Court also concluding that each of six broadcasts of documentary at issue considered single communication to public; thus single act of infringement — Since damages depending on number of infringing broadcasts, Court's comments indicative of view that each retransmission not separate act of infringement — Federal Court making no palpable, overriding error in making such conclusion — Since Federal Court correctly finding that only six acts of infringement existing, appellant's argument on measure, amount of damages failing; appeal on accounting of profits also failing — Appeal dismissed.

This was an appeal from a Federal Court decision awarding the appellant damages and other remedies against the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) as a result of the admitted infringement of her copyright in five images taken during the terrorist attack on the World Trade Center on September 11, 2001. The appellant appealed because the Court awarded her damages of US\$20 000 when her claim was for \$22 million. The difference between these two figures

SRC — Le raisonnement de la Cour fédérale quant à la question de savoir si la licence d'utilisation des photographies visait Newsworld n'a pas été accepté dans la mesure où des conclusions ont été tirées en fonction de ce que l'appelante n'a pas réussi à exclure de la licence d'utilisation des photographies — La SRC n'a acquis que les droits circonscrits par l'expression précise en cause dans l'accord de licence d'utilisation des photographies — Quant à savoir si l'appelante a inclus Newsworld dans l'octroi des droits énoncés dans la licence d'utilisation des photographies, la Cour fédérale a examiné tous les éléments de preuve; il lui était raisonnablement loisible d'en arriver à la conclusion qu'elle a tirée au vu de cette preuve — L'erreur de la Cour fédérale concernant l'interprétation de la licence d'utilisation des photographies n'a pas eu pour effet de vicier sa conclusion; elle n'a pas commis une erreur manifeste et dominante qui aurait justifié une intervention — Par conséquent, la diffusion d'images sur Newsworld le 10 septembre 2002 ne constituait pas un acte de violation des droits d'auteur de l'appelante — Aucun droit n'a été acquis par suite du défaut de l'appelante d'exclure Newsworld de l'octroi de licence — Quant au nombre d'actes de violation, l'art. 2.4(1)c) de la Loi sur le droit d'auteur a été examiné — L'art. 2.4(1)c) correctement interprété a pour effet de faire de la transmission par réseau de matériel de programmation par câble au public par l'intermédiaire d'une entreprise de distribution de radiodiffusion une infraction unique des droits du titulaire du droit d'auteur si le réseau ne règle pas correctement les droits relativement à la transmission — En l'espèce, les six transmissions du documentaire contenant les images de l'appelante, en violation du droit d'auteur de celle-ci, constituaient six actes de violation selon la conclusion de la Cour fédérale — La Cour fédérale a également conclu que chacune des six diffusions du documentaire en cause était considérée comme une communication unique au public; par conséquent, il s'agissait d'un acte de violation unique — Comme les dommages-intérêts dépendaient du nombre de radiodiffusions contrefaisantes, les observations de la Cour reflétaient son point de vue que chaque retransmission n'était pas un acte de violation distinct — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en arrivant à une telle conclusion — Comme la Cour fédérale a conclu à bon droit qu'il n'existait que six actes de violation, l'argument de l'appelante sur la mesure et le montant des dommages-intérêts ne pouvait être retenu; l'appel sur la comptabilisation des profits devait également être rejeté — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale ayant accordé à l'appelante des dommages-intérêts et d'autres recours contre la Société Radio-Canada (la SRC) à la suite de la violation admise du droit d'auteur de l'appelante dans cinq images prises lors des attentats terroristes contre le World Trade Center à New York le 11 septembre 2001. L'appelante a interjeté appel parce que la Cour lui a accordé des dommages-intérêts de 20 000 \$US alors qu'elle

depended largely on the number of times the appellant's copyright in the images were infringed.

The appellant, a professional photo-journalist residing in New York City, took a number of photographs on September 11, 2001 during the events which unfolded that day. She later made them available for licensing by news media and others. Later, the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) commissioned a documentary which was meant to show how the events of 9/11 were seen through the eyes of journalists and photographers who covered the story as it happened. The CBC wanted to use five of the appellant's images and sought her consent to do so. The appellant only provided her written consent on March 19, 2002, while the CBC documentary was broadcast on March 17. It was also unclear whether the consent applied to the broadcast of the documentary that same day on Newsworld. Subsequently, the CBC sought a waiver from the appellant respecting the March 2002 broadcasts and later to obtain a licence to broadcast the images in the documentary a second time in September 2002. The appellant thus entered into a second licensing agreement (the Stills Licence) in October of that year granting the CBC the right to broadcast the images on Canadian television for one broadcast on CBC's network and regional TV stations. The documentary was broadcast on the CBC network and on Newsworld on September 10 and again on Newsworld on September 11, 2002. Following this, CBC directed that the appellant's images be removed from the documentary since it was known at that point that the appellant was not prepared to give the CBC unlimited rights to broadcast her images. The images were only removed from some versions of the documentary but not others. The documentary was rebroadcast in 2003 and 2004 and all but one of those broadcasts was of a version of the documentary containing the appellant's images. At trial, the CBC conceded that it had infringed the appellant's copyright a number of times but disputed the amounts owed thereto as a result of those infringing broadcasts. The appellant argued in particular that the first licence granted did not extend to Newsworld and that both licences authorized only a single over-the-air broadcast in a single time zone.

The Federal Court found that both licences granted included the right to broadcast the images on Newsworld; that the phrase "one broadcast on CBC's Network & Regional TV stations" in the second licensing agreement included the right to one broadcast in each time zone on the ground that this was industry practice; and that the unauthorized broadcasts on the relevant dates constituted 6 acts of infringement

demandait 22 millions de dollars. La différence entre ces deux chiffres dépendait en grande partie du nombre de fois où le droit d'auteur de l'appelante dans les images avait été violé.

L'appelante, une photjournaliste professionnelle résidant à New York, a pris un certain nombre de photographies le 11 septembre 2001, lors des événements qui se sont déroulés ce jour-là. Elle a plus tard consenti à ce que ces photographies fassent l'objet d'une licence par les médias d'information et autres médias. Plus tard, la Société Radio-Canada (la SRC) a commandé un documentaire qui devait montrer le déroulement des attentats du 11 septembre du point de vue des journalistes et des photographes qui ont couvert l'événement tel qu'il se passait. La SRC voulait utiliser cinq des images de l'appelante et lui a demandé son consentement pour ce faire. L'appelante n'a donné son consentement écrit que le 19 mars 2002, tandis que le documentaire de la CBC a été diffusé le 17 mars. Il était également difficile de savoir si le consentement s'appliquait à la diffusion du documentaire le même jour sur Newsworld. Par la suite, la SRC a demandé à l'appelante de signer une renonciation relativement aux diffusions de mars 2002 et plus tard, en vue d'obtenir une licence pour diffuser une deuxième fois les images du documentaire en septembre 2002. L'appelante a donc conclu un deuxième accord de licence (la licence d'utilisation des photographies) en octobre de cette même année accordant à la SRC le droit de diffuser les images à la télévision canadienne dans le cadre d'une seule diffusion sur le réseau et les stations de télévision régionales de la SRC. Le documentaire a été diffusé sur le réseau de la SRC et sur Newsworld le 10 septembre et de nouveau sur Newsworld le 11 septembre 2002. Par la suite, la SRC a ordonné que les images de l'appelante soient retirées du documentaire étant donné qu'il était connu à cette époque que l'appelante n'était pas disposée à accorder à la SRC des droits illimités pour diffuser ses images. Les images n'ont été retirées que de certaines versions du documentaire, mais pas d'autres. Le documentaire a été rediffusé en 2003 et 2004 et toutes les diffusions sauf une étaient une version du documentaire qui contenait les images de l'appelante. Au procès, la SRC a admis qu'elle avait violé le droit d'auteur de l'appelante un certain nombre de fois, mais a contesté les sommes dues à celle-ci à la suite de ces diffusions contrefaisantes. L'appelante a fait valoir en particulier que la première licence accordée ne visait pas Newsworld et que les deux licences n'autorisaient qu'une seule diffusion en direct dans un seul fuseau horaire.

La Cour fédérale a conclu que les deux licences accordées comprenaient le droit de diffuser les images sur Newsworld; que l'expression « une seule diffusion sur le réseau et les stations régionales de télévision de la SRC » dans le deuxième accord de licence incluait le droit à une seule diffusion dans chaque fuseau horaire au motif qu'il s'agissait là d'une pratique de l'industrie, et que les diffusions non autorisées aux

for which the appellant was entitled to compensation. It found that the broadcast of the documentary containing the images on each of the relevant dates amounted to a single act of infringement since there was only one communication of the program to the Canadian public. It set damages to US\$19 200 for the 6 infringing broadcasts and another small amount was set as award for profits.

The issues were whether Newsworld was covered by the Stills Licence; how many acts of infringement existed in this case; what was the measure of damages for the acts of infringement; and whether an accounting of profits of the cable companies, which were generated by the infringing broadcasts, should be ordered.

Held, the appeal should be dismissed.

Regarding whether Newsworld was covered by the Stills Licence, the meaning of the phrase “for one broadcast on CBC’s Network & Regional TV stations” had to be determined. Newsworld is a separate entity from the CBC for regulatory purposes and is a separate undertaking. The Federal Court reached its conclusion largely on the basis of evidence of industry practice. To the extent that conclusions were drawn on the basis of what the appellant failed to exclude from the Stills Licence, the Federal Court’s reasoning could not be accepted. A licensee acquires only those rights which the licensor has granted it. The CBC acquired only those rights which were circumscribed by that specific phrase at issue in the Stills Licence agreement. No rights were acquired by virtue of the appellant’s failure to exclude Newsworld from this grant of a licence. Whether the appellant included Newsworld in the grant of rights found in the Stills Licence had to be determined. The Federal Court considered all the evidence and reached a conclusion that was reasonably open to it based on that evidence. Its error regarding the interpretation of the Stills Licence was not fatal to that conclusion. There was no palpable or overriding error warranting intervention. As a result, the broadcast of the images on Newsworld on September 10, 2002, was not an act of infringement of the appellant’s copyright.

As to the number of acts of infringement in this case, the appellant relied on paragraph 2.4(1)(c) of the *Copyright Act* in support of her claim that each transmission to a broadcasting distribution undertaking (BDU) by the CBC was an infringement of copyright. However, paragraph 2.4(1)(c) legislates that the distribution of a network signal incorporating a protected work to BDUs and the subsequent communication of

dates pertinentes constituait six actes de violation pour lesquels l’appelante avait droit à réparation. La Cour fédérale a statué que la diffusion du documentaire contenant les images à chacune des dates pertinentes équivalait à un seul acte de violation, car il n’y avait eu qu’une seule communication du programme au public canadien. Elle a fixé le montant des dommages-intérêts à 19 200 \$US pour les six diffusions contrefaisantes et a accordé un autre petit montant pour les profits.

Il s’agissait de savoir si Newsworld était visée par la licence d’utilisation des photographies; combien il y a eu d’actes de violation en l’espèce; quel était le montant des dommages-intérêts pour ces actes de violation et si une comptabilisation des profits des sociétés de câblodistribution tirés des radiodiffusions contrefaisantes devait être ordonnée.

Arrêt : l’appel doit être rejeté.

Quant à savoir si Newsworld était visée par la licence d’utilisation des photographies, le sens de l’expression « dans le cadre d’une seule diffusion sur le réseau et les stations régionales de télévision de la SRC » devait être déterminé. Newsworld est une entité distincte de la SRC à des fins réglementaires et est une entreprise distincte. La Cour fédérale en est arrivée à sa conclusion en grande partie en se fondant sur la preuve relative aux pratiques de l’industrie. Dans la mesure où les conclusions ont été tirées en fonction de ce que l’appelante n’a pas réussi à exclure de la licence d’utilisation des photographies, le raisonnement de la Cour fédérale ne pouvait pas être accepté. Un titulaire de licence acquiert uniquement les droits que le concédant lui a accordés. La SRC n’a acquis que les droits circonscrits par l’expression précise en cause dans l’accord de licence d’utilisation des photographies. Aucun droit n’a été acquis par suite du défaut de l’appelante d’exclure Newsworld de l’octroi de licence. Il s’agissait de déterminer si l’appelante avait inclus Newsworld dans l’octroi des droits énoncés dans la licence d’utilisation des photographies. La Cour fédérale a examiné l’ensemble de la preuve et il lui était raisonnablement loisible d’en arriver à la conclusion qu’elle a tirée au vu de cette preuve. Son erreur concernant l’interprétation de la licence d’utilisation des photographies n’a pas eu pour effet de vicier sa conclusion. Il n’y avait aucune erreur manifeste et dominante justifiant une intervention. Par conséquent, la diffusion des images sur Newsworld le 10 septembre 2002 ne constituait pas un acte de violation du droit d’auteur de l’appelante.

Quant au nombre d’actes de violation, l’appelant a fait valoir l’alinéa 2.4(1)c) de la *Loi sur le droit d’auteur* à l’appui de sa prétention que chaque transmission à une entreprise de distribution de radiodiffusion (EDR) par la SRC constituait une violation du droit d’auteur. Toutefois, l’alinéa 2.4(1)c) dispose que la distribution d’un signal de réseau incorporant une œuvre protégée aux EDR et la communication ultérieure

that work to subscribers is but a single network-wide infringement in which each participating BDU is jointly and severally liable along with the network. In that way, all those who benefit from the communication of the work share in the liability for compensating the rights holder, subject to whatever arrangements may be in place between them. This reading of paragraph 2.4(1)(c) of the Act moves in the direction of technological neutrality in that the number of infringing acts does not vary according to the number of intermediaries in the transmission chain. There is one act of infringement whether the work is communicated to the public via one BDU or via hundreds of them. The measure of damages may depend upon the number of viewers of the work, which has a rational connection with compensation. Paragraph 2.4(1)(c) properly interpreted has the effect of making a network transmission of cable programming material to the public via BDUs a single infringement of a copyright holder's rights if the network has not properly cleared the rights with respect to that transmission. In this case, the six transmissions of the documentary containing the appellant's images, in violation of her copyright, constituted six acts of infringement as found by the Federal Court. The Federal Court also came to the conclusion that each of the six broadcasts on the relevant dates was a single communication to the public of the documentary containing the appellant's images and thus a single act of infringement. This conclusion was reached on the basis that the technical means used to relay the infringing copies were not determinative of the damages. Given that damages depended on the number of infringing broadcasts, the Court's comments were indicative of its view that each retransmission was not a separate act of infringement. It made no palpable and overriding error in coming to that conclusion, which would justify intervention.

The appellant, while not conceding that the Federal Court was correct in finding that there were only six acts of infringement, adopted its conclusion that the amount of damages flowing from an act of infringement represented US\$3 200. Since the Federal Court correctly found that there were only six acts of infringement, the appellant's argument on the measure and amount of damages failed.

The ground of appeal pertaining to an accounting of profits failed as well. In particular, the BDUs were not party to the litigation and the Federal Court of Appeal had no jurisdiction to make an order against them.

de cette œuvre aux abonnés constitue une communication unique à l'ensemble du réseau dans le cadre de laquelle chaque EDR participante est solidairement responsable avec le réseau. De cette façon, tous ceux qui bénéficient de la communication de l'œuvre partagent la responsabilité d'indemniser le titulaire des droits, sous réserve de tout accord qui peut avoir été mis en place entre eux. Cette lecture de l'alinéa 2.4(1)c) de la Loi tend vers la neutralité technologique en ce que le nombre d'actes de violation ne varie pas en fonction du nombre d'intermédiaires dans la chaîne de transmission. Il n'y a qu'un acte de violation et c'est de savoir si l'œuvre est communiquée au public par l'intermédiaire d'une seule EDR ou par des centaines d'entre elles. La mesure des dommages-intérêts peut dépendre du nombre de téléspectateurs de l'œuvre, qui a un lien rationnel avec l'indemnisation. L'alinéa 2.4(1)c) correctement interprété a pour effet de faire de la transmission par réseau de matériel de programmation par câble au public par l'intermédiaire d'EDR une infraction unique des droits du titulaire du droit d'auteur si le réseau ne règle pas correctement les droits relativement à la transmission. En l'espèce, les six transmissions du documentaire contenant les images de l'appelante, en violation du droit d'auteur de celle-ci, constituaient six actes de violation selon la conclusion de la Cour fédérale. La Cour fédérale en est également venue à la conclusion que chacune des six diffusions aux dates pertinentes était une communication unique au public du documentaire contenant les images de l'appelante et par conséquent, il s'agissait d'un acte de violation unique. Cette conclusion a été tirée au motif que les moyens techniques utilisés pour diffuser les copies contrefaisantes n'ont aucune pertinence pour le calcul des dommages-intérêts. Étant donné que les dommages-intérêts dépendaient du nombre de diffusions contrefaisantes, les observations de la Cour reflétaient son point de vue que chaque retransmission n'était pas un acte de violation distinct. Elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en arrivant à cette conclusion, qui aurait justifié une intervention.

L'appelante, tout en ne concédant pas que la Cour fédérale a eu raison en concluant qu'il n'y avait que six actes de violation, en est venue à la conclusion que le montant des dommages-intérêts découlant d'un acte de violation représentait 3 200 \$US. Comme la Cour fédérale a conclu à bon droit qu'il n'existait que six actes de violation, l'argument de l'appelante sur la mesure et le montant des dommages-intérêts ne pouvait être retenu.

Le motif d'appel relatif à la restitution des profits a également été rejeté. En particulier, les EDR n'étaient pas parties au litige et la Cour d'appel fédérale n'a pas compétence pour rendre une ordonnance contre elles.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, s. 2(1) “broadcasting”.
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2.4(1)(c), 31(2).
International Sale of Goods Act, R.S.O. 1990, c. I.10.
Sale of Goods Act, R.S.O. 1990, c. S.1, s. 2.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Schedule to the *International Sale of Goods Contracts Convention Act*, S.C. 1991, c. 13.

CASES CITED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

DISTINGUISHED:

Bishop v. Stevens, [1990] 2 S.C.R. 467, (1990), 72 D.L.R. (4th) 97.

CONSIDERED:

Canadian Broadcasting Corporation v. SODRAC 2003 Inc., 2014 FCA 84, [2015] 1 F.C.R. 509.

REFERRED TO:

Toronto (City of) v. Cacciatore, 2002 CanLII 44998, 161 O.A.C. 132; *Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Davies*, [1981] 2 S.C.R. 670, (1981), 130 D.L.R. (3d) 748; *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2010 FCA 183, 409 N.R. 152; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231.

APPEAL from a Federal Court decision (2012 FC 748, 413 F.T.R. 162) awarding the appellant damages and other remedies against the Canadian Broadcasting Corporation as a result of the admitted infringement of her copyright in five images taken during the terrorist attack on the World Trade Center on September 11, 2001. Appeal dismissed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « radiodiffusion ».
Loi sur la vente d'objets, L.R.O. 1990, ch. S.1, art. 2.
Loi sur la vente internationale de marchandises, L.R.O. 1990, ch. I.10.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2.4(1)c), 31(2).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, annexe de la *Loi sur la Convention relative aux contrats de vente internationale de marchandises*, L.C. 1991, ch. 13.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

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

DÉCISION EXAMINÉE :

Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc., 2014 CAF 84, [2015] 1 R.C.F. 509.

DÉCISIONS CITÉES :

Toronto (City of) v. Cacciatore, 2002 CanLII 44998, 161 O.A.C. 132; *Zurich du Canada Cie d'assurance-vie c. Davies*, [1981] 2 R.C.S. 670; *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2010 CAF 183; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2012 CF 748,) ayant accordé à l'appelante des dommages-intérêts et d'autres recours contre la Société Radio-Canada à la suite de la violation admise du droit d'auteur de l'appelante dans cinq images prises lors des attentats terroristes contre le World Trade Center à New York le 11 septembre 2001. Appel rejeté.

APPEARANCES

Daniel O'Connor for appellant.
Christian Leblanc for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Daniel O'Connor, Pointe-Claire, Quebec, for appellant.
Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: Ms. Leuthold appeals from the judgment of the Federal Court, reported as *Leuthold v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2012 FC 748, 413 F.T.R. 162, in which she was awarded damages and other remedies against the Canadian Broadcasting Corporation as a result of the admitted infringement of her copyright in five images taken during the terrorist attack on the World Trade Center on September 11, 2001.

[2] Ms. Leuthold appeals because the Court awarded her damages of US\$20 000 when her claim was for \$22 million. The difference between these two numbers depends largely on the number of times Ms. Leuthold's copyright in the images was infringed which is the major issue in this appeal.

[3] For the reasons which follow, I would dismiss Ms. Leuthold's appeal.

I. THE FACTS AND THE DECISION UNDER APPEAL

[4] Ms. Leuthold, a professional photo-journalist, resides in New York City and was present in that city on September 11, 2001. As the events of that fateful day unfolded, Ms. Leuthold took a number of photographs which she later made available for licensing by news media and others. In the months following these events, the Canadian Broadcasting Corporation (the CBC) commissioned a documentary which was meant to show how the events of 9/11 were seen through the eyes of

ONT COMPARU

Daniel O'Connor pour l'appelante.
Christian Leblanc pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Daniel O'Connor, Pointe-Claire, Québec, pour l'appelante.
Fasken Martineau DuMoulin, s.e.n.c.r.l., s.r.l., Montréal, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : M^{me} Leuthold interjette appel du jugement de la Cour fédérale, publié sous *Leuthold c. Société Radio-Canada*, 2012 CF 748, dans lequel elle s'est vu accorder des dommages-intérêts et d'autres mesures pour la violation avouée de son droit d'auteur, par la Société Radio-Canada, sur cinq images prises lors de l'attaque terroriste du 11 septembre 2001 au World Trade Center.

[2] M^{me} Leuthold interjette appel parce que la Cour lui a accordé des dommages-intérêts de 20 000 \$US alors que sa prétention s'élevait à 22 millions de dollars. L'écart entre ces deux montants est en grande partie attribuable au désaccord quant au nombre de fois que le droit d'auteur de M^{me} Leuthold sur les images a été violé, principale question en litige dans le présent appel.

[3] Par les motifs qui suivent, je rejeterais l'appel de M^{me} Leuthold.

I. LES FAITS ET LA DÉCISION VISÉE PAR L'APPEL

[4] M^{me} Leuthold, photjournaliste professionnelle, réside à New York et se trouvait dans cette ville le 11 septembre 2001. Tout au long de cette journée fatidique, M^{me} Leuthold a pris des photographies, qu'elle a par la suite offertes notamment à des médias d'information moyennant la négociation d'une licence. Dans les mois qui ont suivi la tragédie, la Société Radio-Canada (la SRC) a commandé un documentaire qui visait à présenter le déroulement des attentats du 11 septembre

journalists, cameramen and photographers who covered the story as it happened.

[5] The CBC wished to use five of Ms. Leuthold's images (the images) and contacted her for her permission to do so. Negotiations took some time with the result that while the documentary was broadcast on March 17, 2002, Ms. Leuthold did not communicate her written consent to the use of the images until March 19th (the March 19th licence). An issue arose as to whether that consent also applied to the broadcast of the documentary the same day on Newsworld, the CBC's 24 hour specialty news channel.

[6] Following the initial broadcasts, the CBC continued to deal with Ms. Leuthold, first, to get her to sign a waiver with respect to the March 2002 broadcasts and later, to obtain a licence to broadcast the images in the documentary a second time in September 2002. On October 7, 2002, Ms. Leuthold entered into a second licensing agreement which was referred to in the Federal Court decision as the Stills Licence. In that licence, she granted the CBC "the right (but not the obligation) to broadcast the [images] on Canadian television for one broadcast on CBC's Network & Regional TV stations".

[7] The documentary was broadcast on the CBC network and on Newsworld on September 10, 2002 and again on Newsworld on September 11, 2002. Following this, an official at CBC directed that Ms. Leuthold's images be removed from the documentary as it was known by then that Ms. Leuthold was not prepared to give the CBC unlimited rights to broadcast her images. For reasons unknown, the images were only removed from some versions of the documentary but not others. The documentary was rebroadcast in 2003 and 2004; as luck would have it, all but one of those broadcasts was of a version of the documentary which contained Ms. Leuthold's images. At trial, CBC conceded that it had infringed Ms. Leuthold's copyright on September 11, 2002, September 7, 2003, September 8, 2003, September 11, 2004, and twice on September 12, 2004 (collectively, the relevant dates) but disputed the

du point de vue des journalistes, des caméramans et des photographes qui couvraient les événements ce jour-là.

[5] La SRC souhaitait utiliser cinq des images prises par M^{me} Leuthold (les images) et a pris contact avec elle pour obtenir sa permission. Comme les négociations ont pris un certain temps, le documentaire a été diffusé le 17 mars 2002, avant que M^{me} Leuthold ne communique son consentement écrit pour l'utilisation des images le 19 mars (la licence du 19 mars). Une question s'est alors posée : ce consentement s'appliquait-il aussi à la diffusion du documentaire le même jour sur Newsworld, la chaîne spécialisée d'information en programmation continue de la SRC?

[6] À la suite de ces premières diffusions, la SRC a continué de négocier avec M^{me} Leuthold en vue, premièrement, de l'amener à signer une renonciation touchant les diffusions de mars 2002, et, deuxièmement, d'obtenir une licence pour la diffusion des images dans le documentaire une deuxième fois, en septembre 2002. Le 7 octobre 2002, M^{me} Leuthold a conclu un deuxième contrat de licence, appelé, dans la décision de la Cour fédérale, « Licence d'utilisation des photographies ». Par cette licence, elle accordait à la SRC [TRADUCTION] « le droit (mais non l'obligation) de présenter les [images] à la télévision canadienne dans le cadre d'une seule diffusion sur son réseau et ses stations régionales de télévision ».

[7] Le documentaire a été présenté sur le réseau de la SRC et sur Newsworld le 10 septembre 2002, puis de nouveau sur Newsworld le 11 septembre 2002. Par la suite, un responsable de la SRC a ordonné que les images de M^{me} Leuthold soient retirées du documentaire, puisqu'on savait alors que M^{me} Leuthold n'était pas disposée à accorder à la SRC des droits illimités quant à la diffusion de ses images. Pour des raisons inconnues, les images ont été retirées seulement de certaines versions du documentaire, mais pas d'autres. Le documentaire a été rediffusé en 2003 et en 2004; le hasard a voulu que dans toutes ces rediffusions, à une exception près, on a utilisé une version du documentaire qui contenait les images de M^{me} Leuthold. Au procès, la SRC a concédé qu'elle avait violé le droit d'auteur de M^{me} Leuthold le 11 septembre 2002, le 7 septembre 2003, le 8 septembre 2003, le 11 septembre 2004 et à deux

amounts owed to Ms. Leuthold as a result of those infringing broadcasts.

[8] Ms. Leuthold’s argument at trial was that the March 19th licence did not extend to Newsworld so that even if the broadcast of the images on the CBC network was covered by the licence, the broadcast by Newsworld was not. The trial Judge found that the March 19th licence included the right to broadcast the images on Newsworld. This conclusion is not challenged on appeal.

[9] The trial Judge also found that the Stills Licence applied to the broadcast of the images by Newsworld. In particular, he found that the expression [at paragraph 89] “One broadcast on CBC’s Network & Regional TV stations” included Newsworld for the following reasons:

- CBC’s practice was to always include Newsworld when it was clearing rights.
- It was not commercially sensible to conclude that CBC would have agreed to terms which ran counter to its normal usage.
- The *contra proferentem* rule does not apply because any ambiguity can be resolved by reference to industry practice.

[10] Ms. Leuthold argued that both licences authorized only a single over-the-air broadcast in a single time zone so that the broadcast of the documentary later in other time zones was an infringement by CBC. As a result, after the broadcast of the documentary in the Atlantic region, each subsequent broadcast in the same time slot in each time zone from east to west across the country was also an infringement. Finally, Ms. Leuthold also argued that each retransmission of the broadcast in the chain from the CBC studio to the consumer was in infringement so that each Broadcasting Distribution Undertaking or BDU (such as a cable companies or

reprises le 12 septembre 2004 (collectivement, les dates pertinentes), mais elle a contesté les montants dus à M^{me} Leuthold en raison de ces radiodiffusions contrefaisantes.

[8] La thèse avancée par M^{me} Leuthold au procès est que la licence du 19 mars ne couvrait pas Newsworld, de sorte que même si la diffusion des images par le réseau de la SRC entrait dans les prévisions de la licence, la diffusion par Newsworld ne l’était pas. Le juge de première instance a conclu que la licence du 19 mars incluait le droit de diffuser les images sur Newsworld. Cette conclusion n’est pas attaquée en appel.

[9] Le juge de première instance a aussi conclu que la Licence d’utilisation des photographies visait la diffusion des images par Newsworld. En particulier, il a conclu [au paragraphe 89] que les mots « [TRADUCTION] “une seule diffusion sur [le] réseau et [les] stations régionales de télévision [de la SRC]” » incluait Newsworld pour les raisons suivantes :

- La SRC avait pour pratique d’inclure d’office Newsworld lorsqu’elle affranchissait des droits.
- Sur le plan de la rationalité commerciale, il était insensé de conclure que la SRC aurait accepté des conditions qui iraient à l’encontre de sa pratique normale.
- La règle portant que le doute s’interprète contre le stipulant (*contra proferentem*) ne jouait pas parce que toute ambiguïté pouvait être résolue en se référant aux pratiques de l’industrie.

[10] M^{me} Leuthold a soutenu que les deux licences n’autorisaient qu’une seule et unique diffusion, dans un seul fuseau horaire, de sorte que la diffusion ultérieure du documentaire dans d’autres fuseaux horaires constituait une violation du droit d’auteur par la SRC. Ainsi, après la diffusion du documentaire dans la région de l’Atlantique, chaque diffusion subséquente dans le même créneau horaire dans chaque fuseau horaire, d’est en ouest au pays, constituait également une violation. Enfin, M^{me} Leuthold a soutenu que chaque retransmission de l’émission dans la chaîne allant du studio de la SRC jusqu’au consommateur constituait une violation,

satellite distribution system) and each local affiliate was also an infringer with whom the CBC was jointly and severally liable.

[11] The trial Judge found that the “one broadcast” contemplated by the Stills Licence included the right to one broadcast in each time zone on the ground that this was industry practice; see reasons, at paragraphs 70–71. This is not challenged directly in this appeal but the issue is implicit in the calculation of the number of infringing acts.

[12] The CBC admitted that it was jointly and severally liable with the cable companies for the unauthorized broadcasts of the images on the relevant dates. It did not, however, concede that each retransmission by each cable company was an act of infringement.

[13] Having found that Newsworld was included in both licences, the trial Judge went on to find that the unauthorized broadcasts on the relevant dates constituted six acts of infringement for which Ms. Leuthold was entitled to compensation. The trial Judge accepted the CBC’s argument based on the definition of “broadcasting” in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11.

[14] The trial Judge appears to have found that the expression “other means of telecommunication” included the cable systems so that a broadcast was a transmission from the CBC to the public: see reasons, at paragraphs 98–100. In the trial Judge’s view, the broadcast of the documentary containing the images on each of the relevant dates amounted to a single act of infringement as there was, on each of the relevant dates, but one communication of the program to the Canadian public.

[15] The trial Judge then turned to the issue of damages. He found that the technical means by which the documentary was communicated to the public ought not to be a factor in the calculation of damages. After

de sorte que chaque entreprise de distribution de radiodiffusion ou EDR (comme les entreprises de câblodistribution ou les systèmes de distribution par satellite) et chaque société affiliée locale était aussi un contrefacteur avec lequel la SRC était solidairement responsable.

[11] Le juge de première instance a conclu que les mots [TRADUCTION] « une seule diffusion » utilisés dans la Licence d’utilisation des photographies incluaient le droit à une seule diffusion dans chaque fuseau horaire parce que c’était conforme aux pratiques de l’industrie; motifs, aux paragraphes 70 et 71. Ce point n’est pas attaqué directement dans le présent appel, mais la question se pose implicitement pour le calcul du nombre d’actes contrefaisants.

[12] La SRC a admis qu’elle était solidairement responsable, avec les entreprises de câblodistribution, de la diffusion non autorisée des images aux dates pertinentes. Elle n’a toutefois pas concédé que chaque retransmission par chaque entreprise de câblodistribution constituait un acte de violation.

[13] Après avoir conclu que Newsworld était visée par les deux licences, le juge de première instance a également conclu que les diffusions non autorisées aux dates pertinentes constituaient six actes de violation pour lesquels M^{me} Leuthold avait droit d’être indemnisée. Le juge a retenu la thèse de la SRC fondée sur la définition de « radiodiffusion » au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11.

[14] Le juge de première instance semble avoir considéré que les mots « autre moyen de télécommunication » englobaient les systèmes de câblodistribution, de sorte qu’une radiodiffusion était une transmission de la SRC destinée à être reçue par le public : motifs, aux paragraphes 98 à 100. Selon le juge, la diffusion du documentaire contenant les images à chacune des dates pertinentes équivalait à un seul acte de violation puisqu’il n’y avait à chacune des dates pertinentes qu’une seule transmission de l’émission au public canadien.

[15] Le juge de première instance s’est ensuite penché sur la question des dommages-intérêts. Il a conclu que les moyens techniques par lesquels le documentaire était communiqué au public ne devaient pas constituer un

reviewing the law of damages, the trial Judge concluded that the starting point was the price which would have been asked for broadcast licences, had they been sought in advance of the infringing broadcasts. He reviewed the evidence as to the prices paid for Ms. Leuthold's images in the past, noting that she was careful to limit the number of uses to be made of her images under each licence which she negotiated. The Court set the quantum of damages for each infringement at US\$3 200 for each of the six unauthorized broadcasts on the basis that Ms. Leuthold could have negotiated a higher fee than the US\$2 500 fee which she agreed to in the Stills Licence if she had known of the repeated use of the images. This amounts to US\$19 200 for the six infringing broadcasts.

[16] On the issue of recovery of profits, the trial Judge refused to order an accounting of profits and calculated the amount due to Ms. Leuthold under this heading by dividing Newsworlds' gross revenue by the proportion of the entire broadcast taken up by the display of the images. This yielded an award for profits of \$66 for the 2003 broadcasts and \$102.73 for the 2004 broadcasts.

[17] Ms. Leuthold withdrew her claim for punitive damages against the CBC and one of its employees but pursued her claim for exemplary damages, arguing that they acted in a callous manner. The trial Judge dismissed the claim for exemplary damages because he was satisfied that the infringing broadcasts were the result on an honest mistake, not a deliberate decision to infringe Ms. Leuthold's copyright.

[18] The trial Judge dismissed Ms. Leuthold's claim for an injunction on the basis that there was no probability that CBC would broadcast the copies of the documentary containing Ms. Leuthold's images again.

facteur dont il fallait tenir compte pour le calcul des dommages-intérêts. Après avoir examiné le droit en matière de dommages-intérêts, le juge a conclu que le point de départ de ce calcul était la somme qu'on aurait pu demander pour des licences de radiodiffusion si on les avait demandées avant les radiodiffusions contrefaisantes. Il a examiné les éléments de preuve relatifs aux montants payés antérieurement pour les images de M^{me} Leuthold, et a fait observer que cette dernière avait tenu, dans le cadre de chaque licence qu'elle avait négociée, à limiter le nombre d'utilisations qui pouvaient être faites de ses images. La Cour a fixé le montant des dommages-intérêts de chaque violation à 3 200 \$US pour chacune des six diffusions non autorisées, estimant que M^{me} Leuthold aurait pu négocier un montant plus élevé que 2 500 \$US, montant qu'elle a accepté dans la Licence d'utilisation des photographies, si elle avait su qu'on utiliserait ses images à plusieurs reprises. Ce montant s'élevait à 19 200 \$US pour les six radiodiffusions contrefaisantes.

[16] En ce qui a trait à la question de la restitution des profits, le juge de première instance a refusé d'ordonner une telle restitution et a calculé le montant dû à M^{me} Leuthold à ce titre en divisant le revenu brut de Newsworld par la proportion de la totalité du temps de diffusion consacrée à l'affichage des images. Ce calcul donnait des profits de 66 \$ pour les diffusions de 2003 et de 102,73 \$ pour les diffusions de 2004.

[17] M^{me} Leuthold a retiré sa demande de dommages-intérêts punitifs contre la SRC et un de ses employés, mais elle a maintenu sa demande de dommages-intérêts exemplaires parce que la SRC avait manifesté une indifférence totale à l'égard de ses droits. Le juge de première instance a rejeté la demande de dommages-intérêts exemplaires, ayant conclu que les radiodiffusions contrefaisantes résultaient d'une erreur de bonne foi, et non d'une décision délibérée de violer le droit d'auteur de M^{me} Leuthold.

[18] Le juge de première instance a aussi rejeté la demande d'injonction de M^{me} Leuthold au motif qu'il était peu probable que la SRC rediffuserait les copies du documentaire contenant les images de M^{me} Leuthold.

[19] Finally, the trial Judge asked for further submissions on the issue of costs. His award of costs is the subject of a separate appeal.

[19] Enfin, le juge a demandé qu'on lui présente des observations supplémentaires sur la question des dépens. Son adjudication des dépens fait l'objet d'un appel distinct.

II. THE ISSUES

II. LES QUESTIONS EN LITIGE

[20] Ms. Leuthold identified the following issues in this appeal:

[20] M^{me} Leuthold fait état des questions suivantes dans le présent appel :

- Was Newsworld covered by the Stills Licence?
- How many acts of infringement were there?
- What is the measure of damages for the acts of infringement?
- Should the Court order an accounting of profits of the cable companies which were generated by the infringing broadcasts?

- Newsworld était-elle visée par la Licence d'utilisation des photographies?
- Combien d'actes de violation ont été commis?
- Comment apprécier les dommages-intérêts eu égard aux actes de violation?
- La Cour doit-elle ordonner la restitution des profits réalisés par les entreprises de câblodistribution par suite des radiodiffusions contrefaisantes?

[21] To this I would add the issue of the standard of review though it can be disposed of summarily. This is an appeal from the decision of a trial judge after a trial. Following *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the standard of review for findings of fact and findings of mixed fact and law is palpable and overriding error. The standard of review for questions of law (including extricable questions of law in a finding of mixed fact and law) is correctness.

[21] À ces questions, j'ajouterais celle de la norme de contrôle, mais il est possible de la trancher sommairement. En l'espèce, il s'agit de la décision rendue par un juge de première instance à la suite d'un procès. Selon l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit est celle de l'erreur manifeste et dominante, alors que la norme de contrôle applicable aux questions de droit (notamment aux questions de droit isolables qu'il est possible de dégager d'une conclusion mixte de fait et de droit) est celle de la décision correcte.

III. WAS NEWSWORLD COVERED BY THE STILLS LICENCE?

III. NEWSWORLD ÉTAIT-ELLE VISÉE PAR LA LICENCE D'UTILISATION DES PHOTOGRAPHIES?

[22] The operative words of the Stills Licence are:

[22] Les mots clés de la Licence d'utilisation des photographies sont :

Catherine J. Leuthold... hereby grants to CBC the non-exclusive and limited right to incorporate the Stills in the Production. CBC shall have the right (but not the obligation)

[TRADUCTION] Catherine J. Leuthold [...] concède par la présente à la SRC le droit limité et non exclusif d'incorporer les photographies dans la production. La SRC a le droit (mais non

to broadcast the Stills on Canadian television for one broadcast on CBC's Network & Regional TV stations.

[23] The issue is what is meant by the phrase "for one broadcast on CBC's Network & Regional TV stations." The trial Judge approached the issue from the point of view of whether there was one communication to the public. Ms. Leuthold approaches it from the perspective of whether Newsworld is part of "CBC's Network & Regional Stations".

[24] Ms. Leuthold's evidence was that Newsworld meant nothing to her. She only learned of it later, that is, after the licence was granted: see reasons, at paragraph 52. To that extent, she could not have intended to grant rights for Newsworld since she ignored its existence. CBC's evidence, on the other hand, was that it routinely included Newsworld when it was clearing rights for broadcast.

[25] The evidence was that Newsworld is a separate entity from the CBC for regulatory purposes. It has its own CRTC licence as a Specialty Programming Undertaking. It is, from the point of view of the regulators, a separate undertaking. On the other hand, the fact that Ms. Leuthold seeks damages from the CBC for unauthorized broadcasts of the image by Newsworld suggests that she does not view Newsworld as a separate legal entity. If she did, she would sue Newsworld for its unauthorized broadcasts of the images.

[26] The trial Judge came to the conclusion he did largely on the basis of evidence of industry practice. Ms. Leuthold seeks to counter this evidence by relying on the Ontario *International Sale of Goods Act* [R.S.O. 1990, c. I.10] and by extension, the *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* [Schedule to the *International Sale of Goods Contracts Convention Act*, S.C. 1991, c. 13]. This Act does not help her as it deals with the sale of goods. A contract for the sale of goods is defined at section 2 of the *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1990 c. S.1 as follows:

l'obligation) de présenter les photographies à la télévision canadienne dans le cadre d'une seule diffusion sur son réseau et ses stations régionales de télévision.

[23] La question qui se pose est de savoir ce que signifient les mots « dans le cadre d'une seule diffusion sur son réseau et ses stations régionales de télévision ». Pour y répondre, le juge de première instance a recherché s'il y avait eu une seule communication au public. Pour sa part, M^{me} Leuthold estime qu'il faut rechercher si Newsworld fait partie « [du] réseau et [des] stations régionales » de la SRC.

[24] M^{me} Leuthold a témoigné qu'elle n'avait aucune idée de ce que représentait Newsworld. Elle ne l'a compris que plus tard, soit après avoir concédé la licence : motifs, au paragraphe 52. Elle ne pouvait donc pas avoir eu l'intention d'accorder des droits à Newsworld puisqu'elle ignorait son existence. Pour sa part, la SRC a témoigné qu'elle incluait d'office Newsworld lorsqu'elle affranchissait des droits pour diffusion.

[25] Selon la preuve, Newsworld est une entité distincte de la SRC aux fins de la réglementation. Elle détient sa propre licence du CRTC à titre d'entreprise de programmation spécialisée. Aux yeux des organismes de réglementation, il s'agit d'une entreprise distincte. Par ailleurs, le fait que M^{me} Leuthold sollicite des dommages-intérêts contre la SRC pour les diffusions non autorisées d'images par Newsworld indique qu'elle ne considère pas Newsworld comme étant une entité juridique distincte. Si c'était le cas, elle poursuivrait Newsworld pour ses diffusions non autorisées des images.

[26] La conclusion qu'a tirée le juge de première instance repose largement sur les éléments de preuve documentaires relatifs aux pratiques de l'industrie. M^{me} Leuthold a cherché à réfuter ces éléments de preuve en invoquant la *Loi sur la vente internationale de marchandises* [L.R.O. 1990, ch. I.10] de l'Ontario et, par extension, la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* [annexe de la *Loi sur la Convention relative aux contrats de vente internationale de marchandises*, L.C. 1991, ch. 13]. Cette loi ne lui est d'aucune utilité puisqu'elle

Sale and
agreement
to sell

2. (1) A contract of sale of goods is a contract whereby the seller transfers or agrees to transfer the property in the goods to the buyer for a money consideration, called the price, and there may be a contract of sale between one part owner and another.

[27] A licence agreement is not a sale of goods; no property in goods is transferred as a result of a licence agreement. All that is conveyed is a right to use the property which is subject to the grantor's copyright in certain ways. Furthermore, an intangible such as an interest in copyright is not a good: see *Toronto (City of) v. Cacciatore*, 2002 CanLII 44998, 161 O.A.C. 132, at paragraph 14.

[28] Ms. Leuthold also argues that the trial Judge erred in failing to apply the *contra proferentem* rule of construction to the Stills Licence. *Contra proferentem* is invoked in the case of contracts of adhesion such as insurance contracts (see *Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Davies*, [1981] 2 S.C.R. 670, at page 674) and in the case of unequal bargaining power (see *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744, at paragraph 28). Neither of those conditions is present here. While it is true that the CBC has more resources than Ms. Leuthold, the latter is the one with the power in the negotiations. She is the “vendor” and has the power to dictate terms, as she apparently did with respect to “one broadcast”. The fact that the Stills Licence was drafted by the CBC is not a reason to invoke *contra proferentem* because the clause at issue was one which was negotiated between the parties, as opposed to some of the other clauses which appear to be CBC boilerplate.

a trait à la vente de marchandises. En revanche, voici la définition que donne l'article 2 de la *Loi sur la vente d'objets*, L.R.O. 1990, ch. S.1 du contrat de vente d'objets :

2. (1) Un contrat de vente d'objets est un contrat par lequel le vendeur transfère ou promet de transférer la propriété des objets à l'acheteur moyennant une contrepartie pécuniaire appelée le prix. Il peut y avoir un contrat de vente entre copropriétaires.

Contrat de
vente

[27] Le contrat de licence n'est pas une vente d'objets; aucun droit de propriété n'est cédé à la suite d'un contrat de licence. Il ne cède rien d'autre que le droit d'utiliser de manières prédéfinies la propriété visée par le droit d'auteur du concédant. De plus, un bien incorporel comme un droit sur un droit d'auteur n'est pas un objet : voir *Toronto (City of) v. Cacciatore*, 2002 CanLII 44998, 161 O.A.C. 132, au paragraphe 14.

[28] M^{me} Leuthold soutient aussi que le juge de première instance a commis une erreur en n'appliquant pas la règle d'interprétation portant que le doute doit s'interpréter contre le stipulant à la Licence d'utilisation des photographies. Cette règle joue en matière de contrats d'adhésion comme les contrats d'assurance (voir *Zurich du Canada Cie d'assurances-vie c. Davies*, [1981] 2 R.C.S. 670, à la page 674) et en cas d'inégalité du rapport de force entre les parties (voir *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurances Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744, au paragraphe 28). Ni l'une ni l'autre de ces conditions n'est remplie en l'espèce. Même s'il est vrai que la SRC dispose de plus de ressources que M^{me} Leuthold, c'est cette dernière qui détient le pouvoir de négociation. Étant la « vendeuse », elle a le pouvoir de dicter ses conditions, ce qu'elle a manifestement fait au regard de l'emploi des mots [TRADUCTION] « une seule diffusion ». Le fait que la Licence d'utilisation des photographies a été rédigée par la SRC n'est pas une raison pour invoquer la règle portant que le doute doit s'interpréter contre le stipulant, car la clause contentieuse a été négociée par les parties, par opposition à certaines des autres clauses qui semblent être d'évidence des clauses types de la SRC.

[29] Ms. Leuthold also argues that the Newsworld broadcast was not covered by the Stills Licence because it was in contravention of Newsworld's operating licence which prohibits the simultaneous broadcasting of programming on the CBC "regular" network and on Newsworld. I do not find this argument persuasive, as regulatory practices are not dispositive of copyright issues.

[30] I am nonetheless unable to accept the trial Judge's reasoning to the extent that conclusions are drawn on the basis of what Ms. Leuthold failed to exclude from the Stills Licence. A licensee acquires only those rights which the licensor has granted it. The CBC acquired only those rights which are circumscribed by the phrase "to broadcast the Stills on Canadian Television for one broadcast on CBC's Network & Regional TV stations". No rights are acquired by virtue of Ms. Leuthold's failure to exclude Newsworld from this grant of a licence. The question is whether Ms. Leuthold included Newsworld in the grant of rights found in the Stills Licence.

[31] This question is one of mixed fact and law, reviewable on the standard of palpable and overriding error. Palpable and overriding error is found when there is an absence of evidence to support a given conclusion, or a factual finding that cannot be made rationally or as a matter of logic on the basis of the evidence in the record: see *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2010 FCA 183, 409 N.R. 152, at paragraph 33. That is not the case here. The trial Judge considered all the evidence before him and, based on that evidence, reached a conclusion that was reasonably open to him. His error with respect to the interpretation of the Stills Licence is not fatal to that conclusion. There is no palpable or overriding error warranting this Court's intervention.

[32] As a result, the broadcast of the images on Newsworld on September 10, 2002 was not an act of infringement of Ms. Leuthold's copyright.

[29] M^{me} Leuthold soutient aussi que la diffusion sur Newsworld n'entraîne pas dans les prévisions de la Licence d'utilisation des photographies parce qu'elle contrevient à la licence d'exploitation de Newsworld, qui interdit la diffusion simultanée d'émissions sur le réseau « régulier » de la SRC et Newsworld. Cet argument ne me convainc guère, puisque les pratiques réglementaires ne permettent pas de trancher les litiges en matière de droit d'auteur.

[30] Je ne puis néanmoins retenir le raisonnement du juge de première instance dans la mesure où ses conclusions sont fondées sur ce que M^{me} Leuthold a omis d'exclure de la Licence d'utilisation des photographies. Le licencié n'acquiert que les droits que le concédant lui concède. La SRC n'a acquis que les droits qui sont visés par les mots [TRADUCTION] « présenter les photographies à la télévision canadienne dans le cadre d'une seule diffusion sur son réseau et ses stations régionales de télévision ». Aucun droit n'est acquis du fait que M^{me} Leuthold a omis d'exclure Newsworld de cet octroi de licence. La question est de savoir si M^{me} Leuthold a inclus Newsworld dans les droits cédés par la Licence d'utilisation des photographies.

[31] Il s'agit d'une question mélangée de fait et de droit, susceptible d'examen selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Il y a erreur manifeste et dominante lorsque l'on constate une absence totale d'éléments de preuve allant dans le sens d'une conclusion de fait ou l'existence d'une conclusion de fait qui ne pouvait logiquement ou rationnellement être tirée des éléments de preuve versés aux débats: voir *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2010 CAF 183, au paragraphe 33. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Le juge de première instance a examiné l'ensemble des éléments de preuve dont il disposait et, se fondant sur eux, a tiré une conclusion raisonnable. Son erreur quant à l'interprétation de la Licence d'utilisation des photographies ne porte pas un coup fatal à cette conclusion. Il n'y a donc pas d'erreur manifeste et dominante justifiant l'intervention de la Cour.

[32] La diffusion des images sur la chaîne Newsworld le 10 septembre 2002 ne constituait par conséquent pas une violation du droit d'auteur de M^{me} Leuthold.

IV. HOW MANY ACTS OF INFRINGEMENT WERE THERE?

[33] This issue is the heart of Ms. Leuthold's case. Her calculation of her damage claim is entirely a function of the large number of distinct acts of infringement which she saw in each broadcast of the documentary.

[34] There is some basis for Ms. Leuthold's approach to the issue.

[35] In *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, in the context of reproduction rights, the Supreme Court of Canada held that each reproduction of a protected work attracted royalties (or damages) even if the reproduction was simply an adjunct to another activity such as broadcasting. This Court applied *Bishop v. Stevens* in the context of technological change in *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2014 FCA 84, [2015] 1 F.C.R. 509. In that case, we held that reproductions made as a step in the use of digital content management software in the course of broadcasting were subject to the rights of the copyright holder. The result was that the royalties due to the reproduction rights holder increased substantially.

[36] Ms. Leuthold does not refer to this authority and instead relies on paragraph 2.4(1)(c) of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act) in support of her claim that each transmission to a BDU by the CBC is an infringement of copyright. Paragraph 2.4(1)(c) provides as follows:

Communi-
cation to the
public by
telecommu-
nication

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

...

(c) where a person, as part of

(i) a network, within the meaning of the *Broadcasting Act*, whose operations result in the communication of works or other subject-matter to the public, or

IV. COMBIEN D'ACTES DE VIOLATION ONT ÉTÉ COMMIS?

[33] Cette question est au cœur de la demande de M^{me} Leuthold. Son calcul des dommages-intérêts est entièrement fonction du nombre important d'actes distincts de violation qu'elle a constatés dans chaque diffusion du documentaire.

[34] L'approche de M^{me} Leuthold à l'égard de cette question n'est pas sans fondement.

[35] À l'occasion de l'affaire *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, qui portait sur les droits de reproduction, la Cour suprême du Canada a jugé que chaque reproduction d'une œuvre protégée donne droit à des redevances (ou à des dommages-intérêts), même si la reproduction n'était qu'accessoire à une autre activité telle que la radiodiffusion. Notre Cour a suivi la jurisprudence *Bishop c. Stevens* en matière de changements technologiques à l'occasion de l'affaire *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2014 CAF 84, [2014] 1 R.C.F. 509. Dans cette affaire, nous avons jugé que les reproductions faites lors de l'utilisation d'un logiciel de gestion de contenu numérique dans le cadre de la diffusion étaient assujetties aux droits du titulaire du droit d'auteur. Il s'ensuivait que les redevances payables au titulaire des droits de reproduction augmentaient sensiblement.

[36] En l'espèce, M^{me} Leuthold n'invoque pas cette jurisprudence, mais plutôt l'alinéa 2.4(1)c) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi) à l'appui de sa thèse suivant laquelle chaque transmission à une EDR par la SRC constitue une violation du droit d'auteur. L'alinéa 2.4(1)c) dispose :

2.4 (1) Les règles qui suivent s'appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication :

Communi-
cation au public
par
télécommu-
nication

[...]

c) toute transmission par une personne par télécommunication, communiquée au public par une autre — sauf le retransmetteur d'un signal, au sens du paragraphe 31(1) — constitue une communication unique au public, ces personnes étant en l'occurrence solidaires,

...

transmits by telecommunication a work or other subject-matter that is communicated to the public by another person who is not a retransmitter of a signal within the meaning of subsection 31(1), the transmission and communication of that work or other subject-matter by those persons constitute a single communication to the public for which those persons are jointly and severally liable.

[37] According to Ms. Leuthold, this result flows from the following reasoning (appellant's memorandum of fact and law, at page 15, paragraph 47):

This section means, by way of example, that where Newsworld make two such transmissions to two BDUs, there would be two infringements under Section 3(1)(f) of the Copyright Act because the second person that communicates the work to the public (the second BDU) is a different person from the first instance, even when such transmissions occur simultaneously.

[38] It seems to me that the better view is that paragraph 2.4(1)(c) legislates that the distribution of a network signal incorporating a protected work to BDUs and the subsequent communication of that work to subscribers is but a single network-wide infringement in which each participating BDU is jointly and severally liable along with the network. In that way, all those who benefit from the communication of the work share in the liability for compensating the rights holder, subject to whatever arrangements may be in place between them.

[39] This reading of paragraph 2.4(1)(c) of the Act moves in the direction of technological neutrality in that the number of infringing acts does not vary according to the number of intermediaries in the transmission chain. This is consistent with the goal of technological neutrality which the Supreme Court articulated in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231, at paragraphs 5–10.

[40] There is one act of infringement whether the work is communicated to the public via one BDU or via

dès lors qu'elle s'effectue par suite de l'exploitation même d'un réseau au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* ou d'une entreprise de programmation.

[37] Selon M^{me} Leuthold, cette interprétation découle du raisonnement suivant (mémoire des faits et du droit de l'appelante, page 15, paragraphe 47) :

[TRADUCTION] À titre d'exemple, cet article signifie que si Newsworld effectue deux de ces transmissions à deux EDR, il y aurait deux violations contrevenant à l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* parce que la deuxième entité qui a transmis l'œuvre au public (la deuxième EDR) est une entité différente de la première, même si ces transmissions ont eu lieu simultanément.

[38] Il me semble qu'il est plus exact de dire qu'aux termes de l'alinéa 2.4(1)c), la distribution à une EDR d'un signal réseau incorporant une œuvre protégée et la transmission subséquente de cette œuvre aux abonnés ne constituent qu'une seule violation à l'échelle du réseau, à l'égard de laquelle chaque EDR est solidairement responsable avec le réseau. Ainsi, toutes les entités qui ont bénéficié de la communication de l'œuvre partagent la responsabilité de dédommager le titulaire des droits, sous réserve de tout arrangement que ces entités ont pu conclure entre elles.

[39] Cette interprétation de l'alinéa 2.4(1)c) de la Loi va dans le sens de la neutralité technologique qui veut que le nombre d'actes de violation ne varie pas en fonction du nombre d'intermédiaires dans la chaîne de transmission. Elle est donc conforme à l'objectif de la neutralité technologique consacré par la Cour suprême par l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, aux paragraphes 5 à 10.

[40] Il y a un seul acte de violation, que l'œuvre soit communiquée au public par l'entremise d'une EDR ou

hundreds of them. The measure of damages may depend upon the number of viewers of the work, which has a rational connection with compensation, unlike the number of intermediaries, which does not.

[41] Paragraph 2.4(1)(c) serves to distinguish this case from *Bishop v. Stevens* where, as noted, each unauthorized reproduction was found to be a violation of the copyright holder's rights. While that may have been the case for unauthorized communications to the public by telecommunication prior to the passage of paragraph 2.4(1)(c) and its companion disposition subsection 31(2) of the Act, it is no longer the case now.

[42] I am of the view that paragraph 2.4(1)(c), properly interpreted, has the effect of making a network transmission of cable programming material to the public via BDUs a single infringement of a copyright holder's rights if the network has not properly cleared the rights with respect to that transmission. In this case, the six transmissions of the documentary containing Ms. Leuthold's images, in violation of her copyright, constituted six acts of infringement, as found by the trial Judge.

[43] The trial Judge also came to the conclusion that each of the six broadcasts on the relevant dates was a single communication to the public of the documentary containing Ms. Leuthold's images and thus a single act of infringement. He came to this conclusion on the basis that the technical means used to relay the infringing copies were not determinative of the damages: see reasons, at paragraph 128. Given that damages depended on the number of infringing broadcasts, the trial Judge's comments are indicative of his view that each retransmission was not a separate act of infringement. In coming to that conclusion, he made no palpable and overriding error which would justify our intervention.

par l'entremise de centaines d'entre elles. Le montant des dommages-intérêts peut dépendre du nombre de téléspectateurs qui visionnent l'œuvre, ce qui a un lien rationnel avec l'indemnisation, contrairement au nombre d'intermédiaires, qui n'en a aucun.

[41] Vu l'alinéa 2.4(1)c), on peut opérer une distinction entre les faits de la présente espèce et ceux de l'affaire *Bishop c. Stevens* où, comme nous l'avons vu, il fut conclu que chaque reproduction non autorisée constituait une violation du droit d'auteur. Certes, cela aurait pu être le cas pour les communications par télécommunication non autorisées au public avant l'adoption de l'alinéa 2.4(1)c) et de sa disposition correspondante, le paragraphe 31(2) de la Loi, mais tel n'est plus le cas à l'heure actuelle.

[42] Je suis d'avis que l'alinéa 2.4(1)c), si on l'interprète correctement, a pour effet de faire de la transmission réseau d'un contenu de programmation de câblodistribution destiné au public par l'entremise d'une EDR une seule violation du droit d'auteur si le réseau n'a pas dûment affranchi les droits à l'égard de cette transmission. En l'espèce, les six transmissions du documentaire contenant les images de M^{me} Leuthold, en violation de son droit d'auteur, constituaient six actes de violation, comme l'a conclu le juge de première instance.

[43] Le juge de première instance a aussi conclu que chacune des six diffusions aux dates pertinentes constituait une seule communication au public du documentaire contenant les images de M^{me} Leuthold, et donc un seul acte de violation. Il est arrivé à cette conclusion parce que les moyens techniques utilisés pour relayer les copies contrefaisantes n'étaient pas pertinents aux fins du calcul de l'indemnisation : motifs, au paragraphe 128. Étant donné que le calcul dépend du nombre de radio-diffusions contrefaisantes, le juge a conclu que chaque retransmission ne constituait pas un acte de violation distinct, si l'on se fie à ses observations. En tirant cette conclusion, il n'a pas commis une erreur manifeste et dominante qui justifierait notre intervention.

V. WHAT IS THE MEASURE OF DAMAGES FOR THE ACTS OF INFRINGEMENT?

[44] In her memorandum of fact and law, Ms. Leuthold does not concede that the trial Judge was correct in finding that there were only six acts of infringement but she adopts the Judge's conclusion that the amount of damages flowing from an act of infringement is US\$3 200. In those circumstances, Ms. Leuthold's argument on the amount of damages stands or falls on the correctness of her calculation of the number of infringing acts. Since I have concluded that the trial Judge correctly found that there were only six acts of infringement, Ms. Leuthold's argument on the measure and amount of damages fails.

VI. SHOULD THE COURT ORDER AN ACCOUNTING OF PROFITS OF THE CABLE COMPANIES WHICH WERE GENERATED BY THE INFRINGING BROADCASTS?

[45] The CBC points out in its memorandum of fact and law that Ms. Leuthold did not raise the issue of the accounting of profits from the BDUs in her statement of claim. She asked only for an accounting of profits from the CBC. As the latter points out, the BDUs are not party to this litigation and the Court has no jurisdiction to make an order against them. Furthermore, I agree with the CBC that it is not open to Ms. Leuthold, on appeal, to seek a remedy which she did not seek in the Federal Court. This ground of appeal fails as well.

[46] I would therefore dismiss the appeal with costs.

DE MONTIGNY J.A. (*ex officio*): I agree.

MAINVILLE J.A.: I agree.

V. COMMENT APPRÉCIER LES DOMMAGES-INTÉRÊTS EU ÉGARD AUX ACTES DE VIOLATION?

[44] Dans son mémoire des faits et du droit, M^{me} Leuthold refuse de reconnaître que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant à l'existence de six actes de violation seulement, mais elle retient sa conclusion suivant laquelle le montant des dommages-intérêts découlant d'un acte de violation est de 3 200 \$US. Dans ces circonstances, la thèse de M^{me} Leuthold sur le montant des dommages-intérêts repose sur le bien-fondé du calcul qu'elle fait du nombre d'actes de violation. Puisque j'ai conclu que le juge de première instance a correctement constaté l'existence de seulement six actes de violation, la thèse de M^{me} Leuthold sur l'évaluation et le montant des dommages doit être rejetée.

VI. LA COUR DOIT-ELLE ORDONNER LA RESTITUTION DES PROFITS RÉALISÉS PAR LES ENTREPRISES DE CÂBLODISTRIBUTION PAR SUITE DES RADIODIFFUSIONS CONTREFAISANTES?

[45] La SRC fait observer dans son mémoire des faits et du droit que M^{me} Leuthold n'a pas soulevé dans sa déclaration la question de la restitution des profits des EDR. Elle a seulement demandé une telle restitution à la SRC. Comme cette dernière le fait remarquer, les EDR ne sont pas parties à la présente action contentieuse et la Cour n'a pas compétence pour rendre une ordonnance contre elles. De plus, je retiens la thèse de SRC portant qu'il n'est pas loisible à M^{me} Leuthold de solliciter en appel une mesure qu'elle n'a pas demandée devant la Cour fédérale. Ce motif d'appel doit également être rejeté.

[46] Je rejetterais par conséquent l'appel avec dépens.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. (d'office) : Je suis d'accord.

LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : Je suis d'accord.