

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

**Collective Administration of Performing
Rights and of Communication Rights**

**Gestion collective du droit d'exécution et du
droit de communication**

**Collective Administration in Relation to
Rights Under Sections 3, 15, 18 and 21**

**Gestion collective relative aux droits visés aux
articles 3, 15, 18 et 21**

Copyright Act, subsections 68(3) and 70.15(1)

***Loi sur le droit d'auteur, paragraphes 68(3)
et 70.15(1)***

Files: Public Performance of Musical Works;
Public Performance of Sound Recordings;
Reproduction of Musical Works; Reproduction
of Sound Recordings; Reproduction of
Performers' Performances

Dossiers : Exécution publique d'œuvres
musicales; Exécution publique d'enregistrements
sonores; Reproduction d'œuvres musicales;
Reproduction d'enregistrements sonores;
Reproduction de prestations d'artistes-interprètes

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE
COLLECTED BY SOCAN, RE:SOUND, CSI,
AVLA/SOPROQ AND ARTISTI IN RESPECT OF
COMMERCIAL RADIO STATIONS

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR
LA SOCAN, RÉ:SONNE, CSI, AVLA/SOPROQ ET
ARTISTI À L'ÉGARD DES STATIONS DE
RADIO COMMERCIALE

SOCAN (2008-2010), RE:SOUND (2008-2011),
CSI (2008-2012), AVLA/SOPROQ (2008-2011),
ARTISTI (2009-2011)

SOCAN (2008-2010), RÉ:SONNE (2008-2011),
CSI (2008-2012), AVLA/SOPROQ (2008-2011),
ARTISTI (2009-2011)

DECISION OF THE BOARD

DÉCISION DE LA COMMISSION

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

Mr. Justice William J. Vancise
Mr. Stephen J. Callary
Mrs. Francine Bertrand-Venne

M. le juge William J. Vancise
M. Stephen J. Callary
M^e Francine Bertrand-Venne

Date of Decision

Date de la décision

July 9, 2010

Le 9 juillet 2010

<u>TABLE OF CONTENTS</u>	<u>PAGE</u>	<u>TABLE DES MATIÈRES</u>
I. INTRODUCTION	1	I. INTRODUCTION
II. RIGHTS AT PLAY AND <i>DRAMATIS PERSONAE</i>	3	II. DROITS EN LITIGE ET <i>DRAMATIS PERSONAE</i>
III. PROPOSED RATES	5	III. TAUX PROPOSÉS
IV. POSITIONS OF THE PARTIES AND THEIR EVIDENCE	7	IV. LES POSITIONS DES PARTIES ET LEUR PREUVE
SOCAN	7	SOCAN
RE:SOUND	8	RÉ:SONNE
CSI	9	CSI
AVLA/SOPROQ	10	AVLA/SOPROQ
ArtistI	12	ArtistI
ACTRA/AFM	13	ACTRA/AFM
CAB	13	ACR
V. TECHNICAL ASPECTS RELATING TO THE OPERATIONS OF BROADCASTERS	17	V. ASPECTS TECHNIQUES LIÉS À L'EXPLOITATION D'UNE STATION DE RADIO
VI. LEGAL ANALYSIS	23	VI. ANALYSE JURIDIQUE
1. What is the nature of the performer's reproduction right pursuant to subparagraph 15(1)(b)(ii)?	24	1. Quelle est la nature du droit de reproduction de l'artiste-interprète prévu au sous-alinéa 15(1)b)(ii)?
2. In using "works" as they do, are radio stations making protected reproductions?	41	2. L'utilisation des « œuvres » faite par les stations de radio implique-t-elle une reproduction protégée?
3. Are radio stations liable for these reproductions under the respective tariffs of the reproduction collectives?	49	3. Les stations de radio sont-elles responsables à l'égard de ces reproductions en vertu des divers tarifs des sociétés de gestion du droit de reproduction?
4. Can the Board set a tariff for reproductions made before a tariff takes effect?	53	4. La Commission peut-elle homologuer un tarif pour des reproductions faites avant l'entrée en vigueur du tarif?

5.	Can the Board, in a decision that certifies a tariff, clarify the wording of a regulation it made, or must it amend the regulation?	54	5.	La Commission peut-elle, dans une décision homologuant un tarif, préciser le libellé d'un règlement qu'elle a édicté, ou doit-elle modifier le règlement?	
6.	In setting the rate base for the Re:Sound tariff, is the Board restricted to the regulatory definition of advertising revenues pursuant to section 68.1?	57	6.	Pour établir l'assiette tarifaire du tarif de Ré:Sonne, la Commission doit-elle utiliser la définition réglementaire de recettes publicitaires au sens de l'article 68.1?	
7.	Does section 90 of the <i>Act</i> preclude the Board from setting a single value or certifying an overall or single rate for broadcasting music?	58	7.	L'article 90 de la <i>Loi</i> empêche-t-il la Commission de fixer une valeur unique ou d'homologuer un taux général ou unique pour la diffusion de musique?	
VII.	ECONOMIC ANALYSIS	59	VII.	ANALYSE ÉCONOMIQUE	
	The Wall/Globerman Methodology	59		Le modèle Wall/Globerman	
	The Bakos Methodology	61		Le modèle Bakos	
	Nordicity's Methodology	64		Le modèle Nordicité	
	Determination of Rates	66		Détermination des taux	
	Very Low Use Rate Category	83		Taux de très faible utilisation de la musique	
	Indexation of Tiers	84		Indexation des tranches	
	Rate Base	84		Assiette tarifaire	
	Internet-Related Activities	90		Activités liées à Internet	
	Individual Stations or Networks	91		Stations individuelles ou réseaux	
	Final Certified Tariffs and Royalties Generated	92		Tarifs finaux homologués et redevances générées	
VIII.	TARIFF WORDING	93	VIII.	LIBELLÉ DU TARIF	

Ottawa, July 9, 2010

Ottawa, le 9 juillet, 2010

**Files: Public Performance of Musical Works;
Public Performance of Sound Recordings;
Reproduction of Musical Works;
Reproduction of Sound Recordings;
Reproduction of Performers' Performances**

**Dossiers : Exécution publique d'œuvres
musicales; Exécution publique
d'enregistrements sonores; Reproduction
d'œuvres musicales; Reproduction
d'enregistrements sonores; Reproduction de
prestations d'artistes-interprètes**

**Reasons for the decision certifying the tariff to
be collected by SOCAN (2008-2010),
Re:Sound (2008-2011), CSI (2008-2012),
AVLA/SOPROQ (2008-2011) and ArtistI
(2009-2011) in respect of Commercial Radio
Stations**

**Motifs de la décision homologuant le tarif des
redevances à percevoir par la SOCAN (2008-
2010), Ré:Sonne (2008-2011), CSI (2008-
2012), AVLA/SOPROQ (2008-2011) et ArtistI
(2009-2011) à l'égard des stations de radio
commerciale**

I. INTRODUCTION

I. INTRODUCTION

[1] Copyright is not a single right, but a cluster of rights that attach to a number of "subject matters". What to the layman is a single "thing" often is not for the copyright specialist. A music track, for example, is a sound recording in which are embedded a musical work and one or more performer's performances.

[1] Le droit d'auteur n'est pas un droit unique, mais un ensemble de droits reliés à plusieurs « objets ». Ce qui semble être une seule « chose » pour le profane ne l'est pas pour un spécialiste en la matière. Ainsi, une piste musicale est un enregistrement sonore incorporant une œuvre musicale ainsi qu'une ou plusieurs prestations.

[2] A Canadian radio station that broadcasts recorded music off a server reproduces and communicates musical works, performers' performances and sound recordings. Four copyrights and two remuneration rights must be accounted for. This is the first time that the Board has been asked to set tariffs for all those rights at the same time.

[2] Une station de radio canadienne diffusant de la musique enregistrée à partir d'un serveur reproduit et communique des œuvres musicales, des prestations et des enregistrements sonores. Quatre droits d'auteur et deux droits à rémunération doivent être pris en compte. C'est la première fois que la Commission est appelée à se prononcer sur l'établissement de tarifs à l'égard de tous ces droits simultanément.

[3] This decision deals with the proposed statement of royalties of five different collective societies targeting the use of their respective repertoire by commercial radio stations. The first two collectives filed their proposed statements of royalties pursuant to subsection 67.1(1) of the *Copyright Act* (the "Act").¹ On March 30, 2007 and March 31, 2008, the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filed proposed statements of royalties for the communication to the public by

[3] La présente décision dispose des projets de tarifs de cinq sociétés de gestion pour l'utilisation de leur répertoire respectif par les stations de radio commerciale. Les deux premières sociétés ont déposé leurs projets conformément au paragraphe 67.1(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* (la « Loi »).¹ Le 30 mars 2007 et le 31 mars 2008, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) déposait des projets de tarifs pour la communication au public par télécommunication

telecommunication of musical and dramatico-musical works in 2008 and in 2009. On March 30, 2007 and March 28, 2008, the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) [now Re:Sound Music Licensing Company (Re:Sound)] filed proposed statements of royalties for the communication to the public by telecommunication of published sound recordings embodying musical works and performers' performances of such works in 2008 and in 2009 to 2011.

[4] The other three collectives filed proposed statements of royalties pursuant to subsection 70.13(1) of the *Act*. On March 30, 2007, CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) filed, on behalf of the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada and of SODRAC 2003 Inc. (jointly SODRAC), as well as on behalf of the Canadian Musical Reproduction Rights Agency (CMRRA), a proposed statement of royalties for the reproduction of musical works for 2008 to 2012. On the same day, AVLA Audio-Video Licensing Agency (AVLA) and the *Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec* (SOPROQ) (jointly AVLA/SOPROQ) filed a proposed statement of royalties for the reproduction of sound recordings in 2008 to 2011. Finally, on March 31, 2008, ArtistI filed a proposed statement of royalties for the reproduction of performers' performances in its repertoire in 2009 to 2011.

[5] All the proposed statements of royalties were published in the *Canada Gazette* with a notice informing potential users or their representatives of their right to object to the statements. Only the Canadian Association of Broadcasters (CAB) filed an objection on behalf of its members.

[6] On the eve of the hearings, ACTRA Performing Rights Society (ACTRA PRS) and the American Federation of Musicians of the United States and Canada (AFM Canada) (together ACTRA/AFM) were granted intervenor status with the right to file written comments.

d'œuvres musicales ou dramatico-musicales pour les années 2008 et 2009. Le 30 mars 2007 et le 28 mars 2008, la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) [devenue Ré:Sonne Société de Gestion de la Musique (Ré:Sonne)] déposait des projets de tarifs pour la communication au public par télécommunication d'enregistrements sonores publiés constitués d'œuvres musicales et de prestations de telles œuvres pour les années 2008 et 2009 à 2011.

[4] Les trois autres sociétés ont déposé un projet de tarif conformément au paragraphe 70.13(1) de la *Loi*. Le 30 mars 2007, CMRRA/SODRAC inc. (CSI) déposait, au nom de la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada et de SODRAC 2003 inc. (conjointement la SODRAC), ainsi que de l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux (CMRRA), un projet de tarif pour la reproduction d'œuvres musicales pour les années 2008 à 2012. Le même jour, AVLA Audio-Video Licensing Agency (AVLA) et la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec (SOPROQ) (conjointement AVLA/SOPROQ) déposaient un projet de tarif pour la reproduction d'enregistrements sonores pour les années 2008 à 2011. Enfin, le 31 mars 2008, ArtistI déposait un projet de tarif pour la reproduction de prestations faisant partie de son répertoire pour les années 2009 à 2011.

[5] Tous les projets de tarifs ont été publiés dans la *Gazette du Canada*, en y précisant qu'un utilisateur éventuel ou son représentant pouvait s'y opposer. Seule l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) s'est opposée au nom de ses membres.

[6] Peu avant l'audience, l'ACTRA *Performing Rights Society* (ACTRA PRS) et l'*American Federation of Musicians of the United States and Canada* (AFM Canada) (conjointement ACTRA/AFM) se sont vus accorder le droit d'intervenir et de déposer des commentaires écrits.

[7] At the request of the CAB, the Board consolidated the examination of all these proposals. The order in which parties filed their evidence was somewhat unusual. The CAB, AVLA/SOPROQ and ArtistI filed first, the CAB because it was challenging the status quo and the collectives because it was their first proposed tariff. SOCAN, Re:Sound and CSI, who on the whole favoured the status quo, filed second. The CAB, AVLA/SOPROQ and ArtistI replied. The hearings were held over a sixteen-day period between December 2, 2008 and January 29, 2009.

II. RIGHTS AT PLAY AND *DRAMATIS PERSONAE*

[8] These proceedings involve six rights or sets of rights. They are reviewed in the order in which the Board was asked to set a tariff.

[9] The first set of rights is the exclusive right of the owner of the copyright in a musical work to communicate it to the public by telecommunication and to authorize such a communication.² SOCAN administers these rights in Canada for virtually all copyright owners. SOCAN is subject to sections 67 to 68.2 of the *Act* (the “SOCAN regime”) and if it does not file a proposed tariff, it cannot, in practice, collect royalties.³

[10] The second and third rights are the remuneration rights that performers and makers each enjoy when a published sound recording of a musical work is communicated to the public by telecommunication.⁴ These two⁵ rights are treated together because they always trigger a single payment; in the case of sound recordings of musical works, that payment is always made to a collective society authorized by the Board to collect it.⁶ Re:Sound administers these rights for the vast majority of eligible performers and makers. It too is subject to the SOCAN regime. The remuneration rights are subject to a number of conditions.⁷

[7] À la demande de l’ACR, la Commission a regroupé l’examen de tous ces projets. L’ordre dans lequel les parties ont déposé leur preuve était quelque peu inhabituel. L’ACR, AVLA/SOPROQ et ArtistI l’ont fait en premier; l’ACR parce qu’elle contestait le statu quo et les sociétés de gestion parce qu’il s’agissait de leur premier projet de tarif. La SOCAN, Ré:Sonne et CSI, qui étaient dans l’ensemble favorables au statu quo, ont procédé en deuxième. L’ACR, AVLA/SOPROQ et ArtistI ont déposé une réplique. Les audiences se sont déroulées sur une période de seize jours entre le 2 décembre 2008 et le 29 janvier 2009.

II. DROITS EN LITIGE ET *DRAMATIS PERSONAE*

[8] La présente affaire porte sur six droits, ou ensembles de droits, qui sont examinés dans l’ordre dans lequel la Commission a été appelée à établir un tarif.

[9] Le premier ensemble se compose des droits exclusifs du titulaire de droits sur une œuvre musicale de la communiquer au public par télécommunication et d’autoriser une telle communication.² La SOCAN gère ces droits au Canada pour la quasi-totalité des titulaires. Elle est assujettie aux articles 67 à 68.2 de la *Loi* (le « régime SOCAN »); si elle ne dépose pas de projet de tarif, elle ne peut pas, en pratique, percevoir de redevances.³

[10] Les deuxième et troisième droits sont les droits à rémunération de l’artiste-interprète et du producteur pour la communication au public par télécommunication de l’enregistrement sonore publié d’une œuvre musicale.⁴ Ces deux⁵ droits sont examinés ensemble parce qu’ils engagent toujours un versement unique; en ce qui concerne les enregistrements sonores d’œuvres musicales, le paiement est toujours versé à une société de gestion chargée par la Commission de les percevoir.⁶ Ré:Sonne administre ces droits pour la grande majorité des artistes-interprètes et producteurs admissibles. Elle aussi est assujettie au régime SOCAN. Les droits à rémunération sont assujettis à plusieurs conditions.⁷

[11] The fourth set of rights is the exclusive right of the owner of the copyright in a musical work to reproduce it and to authorize such a reproduction.⁸ Together, SODRAC and CMRRA administer most, but not all, of this repertoire in Canada. SODRAC represents the vast majority of rightsholders in Québec and most works written in French by Canadians as well as many of its foreign counterparts. CMRRA represents a large number of Canadian and foreign English-language music publishers. Both collectives are subject to sections 70.1 to 70.6 of the *Act* (the “general regime”) and as such, they can negotiate licensing agreements directly with users or ask the Board to certify tariffs. Where both collectives opt to use a tariff, CSI acts for them.

[12] The fifth set of rights is the exclusive right of the owner of the copyright in a sound recording to reproduce it and to authorize such a reproduction.⁹ SOPROQ represents mostly Francophone record producers from Québec. AVLA acts for the major record companies and for many independent labels, artists and producers. Together, they represent the vast majority of the repertoire. These collectives are subject to the general regime.

[13] The sixth set of rights is the exclusive right of the owner of the copyright in a performer’s performance to reproduce any reproduction of an authorized fixation of the performance for a purpose other than that for which the authorization was given and to authorize such a reproduction.¹⁰ Three collective societies administer these rights: ArtistI, ACTRA PRS and AFM Canada. Only ArtistI, which acts predominantly but not exclusively for French-speaking performers from Québec, has filed a tariff. ACTRA PRS represents professional cinema, television, radio and recording artists who work in English. Its mandate includes the collection and distribution of fees, royalties,

[11] Le quatrième ensemble se compose des droits exclusifs du titulaire de droits sur une œuvre musicale de la reproduire et d’autoriser une telle reproduction.⁸ La SODRAC et la CMRRA administrent ensemble une large partie, mais non la totalité, de ce répertoire au Canada. La SODRAC représente la grande majorité des titulaires de droits au Québec et la plupart des œuvres de langue française composées par des Canadiens ainsi que plusieurs de ses sociétés sœurs étrangères. La CMRRA représente un grand nombre d’éditeurs de musique anglophone canadiens et étrangers. Toutes deux sont assujetties aux articles 70.1 à 70.6 de la *Loi* (le « régime général ») et peuvent donc négocier des contrats de licence directement avec les utilisateurs ou demander à la Commission d’homologuer des tarifs. Lorsque les deux sociétés décident d’avoir recours à un tarif, CSI agit en leur nom.

[12] Le cinquième ensemble se compose des droits exclusifs du titulaire de droits sur un enregistrement sonore de le reproduire et d’autoriser une telle reproduction.⁹ La SOPROQ représente avant tout des producteurs de disques francophones québécois. AVLA représente les grandes maisons de disques et plusieurs maisons, artistes et producteurs indépendants. Ensemble, ces sociétés représentent la grande majorité du répertoire. Elles sont assujetties au régime général.

[13] Le sixième ensemble se compose des droits exclusifs du titulaire de droits sur une prestation de reproduire toute reproduction d’une fixation autorisée de cette prestation à des fins autres que celles visées par cette autorisation et d’autoriser une telle reproduction.¹⁰ Trois sociétés de gestion administrent ces droits : ArtistI, ACTRA PRS et AFM Canada. Seule ArtistI, qui représente majoritairement mais non exclusivement des artistes-interprètes de langue française du Québec, a déposé un projet de tarif. ACTRA PRS représente des artistes professionnels du cinéma, de la télévision, de la radio et du disque travaillant en anglais. Son mandat comprend la perception et la distribution des redevances,

residual fees and all other forms of compensation or remuneration to which members and permit holders of the Alliance of Canadian Cinema Television and Radio Artists (ACTRA) may be entitled. AFM Canada, acting for musicians in the United States, Canada and other countries, collects and distributes government mandated or other compulsory royalties or remuneration that are subject to collective administration. These collectives are subject to the general regime.

[14] All collectives except AVLA/SOPROQ obtain exclusive rights in the repertoire they administer for the purpose of the commercial over-the-air radio market.

III. PROPOSED RATES

[15] Most commercial radio stations pay SOCAN 3.2 per cent on the first \$1.25 million of annual advertising revenues and 4.4 per cent on the rest. Low-use commercial radio stations¹¹ pay only 1.5 per cent. SOCAN asks that the tiered rate be abandoned. Its proposed tariff sought rates of 2.6 per cent for low-use stations and 6 per cent for the rest. Its statement of case lowered the request to 4.7 per cent for the higher rate, on account of an increase in music use; the low music use rate would remain at 1.5 per cent. During oral argument, counsel suggested a higher rate of between 4.7 and 5.2.

[16] Low-use commercial radio stations pay royalties to Re:Sound at a rate of 0.75 per cent. Other commercial radio stations pay 1.44 per cent on the first \$1.25 million of annual advertising revenues and 2.1 per cent on the rest. In its proposed tariffs, Re:Sound asked that the low-use rate be increased to 0.86 per cent on the first \$625,000 of annual revenues, 1.72 per cent on the next \$625,000 and 2.58 on the rest. For other radio stations, the rates would be 2, 4 and

droits de suite et autres formes de compensation ou rémunération auxquelles ont droit les membres et détenteurs de permis de l'Alliance des artistes canadiens du cinéma, de la télévision et de la radio (ACTRA). AFM Canada représente des musiciens des États-Unis, du Canada et d'ailleurs. Elle perçoit et redistribue les redevances obligatoires réglementaires et autres administrées collectivement. Ces sociétés de gestion sont assujetties au régime général.

[14] Toutes les sociétés, à l'exception de AVLA/SOPROQ, obtiennent des droits exclusifs à l'égard du répertoire qu'elles administrent aux fins du marché de la radio par ondes hertziennes.

III. TAUX PROPOSÉS

[15] La plupart des stations de radio commerciale paient à la SOCAN 3,2 pour cent sur la première tranche de 1,25 million de dollars de recettes publicitaires annuelles et 4,4 pour cent sur le reste. Les stations commerciales utilisant peu de musique¹¹ paient seulement 1,5 pour cent. La SOCAN demande que le tarif étagé soit abandonné. Son projet prévoit un taux de 2,6 pour cent pour les stations utilisant peu de musique et de 6 pour cent pour les autres. Dans son mémoire, la SOCAN a abaissé sa demande à 4,7 pour cent dans le cas du taux plus élevé, afin de tenir compte d'une augmentation de l'utilisation de musique; le taux pour les stations utilisant peu de musique demeurerait à 1,5 pour cent. Durant sa plaidoirie, son procureur a proposé un taux plus élevé situé entre 4,7 et 5,2 pour cent.

[16] Les stations de radio commerciale utilisant peu de musique paient des redevances à Ré:Sonne à un taux de 0,75 pour cent. Les autres stations commerciales paient 1,44 pour cent sur la première tranche de 1,25 million de dollars de recettes publicitaires annuelles et 2,1 pour cent sur le reste. Dans ses projets de tarifs, Ré:Sonne demandait que le taux de faible utilisation soit porté à 0,86 pour cent sur la première tranche de 625 000 \$ de recettes annuelles, à 1,72 pour cent

6 per cent, respectively. Re:Sound now requests that the low-use rate remain at 0.75 per cent and that other radio stations pay 1.54 per cent on the first \$1.25 million of annual revenues and 2.24 on the rest.

[17] Low-use commercial radio stations¹² pay royalties to CSI at a rate of 0.12 per cent on the first \$625,000 of annual gross income, 0.23 per cent on the next \$625,000 and 0.35 per cent on the rest. For other radio stations, the rates are 0.27, 0.53 and 0.8 per cent, respectively. Subject to a repertoire adjustment, CSI requests that low-use stations pay at a rate of 0.42 per cent of all their gross income; other stations would pay 0.96 per cent of the first \$1.25 million and 1.32 per cent on the rest.

[18] AVLA/SOPROQ seeks royalties from low-use radio stations at rates of 0.48 per cent on the first \$625,000 of annual gross income, 0.96 per cent on the next \$625,000 and 1.40 per cent on the rest. For other stations, the rates would be 1.33, 2.67 and 4 per cent, respectively.

[19] Initially, ArtistI proposed a royalty of 0.06 per cent of gross income from low-use radio stations; others would pay 0.13 per cent on their first \$1.25 million of revenue and 0.18 per cent on the rest. In the end, ArtistI claims 2.43 per cent of gross income subject to a repertoire adjustment.

[20] The CAB proposed the amount of royalties, subject to repertoire adjustments, be set 2.9 per cent for all the rights a station requires to play sound recordings of musical works off its server. As an alternative, the CAB proposed rates of

sur la tranche de 625 000 \$ suivante et à 2,58 sur le reste. Pour les autres stations, les taux seraient respectivement de 2, 4 et 6 pour cent. Ré:Sonne demande maintenant que le taux de faible utilisation demeure à 0,75 pour cent et que les autres stations paient 1,54 pour cent sur la première tranche de 1,25 million de dollars de recettes annuelles et 2,24 sur le reste.

[17] Les stations de radio commerciale utilisant peu de musique¹² paient des redevances à CSI à un taux de 0,12 pour cent sur la première tranche de 625 000 \$ de revenus bruts annuels, de 0,23 pour cent sur la tranche de 625 000 \$ suivante et de 0,35 pour cent sur le reste. Les taux pour les autres stations sont respectivement de 0,27, 0,53 et 0,8 pour cent. Sous réserve d'un ajustement de répertoire, CSI demande que les stations utilisant peu de musique paient un taux de 0,42 pour cent sur tous leurs revenus bruts, tandis que les autres stations paieraient 0,96 pour cent sur la première tranche de 1,25 million de dollars et 1,32 pour cent sur le reste.

[18] AVLA/SOPROQ cherche à obtenir des stations utilisant peu de musique des redevances de 0,48 pour cent sur la première tranche de 625 000 \$ de revenus bruts annuels, de 0,96 pour cent sur la tranche de 625 000 \$ suivante et de 1,40 pour cent sur le reste. Les taux pour les autres stations seraient de 1,33, 2,67 et 4 pour cent, respectivement.

[19] Initialement, ArtistI proposait une redevance de 0,06 pour cent sur les revenus bruts des stations utilisant peu de musique, tandis que les autres paieraient 0,13 pour cent sur la première tranche de 1,25 million de dollars de revenus et 0,18 pour cent sur le reste. Finalement, ArtistI demande 2,43 pour cent des revenus bruts sous réserve d'un ajustement de répertoire.

[20] L'ACR propose que le taux de redevances, sous réserve d'ajustements de répertoire, soit fixé à 2,9 pour cent pour tous les droits dont une station a besoin pour jouer des enregistrements sonores d'œuvres musicales à partir de son

2.9 per cent for SOCAN, 1.4 for Re:Sound and, subject to repertoire adjustments, 0.91, 0.45 and 0.45 respectively for CSI, AVLA/SOPROQ and ArtistI.

IV. POSITIONS OF THE PARTIES AND THEIR EVIDENCE

SOCAN

[21] SOCAN argued that there was no basis for lowering the current rates. It contended that, taking into account the increase in music use and the methodology used by the CAB, the main rate should be increased from 4.4 per cent to between 4.7 and 5.2 per cent. SOCAN did not propose a specific methodology, but rather submitted a report prepared by Dr. Stanley Liebowitz, Professor of Economics at the University of Texas at Dallas, reviewing the methodology proposed by the CAB.

[22] SOCAN submitted a report from Erin Research Inc. that found that music use had increased by 6 per cent since the 2005 decision, from 76.1 per cent to 80.6 per cent. SOCAN suggested that based on this factor alone, the 4.4 rate should be increased to 4.7 per cent.

[23] With respect to the rate base, SOCAN contended that the Board should revert to the situation as it stood before 2005 and use gross income, including the full amount received pursuant to turn-key advertising contracts. In support of this position, SOCAN presented a report prepared by Mr. Rob Young, from PHD Canada, reviewing how Canadian commercial radio stations sell airtime to their advertiser clients. Mr. Young argued that the charges incurred by clients with turn-key contracts only reflect the true value of the airtime sold, and not the cost of producing the advertisement. This, according to SOCAN, suggests that all revenues

serveur. Subsidiairement, l'ACR a proposé des taux de 2,9 pour cent pour la SOCAN, de 1,4 pour Ré:Sonne et, sous réserve d'ajustements de répertoire, de 0,91, 0,45 et 0,45 respectivement pour CSI, AVLA/SOPROQ et ArtistI.

IV. LES POSITIONS DES PARTIES ET LEUR PREUVE

SOCAN

[21] La SOCAN soutient que rien ne justifie la réduction des taux actuels. Elle prétend qu'en raison de l'augmentation de l'utilisation de musique et d'après la méthodologie utilisée par l'ACR, le taux principal devrait passer de 4,4 pour cent à un taux entre 4,7 et 5,2 pour cent. La SOCAN n'a pas proposé de méthodologie précise, mais a plutôt présenté un rapport préparé par M. Stanley Liebowitz, professeur d'économie à l'Université du Texas à Dallas, qui examine la méthodologie proposée par l'ACR.

[22] La SOCAN a présenté un rapport produit par Erin Research Inc. qui conclut que l'utilisation de musique a augmenté de 6 pour cent depuis la décision rendue en 2005, passant de 76,1 à 80,6 pour cent. La SOCAN soutient qu'en raison de ce seul fait, le taux de 4,4 pour cent devrait monter à 4,7 pour cent.

[23] En ce qui concerne l'assiette tarifaire, la SOCAN soutient que la Commission devrait revenir à la situation d'avant 2005 et utiliser les revenus bruts, y compris le montant total reçu conformément aux contrats de publicité clés en mains. À l'appui de sa thèse, la SOCAN a présenté un rapport préparé par M. Rob Young, de PHD Canada, qui examine la façon dont les stations de radio commerciale canadiennes vendent le temps d'antenne à leurs clients publicitaires. M. Young soutient que les frais engagés par les clients qui ont des contrats clés en mains reflètent uniquement la vraie valeur du temps d'antenne vendu et non le coût de

associated with turn-key contracts should be included in the rate base.

[24] Dr. Walid Hejazi, Professor at the Rotman School of Business of the University of Toronto, examined the economic appropriateness of deducting from the rate base the fair market value of production services provided under turn-key contracts. Given the current business model in the radio industry, where stations do not charge separate fees for airtime and production services, Professor Hejazi concluded that it is not possible for radio stations to identify and allocate revenues to production services.

Re:Sound

[25] Re:Sound argued that in order to account for an increase in music use, its rates should be increased by 6.7 per cent, from 1.44 to 1.54 per cent on the first \$1.25 million of gross income, and from 2.1 to 2.24 per cent on the rest. Re:Sound did not present any specific valuation methodology, but rather submitted a report prepared by Dr. John McHale, then Professor of Economics at Queen's University, analyzing the model presented by the CAB.

[26] Re:Sound opposed the CAB's contention that the regulatory definition of "advertising revenues" entitles radio stations to deduct from the rate base the fair market value of the cost of production services provided to advertisers pursuant to turn-key contracts. Re:Sound argued that allowing this would result in the exclusion of revenues related to air-time-based sales of advertisements and give a windfall to commercial radio stations. In support of this position, Re:Sound relied on the report of Mr. Alan T. Mak, accountant at Rosen Associates Limited, who reviewed information supplied by radio

production de la publicité. Selon la SOCAN, cette façon de voir les choses laisse entendre que tous les revenus associés aux contrats clés en mains devraient être inclus dans l'assiette tarifaire.

[24] M. Walid Hejazi, professeur à la Rotman School of Business de l'Université de Toronto, a examiné s'il était pertinent du point de vue économique de déduire de l'assiette tarifaire la juste valeur marchande des services de production fournis en vertu de contrats clés en mains. Étant donné le modèle d'affaires actuellement utilisé dans l'industrie de la radio, dans lequel les stations n'imposent pas de frais distincts pour le temps d'antenne et pour les services de production, M. Hejazi a conclu que les stations ne peuvent pas identifier et ventiler les revenus correspondant à ces services.

Ré:Sonne

[25] Ré:Sonne soutient que pour tenir compte d'une augmentation de l'utilisation de musique, ses taux devraient augmenter de 6,7 pour cent, pour passer de 1,44 à 1,54 pour cent sur la première tranche de 1,25 million de dollars de revenus bruts et de 2,1 à 2,24 pour cent sur le reste. Ré:Sonne n'a pas proposé de méthodologie d'évaluation précise, mais a plutôt présenté un rapport préparé par M. John McHale, à l'époque professeur d'économie à l'Université Queen's, qui analyse le modèle présenté par l'ACR.

[26] Contrairement à l'ACR, Ré:Sonne ne pense pas que la définition réglementaire des « recettes publicitaires » permet aux stations de radio de déduire de l'assiette tarifaire la juste valeur marchande du coût des services de production fournis aux publicitaires conformément aux contrats clés en mains. Selon elle, cette pratique permettrait d'exclure des revenus liés à la vente de publicité basée sur le temps d'antenne et donnerait un gain fortuit aux stations de radio commerciale. À l'appui de cette thèse, Ré:Sonne se fonde sur le rapport de M. Alan T. Mak, comptable chez Rosen Associates Limited, qui a

stations on their production services. He concluded that the stations charge their fees based on air-time, and do not charge additional or separate fees for production services. Stations do not record revenues related to production services. Furthermore, it is common practice to combine the cost of production services with other operating costs.

[27] Ms. Doris Tay, Distribution Manager for Re:Sound, addressed the CAB proposal to introduce a new rate category for radio stations broadcasting music for less than 5 per cent of their broadcast time. She stated that the addition of a very low music use category would make it significantly more difficult and costly for Re:Sound to administer the tariff, especially if stations were to migrate between the very low and low categories as their music use varied over time.

CSI

[28] CSI advanced three reasons to ask that its rate be increased to 0.96 per cent on revenues not exceeding \$1.25 million and 1.32 on the rest. First, the SOCAN rate has increased. Second, music use has increased. Third, CSI now holds a larger share of the repertoire.

[29] Mr. Paul Audley, President of Paul Audley and Associates Ltd., and Dr. Marcel Boyer, Bell Canada Professor of Economics at the Université de Montréal, examined the value of the use of CSI's repertoire by commercial radio stations and commented on the approach proposed by the CAB. The authors also concluded, based in part on the Erin Research study already mentioned, that music use, as a percentage of broadcast time, had increased since 2005 from 76.1 to

examiné les renseignements fournis par les stations sur leurs services de production. M. Mak a conclu que les stations facturent en fonction du temps d'antenne et n'imposent pas de frais additionnels ou distincts pour les services de production. Les stations ne consignent pas les revenus associés aux services de production. De plus, il est courant de combiner le coût des services de production avec d'autres coûts d'exploitation.

[27] Dans son témoignage, M^{me} Doris Tay, directrice chargée de la distribution pour Ré:Sonne, a commenté la proposition de l'ACR visant à mettre en place une nouvelle catégorie de taux visant les stations pour lesquelles la musique ne représente que 5 pour cent du temps d'antenne. Elle a affirmé que l'ajout d'une nouvelle catégorie visant les stations utilisant très peu de musique rendrait l'administration du tarif par Ré:Sonne encore plus difficile et coûteuse, surtout si une station migrerait entre les très faible et faible catégories selon que son utilisation de musique variait au fil du temps.

CSI

[28] CSI a fait valoir trois raisons pour lesquelles son taux devrait être augmenté à 0,96 pour cent pour les recettes ne dépassant pas 1,25 million de dollars et à 1,32 pour cent pour le reste. Premièrement, le taux de la SOCAN a augmenté. Deuxièmement, l'utilisation de musique a augmenté. Troisièmement, CSI détient maintenant une part plus importante du répertoire.

[29] M. Paul Audley, président de Paul Audley and Associates Ltd., et M. Marcel Boyer, titulaire de la Chaire Bell Canada en économie à l'Université de Montréal, ont examiné la valeur de l'utilisation du répertoire de CSI par les stations de radio commerciale et ont commenté la méthodologie que propose l'ACR. Ces auteurs ont également conclu, en s'appuyant en partie sur l'étude susmentionnée faite par Erin Research Inc., que l'utilisation de musique, en pourcentage

81.2 per cent. CSI proposed that this increase be reflected in the rate.

[30] Mr. Benoît Gauthier, President of Circum Network Inc., examined the importance of music for radio stations as a means to attract listeners. His study showed that without music, 66 per cent of the current listeners would switch from radio to prerecorded CDs. This rate reached 74 per cent when considering only listeners to commercial radio stations predominantly broadcasting music.

[31] CSI also presented a study prepared by Paul Audley & Associates Ltd. to examine the use of the CSI repertoire by commercial radio stations. The study concluded that CSI represents 89.52 per cent of the music broadcast by commercial radio stations.

[32] CSI and AVLA/SOPROQ jointly commissioned a study prepared by Dr. Michael J. Murphy, Professor at Ryerson University School of Radio and Television Arts, to explain radio broadcasting technology. The content of his report is addressed as part of the evidence of AVLA/SOPROQ.

[33] Finally, CSI relied on the studies prepared for SOCAN by Mr. Rob Young and Professor Walid Hejazi to argue that its rate base should continue to be “gross income” and not “advertising revenues”.

AVLA/SOPROQ

[34] Ms. Stéphanie Duquette, Assistant Executive Director of SOPROQ, and Mr. Richard Pfohl, Vice-President and General Counsel of AVLA described the membership of each collective and the scope of the authorization secured from rightsholders.

[35] AVLA/SOPROQ argued that the reproduction rights administered by

du temps d’antenne, avait augmenté depuis 2005, passant de 76,1 à 81,2 pour cent. CSI a proposé que cette hausse soit prise en compte dans l’établissement du taux.

[30] M. Benoît Gauthier, président de Réseau Circum Inc., a examiné l’importance de la musique pour les stations de radio comme moyen d’attirer les auditeurs. Son étude a démontré que sans musique, 66 pour cent des auditeurs actuels délaisseraient la radio pour écouter des CD préenregistrés. Ce taux atteint 74 pour cent pour les auditeurs des stations commerciales diffusant majoritairement de la musique.

[31] CSI a également présenté une étude faite par Paul Audley & Associates Ltd. visant à établir l’utilisation du répertoire de CSI par les stations de radio commerciale. L’étude conclut que CSI détient 89,52 pour cent de la musique que les stations diffusent.

[32] CSI et AVLA/SOPROQ ont conjointement confié à M. Michael Murphy, professeur à la School of Radio and Television Arts de l’Université Ryerson, la tâche d’expliquer la technologie de la radiodiffusion. Nous traitons du contenu de son rapport dans notre analyse de la preuve présentée par AVLA/SOPROQ.

[33] Enfin, en s’appuyant sur les études faites par MM. Rob Young et Walid Hejazi pour le compte de la SOCAN, CSI a affirmé que son assiette tarifaire devrait continuer d’être calculée selon les « revenus bruts » et non selon les « recettes publicitaires ».

AVLA/SOPROQ

[34] M^{me} Stéphanie Duquette, directrice générale adjointe de la SOPROQ, et M. Richard Pfohl, vice-président et avocat général de l’AVLA, ont décrit qui adhère à chaque société et la portée de l’autorisation qu’elles obtiennent des titulaires des droits.

[35] AVLA/SOPROQ soutient que les droits de reproduction administrés par AVLA/SOPROQ,

AVLA/SOPROQ, CSI and ArtistI are separate and distinct. Furthermore, neither the *Act*¹³ nor earlier decisions of the Board¹⁴ prescribe a ratio or approach to be used in valuing the right to reproduce a sound recording. Accordingly, AVLA/SOPROQ submitted that the Board should assess the right to reproduce a sound recording on its own merits using proper valuation methodologies. To assist the Board in doing so, AVLA/SOPROQ provided two reports in support of its tariff rate proposal.

[36] The first, prepared by Messrs. Peter Lyman and Dustin Chodorowicz, both from Nordicity Group Ltd., analyzed the economic value of reproducing sound recordings for commercial radio stations. The second, prepared by Dr. Yannis Bakos, Associate Professor of Management at the Stern School of Business, New York University, estimated the economic surplus generated from the use of sound recordings by commercial radio stations.

[37] AVLA/SOPROQ argued that the source used by radio stations to make copies (whether through CD ripping¹⁵ or downloads) has no impact on the value of that copy. It also argued that the relative value of the reproduction right has increased as radio stations automated their operations. In support of these positions, AVLA/SOPROQ relied on Professor Murphy, who provided an overview of the technology currently used to create and deliver commercial radio programming in Canada. He explained that the introduction of digital automation technology has had a positive impact on commercial radio's overall operational efficiency. He also said that the majority of stations now directly download from the Internet in digital form using secure Web server technology.

[38] Professor Murphy explained that the use of an automated digital system involves adding

CSI et ArtistI sont distincts. De plus, ni la *Loi*¹³ ni les décisions antérieures de la Commission¹⁴ n'établissent un rapport donné ou une méthodologie pour évaluer le droit de reproduire un enregistrement sonore. Par conséquent, AVLA/SOPROQ prétend que la Commission devrait évaluer le droit de reproduire un enregistrement sonore de façon autonome, au moyen de méthodologies appropriées. Pour aider la Commission dans cette tâche, AVLA/SOPROQ a fourni deux rapports à l'appui de sa proposition de taux tarifaire.

[36] Le premier a été préparé par MM. Peter Lyman et Dustin Chodorowicz, tous deux du Groupe Nordicité Ltée, qui ont analysé la valeur économique de la reproduction d'enregistrements sonores pour les stations de radio commerciale. Le deuxième a été préparé par M. Yannis Bakos, professeur agrégé de gestion à la *Stern School of Business* de l'Université de New York, qui a estimé le surplus économique généré par l'utilisation d'enregistrements sonores par ces stations.

[37] AVLA/SOPROQ fait valoir que la source dont une station se sert pour faire une copie (que ce soit par extraction audionumérique¹⁵ ou par téléchargement) ne change en rien la valeur de la copie. Elle soutient également que la valeur relative du droit de reproduction a augmenté à mesure que les stations ont automatisé leurs activités. À l'appui de ces prétentions, elle renvoie au témoignage du professeur Murphy. Il a donné un aperçu des technologies dont on se sert aujourd'hui pour créer et distribuer des émissions de radio commerciales au Canada, puis expliqué que l'introduction de la technologie d'automatisation numérique a eu un effet positif sur l'efficacité globale des activités dans l'industrie. Il a aussi indiqué que, de nos jours, la majorité des stations téléchargent le contenu directement à partir d'Internet, sous forme numérique, au moyen d'une technologie de serveur Web sécurisé.

[38] M. Murphy a expliqué que l'utilisation d'un système numérique automatisé suppose l'ajout de

songs to the main music library as well as making copies for audio logging, system backups and CRTC requirements. Other reproductions may also occur for manipulation of songs (compression, metadata, etc.), evaluation, deployment of a remote voice tracking server to facilitate the recording of voice-tracking shifts and delivery of an Internet stream.

ArtistI

[39] Ms. Annie Morin, ArtistI's Director, explained that ArtistI is a collective society that administers the reproduction rights of its performer members. To support its right to file a tariff, ArtistI contends that performers in Québec retain the reproduction right in their performances embedded in sound recordings as a result of collective agreements reached pursuant to *An Act respecting the Professional status and conditions of engagement of performing, recording and film artists* (the "SAA").¹⁶ The combined effect of this statute and of the agreements prevents performers from assigning to record producers anything beyond the right to commercially exploit the sound recording. ArtistI argued that reproductions made by radio stations are beyond the scope of that exploitation.

[40] Ms. Morin also presented the results of a repertoire study demonstrating that the use of ArtistI's repertoire as a percentage of air play of musical works went from 3.6 per cent in September 2008 to 5.6 per cent in November 2008. Based on this information, ArtistI asked to receive 6.9 per cent of what it would be entitled to if all prerecorded performances played on radio were in its repertoire. According to ArtistI, this percentage would be obtained if all of its members had assigned their rights to it.

chansons à la musicothèque principale de même que la création de copies permettant de consigner les fichiers audio, d'effectuer des sauvegardes du système et de satisfaire aux exigences du CRTC. Il peut également se faire d'autres reproductions pour la manipulation de chansons (compression, métadonnées, etc.), l'évaluation, le déploiement d'un serveur de préenregistrement vocal à distance de manière à faciliter l'enregistrement du contenu à prépondérance verbale des émissions préenregistrées et la transmission de flux Internet.

ArtistI

[39] M^e Annie Morin, directrice d'ArtistI, a expliqué qu'ArtistI est une société de gestion qui gère les droits de reproduction de ses membres qui sont des artistes-interprètes. ArtistI a fait valoir, au soutien de son droit de déposer un projet de tarif, que les artistes-interprètes au Québec conservent le droit de reproduction de leurs prestations incorporées dans un enregistrement sonore en raison des ententes collectives conclues conformément à la *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma* (la « LSA »).¹⁶ Ensemble, cette loi et les ententes empêchent les artistes-interprètes de céder aux producteurs de disques tout autre droit que celui d'exploiter commercialement l'enregistrement sonore. ArtistI affirme que les reproductions faites par les stations de radio vont au-delà de la portée de ce droit d'exploitation.

[40] M^e Morin a également présenté les résultats d'une étude démontrant que l'utilisation du répertoire d'ArtistI, exprimée en pourcentage du temps d'antenne des œuvres musicales, était passée de 3,6 pour cent en septembre 2008 à 5,6 pour cent en novembre 2008. Compte tenu de ces données, ArtistI demande de recevoir 6,9 pour cent de ce à quoi elle aurait droit si toutes les prestations préenregistrées diffusées à la radio faisaient partie de son répertoire. Selon ArtistI, ce pourcentage serait atteint si l'ensemble de ses adhérents avait cédé leurs droits.

[41] To determine that entitlement, ArtistI proposed to use the CSI rate as a benchmark, adjusting it for the ratio of revenues obtained by performers relative to composers in the CD market.

[42] Messrs. Louis Landreville, a lawyer specializing in the entertainment industry, and Marc Ménard, Professor at *l'École des médias* of the *Université du Québec à Montréal*, presented evidence in order to establish that ratio.

ACTRA/AFM

[43] ACTRA/AFM made the following comments in writing. Outside Québec, record producers secure sweeping rights in the performers' performances. Rights in those performances are subsumed in AVLA's repertoire. A few performers retain rights in their performances, for whom no tariff has been filed. To determine precisely which performers fall in which group would require analyzing all recording agreements. A practical alternative would be for ACTRA/AFM to secure the rights in all performances not already subsumed in AVLA's repertoire and to assign them to AVLA, subject to an undertaking that AVLA would then remit to ACTRA/AFM royalties attributable to performances that are "owned" by these collectives.

CAB

[44] The CAB's case is based on the premise that music is a single input to radio. Its value reflects what can be earned from using it and should not depend on the number of rights involved. The CAB relied on a report prepared by Dr. Gerry Wall and Mr. Bernard Lefebvre, both from Wall Communications Inc. The report used the economic approach developed for the CAB by Professor Steven Globerman and adopted by the Board in *Commercial Radio (2008)*.¹⁷ This approach consists of an estimation of the changes in the broadcaster's music reservation price, defined as the maximum price that a broadcaster would be willing to pay to obtain the music as an

[41] Pour calculer le montant des redevances, ArtistI propose d'utiliser le taux de CSI comme point de référence, ajusté en fonction du rapport entre les revenus des artistes-interprètes et ceux des compositeurs dans le marché des CD.

[42] M^e Louis Landreville, un avocat spécialisé dans l'industrie du divertissement, et M. Marc Ménard, professeur à l'École des médias de l'Université du Québec à Montréal, ont présenté des témoignages permettant d'établir ce rapport.

ACTRA/AFM

[43] ACTRA/AFM a présenté les commentaires écrits suivants. En dehors du Québec, les artistes-interprètes cèdent aux producteurs de disques tous les droits sur leurs prestations. Le répertoire de l'AVLA subsume ces droits. Seuls quelques interprètes conservent des droits sur leurs prestations; aucun tarif n'a été déposé à leur égard. Pour déterminer précisément le groupe auquel appartient chaque interprète, il faudrait analyser tous les contrats d'enregistrement. Il serait plus pratique qu'ACTRA/AFM obtienne les droits à l'égard de toutes les prestations qui ne se trouvent pas encore dans le répertoire de l'AVLA et les cède à cette dernière, sous réserve que l'AVLA s'engage à remettre à ACTRA/AFM les redevances liées aux prestations que détiennent ces sociétés de gestion.

ACR

[44] L'approche que propose l'ACR repose sur l'hypothèse que la musique est un intrant unique pour la radio. Sa valeur reflète ce qui peut être tiré de son utilisation et ne devrait pas dépendre du nombre de droits en jeu. L'ACR s'est appuyée sur un rapport préparé par MM. Gerry Wall et Bernard Lefebvre, tous deux de Wall Communications Inc. Les auteurs utilisent la démarche économique mise au point pour l'ACR par le professeur Steven Globerman et adoptée par la Commission dans *Radio commerciale (2008)*.¹⁷ La démarche consiste à estimer l'évolution du prix de réserve de la musique pour le radiodiffuseur, soit le prix maximum que ce

input. This maximum price reflects the average productivity of music, the advertising rates per unit of music audience and the number of hours of broadcasted music.

[45] The authors of the report modified the Globerman model. For example, they suggested that the model should include a seller's reservation price, or a minimum price under which music rights owners would refuse to sell. They estimated that since rightsholders gain significant benefits from radio airplay, they should be willing to compensate radio stations to play their music. This implies a negative seller's reservation price.

[46] Taking this negative price into account, as well as other modifications, Dr. Wall and Mr. Lefebvre concluded that the SOCAN rate should be 10 per cent less than the 3.2 per cent certified in 1987, or 2.9 per cent. Based on the argument that the price of music should be the same without regard to the number of rights, the CAB argued that this rate should be the sum total of what commercial radio stations pay for their music. The CAB took no position on the allocation of this amount among the collectives.

[47] In the alternative, the CAB used the evidence of Dr. Wall and Mr. Lefebvre to propose that the SOCAN rate be set at 2.9 per cent. The CAB then proposed that the reproduction right be compensated according to the ratio of 1 to 3.2 that effectively exists between the CSI and SOCAN rates, and that sound recordings trigger the same amount of royalties as musical works. This led to proposed tariffs of 2.9 per cent for SOCAN, 2.9 per cent for Re:Sound, 0.91 per cent for CSI, 0.45 per cent for AVLA/SOPROQ and 0.45 per cent for ArtistI, subject to repertoire adjustments.

[48] Finally, Dr. Wall and Mr. Lefebvre argued that since radio stations receive sound recordings

dernier serait disposé à payer pour obtenir de la musique comme intrant. Ce prix maximum reflète la productivité moyenne de la musique, les taux de publicité par unité d'écoute de musique et le nombre d'heures de diffusion de musique.

[45] Les auteurs du rapport ont modifié le modèle Globerman. Par exemple, ils ont proposé d'y inclure un prix de réserve du vendeur, soit le prix minimum en deçà duquel les titulaires de droit sur la musique refuseraient de vendre. Ils ont estimé que comme les titulaires tirent des bénéfices substantiels de la radiodiffusion, ils devraient être disposés à rémunérer les stations pour qu'elles fassent jouer leur musique. Cette façon de voir les choses suppose un prix de réserve du vendeur négatif.

[46] Prenant en compte ce prix négatif ainsi que d'autres modifications, MM. Wall et Lefebvre ont conclu que le taux de la SOCAN devrait être inférieur de 10 pour cent au taux de 3,2 pour cent homologué en 1987, soit 2,9 pour cent. En invoquant l'argument selon lequel le prix de la musique devrait être le même peu importe le nombre de droits en jeu, l'ACR soutient que ce taux devrait être tout de ce que les stations de radio commerciale paient pour leur musique. L'ACR ne s'est pas prononcée sur la répartition de ce montant entre les sociétés de gestion.

[47] Subsidiairement, l'ACR se fonde sur les témoignages de MM. Wall et Lefebvre pour proposer que le taux de la SOCAN soit fixé à 2,9 pour cent. L'ACR propose ensuite que le droit de reproduction soit rémunéré selon le rapport de 1 à 3,2 qui existe effectivement entre le taux CSI et celui de la SOCAN et que les enregistrements sonores reçoivent le même taux de redevances que les œuvres musicales. Les taux qu'elle propose sont donc 2,9 pour cent pour la SOCAN, 2,9 pour cent pour Ré:Sonne, 0,91 pour cent pour CSI, 0,45 pour cent pour AVLA/SOPROQ et 0,45 pour cent pour ArtistI, sous réserve d'ajustements de repertoire.

[48] Enfin, MM. Wall et Lefebvre ont prétendu qu'une réduction de 50 pour cent devrait être

almost exclusively in digital format directly from digital music delivery services (MDS), as opposed to copying tracks from CDs on a hard drive, a 50 per cent reduction should apply to the CSI, AVLA/SOPROQ and ArtistI rates. This position is founded on the CAB's argument that downloading files from a MDS does not involve making "material" copies, resulting in a decrease in the number of protected copies made.

[49] The CAB commissioned the Solutions Research Group (SRG) to conduct studies on the use of music on Canadian commercial radio stations and on how music is received and copied at music-based radio stations. The study found that 80.6 per cent of program time, excluding advertising, station promos and IDs, is devoted to sound recordings. Regarding the reception of music, all the music-based radio stations surveyed admitted using a digital music playback system and 90 per cent of stations that added music to their digital playback system in the past week reported some form of electronic delivery as the original source.

[50] Mr. Dean Sinclair, a broadcast consultant specializing in private radio, provided detailed information on the station-level, operational activities of Canada's private broadcasters as they relate to music use. He explained that a MDS, the most common of which is DMDS, is a replacement medium for record companies and distributors to get new music into the hands of radio stations without the need for delivering physical copies. DMDS is described in detail in the next section.

[51] Mr. Bruce Wilkinson, an engineering consultant, described from a technical perspective how music files are used in a radio station environment. He explained that all

appliquée aux taux de CSI, de AVLA/SOPROQ et d'ArtistI, étant donné que les stations de radio reçoivent leurs enregistrements sonores presque exclusivement dans un format numérique, directement à partir de services de distribution de musique numérique (SDMN), plutôt que de copier les pistes d'un CD sur un disque dur. Leur prétention repose sur l'argument de l'ACR selon lequel le fait de télécharger des fichiers à partir d'un SDMN n'entraîne pas la création de copies « matérielles », ce qui signifie que le nombre de copies protégées produites sera moindre.

[49] L'ACR a chargé la firme Solutions Research Group (SRG) de mener une étude sur l'utilisation que les stations de radio commerciale canadiennes font de la musique ainsi que sur les façons dont les stations musicales reçoivent et copient la musique. L'étude a révélé que, si l'on exclut la publicité, l'autopromotion et les indicatifs, 80,6 pour cent du temps d'antenne est consacré aux enregistrements sonores. Pour ce qui a trait à la réception de la musique, l'ensemble des stations musicales interrogées ont admis utiliser un système de lecture de musique numérique et 90 pour cent de celles qui avaient ajouté de la musique à ce système au cours de la semaine précédant l'étude ont indiqué avoir reçu de la musique par voie électronique.

[50] M. Dean Sinclair, expert-conseil en radiodiffusion spécialisé dans le domaine de la radio privée, a fourni de l'information détaillée sur les activités opérationnelles menées par les radiodiffuseurs privés au Canada en ce qui concerne l'utilisation de musique. Il a expliqué que les SDMN, dont le plus courant est DMDS, sont une solution de remplacement pour les distributeurs et les maisons de disques qui s'en servent pour faire parvenir de la nouvelle musique aux stations sans avoir à leur fournir de copies physiques. DMDS est décrit en détail dans la section suivante.

[51] M. Bruce Wilkinson, ingénieur-conseil, a pour sa part décrit, sur le plan technique, la façon dont les stations de radio utilisent les fichiers de musique. Il a expliqué que, à l'heure

commercial radio stations in Canada currently use digital playout systems, and that music is integrated into the digital delivery system either through CD ripping or downloads from a MDS.

[52] Dr. James Dertouzos, Professor of Economics at the RAND Graduate School of Policy Studies, presented a study looking at the impact of radio airplay on the music industry. While he recognized that different studies have come up with conflicting results, he believed that radio play stimulates record sales. This conclusion is consistent with anecdotal evidence, including the fact that record companies pay large sums to promote their releases. In addition, consumer surveys indicate that the exposure to radio is a primary method to learn about music.

[53] To support this position, the CAB presented additional evidence from Jupiter Research that found that radio remains the most powerful means of music discovery. In addition, a 1996 study from Angus Reid found that radio emerged more often than any other factor as having influenced CD buyers' most recent music purchase.

[54] Mr. Patrick Grierson, President of Canadian Broadcast Sales, presented evidence showing that advertisers attach a higher value to talk content than to music. Mr. Stephen Armstrong, President of Stephen M. Armstrong Consulting Inc., examined the programming expenses and profitability of radio stations and concluded that radio stations in general, and smaller stations in particular, are in a much more difficult financial situation than they were at the beginning of the decade. Only larger, music-oriented stations increased their profitability between 2002 and 2007. According to Mr. Armstrong, over the period 2008 to 2012, the financial situation of radio stations is expected to get significantly

actuelle, toutes les stations commerciales canadiennes ont recours à des systèmes de lecture numérique et que la musique est intégrée au système de distribution numérique soit par extraction audionumérique, soit par téléchargement à partir d'un SDMN.

[52] M. James Dertouzos, professeur d'économie à la RAND Graduate School of Policy Studies, a présenté une étude traitant des effets de la diffusion radio sur l'industrie de la musique. Tout en reconnaissant que les différentes études qui ont été menées ont donné des résultats contradictoires, il estime que le temps d'antenne stimule les ventes de disques. Cette conclusion est conforme à la preuve anecdotique, y compris le fait que les maisons de disques payent d'importantes sommes pour promouvoir leurs nouveaux enregistrements. De plus, des sondages menés auprès des consommateurs démontrent que l'écoute de la radio est l'un des principaux moyens pour découvrir de la musique.

[53] Au soutien de cette thèse, l'ACR a présenté des éléments de preuve additionnels préparés par Jupiter Research, selon lesquels la radio demeure l'outil le plus puissant pour découvrir de la musique. De surcroît, une étude menée par Angus Reid en 1996 a conclu que la radio, plus que tout, avait influencé les consommateurs à acheter leur plus récent CD de musique.

[54] M. Patrick Grierson, président de Canadian Broadcast Sales, a présenté des données qui montrent que les publicitaires accordent plus de valeur au contenu parlé qu'à la musique. Pour sa part, M. Stephen Armstrong, président de Stephen M. Armstrong Consulting Inc., après avoir examiné les dépenses de programmation et la rentabilité des stations de radio, a conclu que la situation financière de toutes les stations, et surtout des plus petites, s'est beaucoup détériorée depuis le début de la décennie. Seules les grandes stations axées sur la musique ont accru leur rentabilité entre 2002 et 2007. Selon M. Armstrong, la situation financière des stations devrait empirer considérablement entre 2008 et

worse, no matter the size or type of content broadcasted. Mr. Pierre-Louis Smith, Vice-President, Policy and Chief Regulatory Officer of the CAB, explained that radio stations are increasingly using talk content as a differentiating factor, and that talk is the most valuable factor for attracting audiences.

[55] Finally, Mr. Stéphane Gilker, Partner at Fasken Martineau DuMoulin, provided an overview of the prevailing contractual arrangements, in the Province of Québec, between songwriters and publishers and between performers and record labels. His examination led him to conclude that ArtistI should receive no more than 7.3 per cent of what CSI is paid, before any repertoire adjustment.

V. TECHNICAL ASPECTS RELATING TO THE OPERATIONS OF BROADCASTERS

[56] Canadian private broadcasters now commonly use a digital music playback system¹⁸ to deliver their music programming. Initially, the cost associated with making the changeover to the new digital technology precluded smaller and less profitable broadcasters from modernizing their systems. Since 2003, the arrival of improved and more affordable products has made it possible for smaller broadcasters to digitize their operation systems. Broadcasters have thus changed their physical music libraries to digital ones, which are collections of digital music files stored on hard drives in conjunction with metadata (such as title, genre, name of the album and performer) contained in a computer database. Programming can now be delivered in a fully automated fashion, or in a partially automated method (commonly known as *live-assist*). It can also originate locally, or be provided from satellite or other communication network feeds.

2012, sans égard à leur taille ou au contenu qu'elles diffusent. M. Pierre-Louis Smith, vice-président, Politiques, et Agent en chef de la réglementation à l'ACR, a expliqué que les stations de radio utilisent de plus en plus le contenu verbal pour se différencier les unes des autres et que ce contenu est l'élément qui attire le plus d'auditeurs.

[55] Enfin, M^c Stéphane Gilker, associé chez Fasken Martineau DuMoulin, a soumis un aperçu des ententes contractuelles existantes, dans la province de Québec, entre les auteurs-compositeurs et les éditeurs et entre les artistes-interprètes et les maisons de disques. Après examen, il a conclu qu'ArtistI ne devrait pas recevoir plus de 7,3 pour cent de ce que CSI perçoit, avant tout ajustement de répertoire.

V. ASPECTS TECHNIQUES LIÉS À L'EXPLOITATION D'UNE STATION DE RADIO

[56] De nos jours, les radiodiffuseurs privés canadiens utilisent couramment des systèmes de lecture de musique numérique¹⁸ pour diffuser leur programmation musicale. À l'origine, le coût du passage à la nouvelle technologie numérique empêchait les stations plus petites ou moins rentables de moderniser leurs systèmes. Des produits améliorés et plus abordables qui ont fait leur apparition depuis 2003 ont permis aux petites stations de numériser leurs systèmes d'exploitation. Elles ont donc pu remplacer leurs musicothèques physiques par des équivalents numériques qui sont en fait des collections de fichiers musicaux numériques stockés sur des disques durs, auxquels sont reliées des métadonnées (par exemple le titre, le genre, le nom de l'album ou de l'interprète) contenues dans une base de données informatique. La distribution des émissions peut désormais se faire de manière automatisée, en tout ou en partie (dans ce dernier cas, il est d'usage de parler de *live-assist*). Elle peut aussi être faite soit localement, soit par satellite ou autres systèmes d'alimentation réseau.

[57] Digital technology has transformed not only the way broadcasters deliver their programming, but also how they obtain musical material. The last time the Board examined the reproduction activities of radio stations, CD ripping was more prevalent than digital downloading and broadcasters still had the option of not reproducing music for broadcast.¹⁹ Label representatives still routinely delivered newly released CDs to radio stations. If a broadcaster decided to air the material it received, it would either play it on air or “rip” the CD onto its server to incorporate it into their playback system.

[58] Today, visits from labels are rare or serve other purposes. Although some field staff still delivers music on CD in the largest markets, label representatives mostly come in with a file and play it off their system.²⁰ In mid-size markets, in-market servicing is infrequent and when done is usually related to promotional projects such as concerts, artist promotion and product giveaway.²¹ Nearly all stations, regardless of market size, now rely on some form of electronic delivery as a source for new music; MDS constitute the dominant electronic source.²²

[59] In the Anglophone market, broadcasters rely predominantly on DMDS, a MDS owned by Yangaroo Inc. In the Francophone market, the broadcasters use the services of 45tours.ca (45tours). According to the evidence, 85 per cent of surveyed stations use DMDS. The services are sufficiently similar that describing one of them will be sufficient for our purposes.

[57] La technologie numérique a transformé non seulement la façon dont les stations distribuent leurs émissions, mais également la façon dont elles se procurent leur matériel musical. La dernière fois que la Commission s’est penchée sur les activités de reproduction des stations de radio, l’extraction audionumérique était plus répandue que le téléchargement, et les radiodiffuseurs pouvaient toujours décider de ne pas reproduire la musique qu’ils voulaient diffuser.¹⁹ Il était alors encore monnaie courante que les représentants de maisons de disques se rendent dans les stations pour remettre le tout dernier CD. La station qui décidait de diffuser le matériel reçu pouvait soit faire jouer le CD en ondes, soit en extraire le contenu pour le transférer sur son serveur et l’incorporer dans son système de lecture.

[58] Aujourd’hui, les visites des maisons de disques sont plutôt rares ou ont d’autres objets. Il arrive encore que des employés sur le terrain fournissent des CD de musique aux stations de radio des grands marchés, mais, le plus souvent, les représentants de maisons de disques remettent aux stations des fichiers qui sont lus à partir du système de ces stations.²⁰ Dans les marchés de taille moyenne, on n’a pas coutume de se rendre sur place pour offrir du matériel; quand on le fait, c’est généralement dans le cadre de projets promotionnels tels que la tenue de concerts, la promotion d’artistes et la fourniture de cadeaux publicitaires.²¹ À présent, la quasi-totalité des stations, quelle que soit la taille de leur marché, se procurent la nouvelle musique par voie électronique, les SDMN arrivant de loin en tête de liste.²²

[59] Dans le marché anglophone, les radiodiffuseurs utilisent principalement DMDS, un SDMN appartenant à Yangaroo. Dans le marché francophone, ils font appel aux services de 45tours.ca (45tours). D’après les données obtenues, 85 pour cent des stations interrogées emploient DMDS. Puisque ces deux services sont assez semblables, il suffira d’en décrire un seul pour les besoins de l’espèce.

[60] DMDS allows broadcasters to download digitally new music releases through its Web site. Generally, the music or program director of a station opens an account with DMDS and selects a variety of music formats in order to create the package of music targeted by the station. Once membership is approved, DMDS provides the broadcaster the software (decryption module or DMDS agent) required to use the products it will thereafter download to its server from the DMDS Web site.

[61] Record labels, their agents and some independent artists decide what material is available for download. Whenever they upload new material on the DMDS Web site that corresponds to a subscriber's music format, the subscriber is notified by email. The subscriber can then log onto the DMDS server via the Internet by using an encrypted password to either audition or download the released material.

[62] The audition feature makes it possible for a user to listen to music without making a copy by previewing the recording from DMDS through an audio stream. To enable the audition feature, the user clicks on the "Listen" button, which prompts the image of a player to appear on the screen as the song is played. The DMDS patent describes the technique enabling the audition feature as follows:

The music director may choose to listen to sample tracks (step 200-6), which are then streamed unencrypted to the recipient computer system, for example in MP3 format (step 200-7). These sample tracks are of insufficient length or quality to be used for radio play and thus, pose little risk insofar as the security of the single is concerned.²³

[63] Dr. Murphy testified that "[i]n the streaming with DMDS there's just a temporary Internet file

[60] DMDS permet aux radiodiffuseurs de télécharger les nouveautés musicales à partir de son site Web. En général, le directeur musical ou de la programmation de la station se crée un compte, puis sélectionne certaines formules musicales pour établir le type de musique que souhaite avoir la station. Une fois que la demande d'inscription est approuvée, DMDS fournit au radiodiffuseur le logiciel (un module de déchiffrement ou l'agent DMDS) dont il aura besoin pour se servir des produits qu'il téléchargera à partir du site Web de DMDS.

[61] Les maisons de disques, leurs mandataires et certains artistes indépendants décident du matériel offert pour téléchargement. Lorsque ceux-ci téléversent sur le site Web de DMDS du nouveau matériel qui correspond au type de musique choisi par un abonné, ce dernier en est informé par courriel. Il peut ensuite entrer un mot de passe chiffré pour se connecter au serveur de DMDS par Internet, et télécharger ou écouter à titre d'essai le matériel diffusé.

[62] La fonction d'écoute à titre d'essai permet à l'utilisateur d'écouter une pièce musicale dans DMDS au moyen d'une transmission en continu, sans qu'il soit nécessaire d'en créer une copie. Pour ce faire, il clique sur le bouton « Listen »; le service ouvre alors un lecteur qui reste affiché à l'écran pendant toute la lecture de la chanson. Le brevet de DMDS décrit la technique qui permet d'offrir la fonction d'écoute à titre d'essai comme suit :

[TRADUCTION] Le directeur musical peut décider d'écouter des extraits de pièces (étape 200-6), qui sont alors diffusés en continu et sans chiffrement sur le système informatique du destinataire, en format MP3 par exemple (étape 200-7). Puisque la durée ou la qualité des extraits n'est pas suffisante pour qu'on puisse les mettre en ondes, il y a peu de risque que la sécurité des pièces soit menacée.²³

[63] M. Murphy a affirmé dans son témoignage que [TRADUCTION] « lorsqu'un utilisateur fait

that exists on your computer for as long as you need to listen to it and then it's flushed away, it doesn't remain permanently on.»²⁴

[64] The DMDS stream can be assimilated to a stream or to an on-demand stream as described in *Tariff 22.A*²⁵ and in *CSI – Online Music Services (2007)*.²⁶ This feature reduces the number of reproductions made for the purpose of evaluating sound recordings on a preliminary basis at music meetings since instead of downloading the song to an iPod or other medium, those in attendance can simply listen to the material directly from the DMDS Web site. The extent of the reduction however, is not quantifiable at this time.

[65] When a user clicks “download”, the process by which broadcasters obtain a copy of the selected musical file is launched. In the first phase of the “download”, a temporary copy of the encrypted file residing on the DMDS server is made in the temporary memory of the radio station's computer. Anyone who tried to grab that temporary encrypted copy off the broadcaster's computer would not easily be able to do anything with it.

[66] There is contradictory evidence as to where this temporary copy is created. Dr. Murphy stated, in his report²⁷ and during his testimony,²⁸ that the temporary copy of the DMDS file is created on the station's server, not on the DMDS server and explained how it was copied by referring to the DMDS patent. By contrast, Mr. Wilkinson testified that he “believe[d] it would take place on the DMDS server”;²⁹ his written report did not address the issue. Dr. Murphy's

jouer une pièce en continu par le biais de DMDS, le service crée un fichier Internet temporaire qui résidera dans l'ordinateur de l'utilisateur le temps qu'il faut pour écouter la chanson, puis le fichier sera supprimé. Il ne s'agit pas d'un fichier qui reste stocké en permanence. »²⁴

[64] La transmission en continu employée dans DMDS peut être assimilée à une transmission en continu ou une transmission sur demande telle que définie dans les affaires *Tarif 22.A*²⁵ et *CSI – Services de musique en ligne (2007)*.²⁶ Elle permet de réduire le nombre de reproductions faites à des fins d'évaluation préliminaire des enregistrements sonores dans le cadre de réunions où il est question de musique. En effet, au lieu d'avoir à télécharger une chanson dans un appareil iPod ou sur un autre support, les participants peuvent simplement l'écouter directement à partir du site Web de DMDS. Il est toutefois impossible, pour le moment, de quantifier la réduction du nombre de reproductions faites.

[65] L'utilisateur qui clique sur « download » lance le processus permettant au radiodiffuseur d'obtenir une copie du fichier de musique sélectionné. Dans un premier temps, le service crée, dans la mémoire temporaire de l'ordinateur de la station, une copie temporaire du fichier chiffré qui réside sur le serveur de DMDS. La personne qui parviendrait à s'approprier la copie temporaire chiffrée qui se trouve dans l'ordinateur du radiodiffuseur ne pourrait pas l'utiliser facilement de quelque manière que ce soit.

[66] La preuve portant sur l'endroit où la copie temporaire est créée est contradictoire. Dans son rapport²⁷ et lors de son témoignage,²⁸ M. Murphy a indiqué que la copie temporaire du fichier DMDS est créée sur le serveur de la station et non sur le serveur de DMDS. Il a fait référence au brevet de DMDS pour expliquer la façon dont le fichier est copié. En revanche, dans son témoignage, M. Wilkinson a indiqué [TRADUCTION] « croire que la copie temporaire

evidence accords with the Board's long standing understanding of how the Internet operates. That evidence also is founded on, among other things, an examination of the DMDS patent and on more than a belief. It is more convincing and therefore, we find that the temporary copy is created on the broadcasters' server.

[67] During the second stage of the process, the DMDS decryption module decrypts the file after confirming with the DMDS server that the station is an authorized user. Once confirmation is obtained, there is no need for the station to remain connected with the DMDS server. The file is decompressed into a broadcast quality format and a watermark is inserted to allow DMDS to monitor the broadcaster's subsequent use of the file. Hence, from the temporary encrypted file, the decryption module generates a separate, usable, decrypted copy. Apart from the watermark addition, the decrypted copy is identical to the content of the original encrypted file, which remains on the DMDS server.

[68] The resulting copy is "placed" in what is commonly called the "download directory". The requirements of each radio playback system dictate how the station manipulates the decrypted digital music files. These requirements differ from one system to the other, as do the manipulations required before a decrypted file can be uploaded from the download directory to the playback system.

[69] When all systems are fully compatible with DMDS and well-integrated, the decrypted file can be copied directly to the automation system hard drive. However, most popular playback

est créée sur le serveur de DMDS »;²⁹ il ne s'est pas penché sur la question dans son rapport écrit. Le témoignage de M. Murphy concorde avec ce que la Commission sait depuis longtemps du fonctionnement d'Internet. Ce témoignage repose aussi sur l'examen du brevet de DMDS, entre autres, et sur le fait qu'il s'agit là de plus qu'une simple croyance; ce sont là des éléments davantage convaincants et nous concluons par conséquent que la copie temporaire est créée sur le serveur du radiodiffuseur.

[67] Pendant la deuxième étape du processus, le module de déchiffrement de DMDS déchiffre le fichier après avoir confirmé auprès du serveur de DMDS que la station possède un compte d'utilisateur valide. Une fois la confirmation obtenue, il n'est plus nécessaire que la station reste connectée au serveur de DMDS. Le fichier est décompressé dans un format de qualité radiodiffusion et on y insère un tatouage numérique permettant à DMDS de surveiller l'utilisation ultérieure que le radiodiffuseur fera du fichier. Donc, le module de déchiffrement génère, à partir du fichier chiffré temporaire, une copie distincte, celle-là déchiffrée et utilisable. Exception faite du tatouage numérique, le contenu de la copie déchiffrée est identique à celui du fichier chiffré original qui, lui, reste stocké sur le serveur de DMDS.

[68] La copie obtenue est « placée » dans ce qu'on appelle communément le « répertoire de téléchargement ». La manière dont la station peut manipuler les fichiers musicaux numériques déchiffrés est tributaire de la configuration du système de lecture qu'elle utilise. La configuration diffère d'un système à un autre, tout comme les étapes de traitement qu'il faut exécuter avant de pouvoir téléverser le fichier déchiffré du répertoire de téléchargement au système de lecture.

[69] Les stations dont l'ensemble des systèmes est bien intégré et entièrement compatible avec DMDS peuvent copier le fichier déchiffré directement sur le disque dur du système

systems require some form of file manipulation or editing of the metadata; the underlying digital audio content is not generally subject to manipulations. When manipulations are necessary, a copy of the file will be made on an operator local workstation. Generally, once the “editing” process is completed, a copy is made and the original remains on the local hard drive of the PC that has performed the editing. Depending on the technical requirements of the various playback systems and the desired level of redundancy, multiple copies may be stored on the server and other workstations and there may exist multiple servers. The music selection practices of broadcasters will also play a factor. The file may be copied to various internal computers or other devices to allow convenient individual or group listening and to facilitate the evaluation and selection process.

[70] It is considered poor engineering to design a system that is completely dependent on a single server and continuous network availability because it exposes the on-air playback systems to instant failure in the event of any interruption in network connectivity or in the operation of the server or its storage subsystems. Accordingly, most broadcasters rely on workstations that have a local copy of the audio files that are not server or network dependent. It is thus reasonable to assume that even if it is theoretically possible to download the DMDS copy directly onto the playback systems, broadcasters will choose not to do so and will first save a copy on a local workstation before adding it to the playback system.

[71] Finally, although the audio file becomes part of a broadcaster’s complete digital system only when it is uploaded to the playback system, the file is nevertheless capable of manual playback

d’automatisation. Les systèmes de lecture les plus populaires exigent toutefois que les métadonnées du fichier soient manipulées ou modifiées d’une manière quelconque; le contenu audionumérique sous-jacent, lui, ne fait généralement pas l’objet de manipulations. Lorsque les données doivent être manipulées, une copie du fichier est créée sur le poste de travail local de l’intéressé. En général, une fois que le processus de modification est terminé, une copie du fichier est faite et l’original demeure sur le disque dur local du PC au moyen duquel les modifications ont été apportées. Selon les exigences techniques relatives aux différents systèmes de lecture et le niveau de redondance voulu, il peut y avoir plusieurs copies sur le serveur et sur d’autres postes de travail, et il peut exister de multiples serveurs. La façon dont la station sélectionne la musique est également un facteur. On peut copier le fichier dans divers ordinateurs internes ou autres dispositifs pour permettre l’écoute personnelle ou en groupe, ainsi que pour faciliter le processus d’évaluation et de sélection.

[70] Les systèmes qui dépendent entièrement d’un seul serveur et d’une disponibilité réseau continue sont considérés comme étant mal conçus, car, en l’occurrence, les systèmes de lecture en ondes risquent de tomber en panne dès qu’il y a une interruption de la connectivité réseau ou de l’exploitation du serveur ou de ses sous-systèmes de stockage. Par conséquent, la plupart des stations utilisent des postes de travail dotés d’une copie locale des fichiers audio, laquelle n’est pas tributaire du serveur ou du réseau. On peut donc raisonnablement supposer que, même si, en théorie, il est possible de télécharger la copie DMDS et de l’enregistrer directement sur un système de lecture, les stations décideront de ne pas procéder ainsi et enregistreront d’abord une copie du fichier voulu sur un poste de travail local avant de l’ajouter à leur système de lecture.

[71] Enfin, même si un fichier audio ne fait pas partie du système numérique complet d’une station avant d’être téléversé dans le système de lecture, le fichier peut néanmoins être lu

from the time it is copied into the download directory. It does not need to be acknowledged by a playlist. From that moment, broadcasters are not technically restricted in their use of the file, subject to the terms of their service agreement.

VI. LEGAL ANALYSIS

[72] After the parties concluded the presentation of the evidence, we issued a list of legal questions we wanted addressed by the parties in their written arguments. Not all of these questions need to be addressed to determine the terms and conditions of the tariff to be certified. The following questions are relevant:

1. What is the nature of the performer's reproduction right pursuant to subparagraph 15(1)(b)(ii)?
2. In using "works" as they do, are radio stations making protected reproductions?
3. Are radio stations liable for these reproductions under the respective tariffs of the reproduction collectives?
4. Can the Board set a tariff for reproductions made before a tariff takes effect?
5. Can the Board, in a decision that certifies a tariff, clarify the wording of a regulation it made, or must it amend the regulation?
6. In setting the rate base for the Re:Sound tariff, is the Board restricted to the regulatory definition of advertising revenues pursuant to section 68.1?
7. Does section 90 of the *Act* preclude the Board from setting a single value or certifying an overall or single rate for broadcasting music?

manuellement dès qu'il est copié dans le répertoire de téléchargement; ils n'a pas à figurer sur une liste de lecture. À partir de ce moment-là, la station n'est pas limitée sur le plan technique quant à l'utilisation qu'elle peut faire du fichier, sous réserve des modalités énoncées dans son entente de service.

VI. ANALYSE JURIDIQUE

[72] Après la clôture de la preuve des parties, nous leur avons présenté une liste de questions juridiques que nous voulions voir abordées. Il n'est pas nécessaire que toutes ces questions soient examinées pour déterminer les modalités du tarif devant être homologué. Les questions suivantes sont pertinentes :

1. Quelle est la nature du droit de reproduction de l'artiste-interprète prévu au sous-alinéa 15(1)(b)(ii)?
2. L'utilisation des « œuvres » faite par les stations de radio implique-t-elle une reproduction protégée?
3. Les stations de radio sont-elles responsables à l'égard de ces reproductions en vertu des divers tarifs des sociétés de gestion du droit de reproduction?
4. La Commission peut-elle homologuer un tarif pour des reproductions faites avant l'entrée en vigueur du tarif?
5. La Commission peut-elle, dans une décision homologuant un tarif, préciser le libellé d'un règlement qu'elle a édicté, ou doit-elle modifier le règlement?
6. Pour établir l'assiette tarifaire du tarif de Ré:Sonne, la Commission doit-elle utiliser la définition réglementaire de recettes publicitaires au sens de l'article 68.1?
7. L'article 90 de la *Loi* empêche-t-il la Commission de fixer une valeur unique ou d'homologuer un taux général ou unique pour la diffusion de musique?

We now proceed with the analysis of each.

Nous procédons maintenant à l'analyse de chacune d'elles.

1. What is the nature of the performer's reproduction right pursuant to subparagraph 15(1)(b)(ii)?

1. Quelle est la nature du droit de reproduction de l'artiste-interprète prévu au sous-alinéa 15(1)b(ii)?

The meaning of subparagraph 15(1)(b)(ii)

L'interprétation du sous-alinéa 15(1)b(ii)

[73] ArtistI's tariff is based on subparagraph 15(1)(b)(ii) of the *Act*. It reads as follows:

[73] Le tarif d'ArtistI est fondé sur le sous-alinéa 15(1)b(ii) de la *Loi*, lequel est libellé comme suit :

15(1) Subject to subsection (2), a performer has a copyright in the performer's performance, consisting of the sole right to do the following in relation to the performer's performance or any substantial part thereof:

15(1) Sous réserve du paragraphe (2), l'artiste-interprète a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard de sa prestation ou de toute partie importante de celle-ci :

[...]

[...]

(b) if it is fixed,

b) d'en reproduire :

[...]

[...]

(ii) where the performer authorized a fixation, to reproduce any reproduction of that fixation, *if the reproduction being reproduced was made for a purpose other than that for which the performer's authorization was given*, and [...] [our emphasis]

(ii) lorsqu'il en a autorisé la fixation, *toute reproduction de celle-ci faite à des fins autres que celles visées par cette autorisation*, [notre soulignement]

[74] Thus, to determine whether we can certify the proposed ArtistI tariff, we must, as set out in the passage we emphasized, decide two things. First, to what uses did performers consent when they authorized the fixation of their performances onto sound recordings of musical works? Second, what is the impact of authorizing a fixation for certain purposes but not for others? The answer to the first question depends on the facts, more specifically on the terms of the contracts between performers and makers. The answer to the second question depends on an interpretation of the *Act*.

[74] Par conséquent, pour déterminer si nous pouvons homologuer le projet de tarif d'ArtistI, nous devons, comme il est indiqué dans l'extrait souligné, nous prononcer sur deux points. Premièrement, à quelles utilisations les artistes-interprètes ont-ils consenti lorsqu'ils ont autorisé la fixation de leurs prestations dans des enregistrements sonores d'œuvres musicales? Deuxièmement, quelle conséquence résulte du fait d'autoriser une fixation seulement à certaines fins? La réponse à la première question dépend des faits, plus particulièrement des modalités des contrats conclus entre les artistes-interprètes et les producteurs. La réponse à la deuxième question dépend de l'interprétation de la *Loi*.

[75] Most parties, in interpreting the scope and nature of the performers' reproduction right, relied on the Rome Convention³⁰ and corresponding documents. In our opinion, these documents are not the appropriate interpretive tools by reason that Canada has gone beyond its obligation under the Rome Convention by granting exclusive and positive rights to performers. This was achieved by coupling the right itself with the right to authorize. When one authorizes, one allows someone to act, one does not simply prevent the act.

[76] ArtistI claims that the performers' reproduction right materializes when a reproduction of a reproduction of a fixation is made for a purpose other than that for which the fixation was authorized. An authorization "for all purposes" cannot be enforced. It is contrary to the existing contractual scheme. An authorization for a purpose other than that for which the fixation was made cannot be assumed. A performance is linked with the personality right, which has certain consequences. Namely, consent is exhaustive. The performer's right cannot be extinct at the time of the contract since it is the subsequent infringement that gives rise to the right.

[77] AVLA/SOPROQ and the CAB contend that the existence of the 15(1)(b)(ii) right depends on the fulfilment of specific conditions. For the right to be triggered, the performer must have explicitly restricted the purposes for which the performer authorizes the reproduction of the fixation of the performance. Unless restrictions are put on the purposes of the fixation, the right never comes into existence.

[78] The CAB concedes that in theory, the *Act* permits performers to limit the purposes for which reproductions of the fixation may be made; however, it claims that in practice, all-purpose authority is granted and accordingly, the maker assumes all rights.

[75] La plupart des parties se sont appuyées sur la Convention de Rome³⁰ et les documents connexes pour interpréter l'étendue et la nature du droit de reproduction des artistes-interprètes. À notre avis, ces documents ne constituent pas des outils d'interprétation appropriés parce que le Canada est allé au-delà de son obligation en vertu de la Convention de Rome en accordant des droits exclusifs et positifs aux artistes-interprètes, soit en conjuguant le droit de reproduction avec le droit d'autoriser la reproduction. Une autorisation a pour but de permettre à un tiers d'agir, et non simplement de l'empêcher d'agir.

[76] ArtistI fait valoir qu'il y a matérialisation du droit de reproduction des artistes-interprètes lorsqu'est reproduite la reproduction d'une fixation faite à des fins autres que celles visées par l'autorisation. L'autorisation « à toutes fins » serait invalide parce que contraire au régime contractuel existant. L'on ne saurait présumer que l'autorisation vise des fins autres que celles visées par la fixation. Une prestation est liée au droit de la personnalité duquel découlent certaines conséquences, entre autres le fait que le consentement est exhaustif. Le droit de l'artiste-interprète ne peut être éteint au moment de la conclusion du contrat puisque c'est le défaut de s'y conformer qui y donne naissance.

[77] AVLA/SOPROQ et l'ACR allèguent que l'existence du droit de 15(1)(b)(ii) dépend du respect de conditions précises. Pour que le droit entre en jeu, l'artiste-interprète doit avoir restreint explicitement les fins pour lesquelles il accorde l'autorisation de reproduire la fixation de la prestation. Si des restrictions n'ont pas été imposées aux fins visées par la fixation, le droit ne prend jamais naissance.

[78] L'ACR admet que, théoriquement, la *Loi* permet à l'artiste-interprète de limiter les fins pour lesquelles les reproductions d'une fixation peuvent être faites. Toutefois, elle allègue qu'en pratique, les permissions accordées sont sans limites et que le producteur détient donc tous les droits.

[79] ACTRA/AFM contends on the other hand that, notwithstanding the wording of the relevant provision, the right does not arise only upon the commission of an unauthorized act and can be licensed through a tariff. It follows, in their submission, that as soon as authorization is given in a tariff, the right is extinguished.

[80] This is not how the *Act* reads. The rights granted to performers pursuant to paragraph 15(1)(b) arise only if and when the performance “is fixed”. The performance itself is fleeting; it can only be fixed as it occurs. The authorization to fix it however, almost always is granted before the performance occurs (hence, probably, the use of the past tense “authorized”). Once this is understood, it becomes easier to understand why paragraph 15(1)(b) grants the rights that it grants. Subparagraph 15(1)(b)(ii) comes into play only if a performance is fixed with the performer’s authorization. Absent such an authorization, the performer’s control over the fixation flows from subparagraph (i), not (ii). Furthermore, performers who consent to their performances being fixed generally also authorize the person making the fixation to use it for some purpose or other. As a result, the performer’s reproduction right cannot materialize to the extent that the performer granted the maker the right to engage in those uses *before the fixation even existed*. For all other purposes, however, subparagraph 15(1)(b)(ii) grants to performers the exclusive right to control the reproduction of the performance embodied in the fixation. Naturally, subparagraph 15(1)(b)(i), which applies to a performance that is illegitimately fixed, does not circumscribe the reproduction right of the performer, since the performer consented to nothing in the first place. The performer retains the exclusive right to control all subsequent uses of the unauthorized fixation of the performance.

[81] Consequently, it would be wrong to contend that makers of a sound recording *acquire a*

[79] En revanche, ACTRA/AFM affirme que, nonobstant le libellé de la disposition pertinente, le droit de reproduction ne prend pas naissance seulement lors de la commission d’un acte non autorisé et qu’il peut être autorisé par l’entremise d’un tarif. Ainsi, selon ACTRA/AFM, dès que l’autorisation est accordée dans un tarif, le droit est éteint.

[80] La *Loi* n’est pas rédigée ainsi. Pour que les droits que l’alinéa 15(1)b accorde à l’artiste-interprète entrent en jeu, il faut que la prestation soit « fixée ». La prestation elle-même est éphémère; elle peut seulement être fixée pendant son déroulement. L’autorisation de la fixer est toutefois presque toujours accordée avant que la prestation n’ait lieu (ce qui explique sans doute l’utilisation du passé composé « a autorisé »). Une fois qu’on a saisi cela, il est plus facile de comprendre la raison pour laquelle l’alinéa 15(1)b accorde ce qu’il prévoit. Le sous-alinéa 15(1)b(ii) n’entre en jeu que si la prestation d’un artiste-interprète a été fixée avec son autorisation. Sans une telle autorisation, le contrôle de l’interprète sur la fixation découle du sous-alinéa 15(1)b(i) et non 15(1)b(ii). De plus, l’interprète qui autorise la fixation de sa prestation autorise aussi généralement la personne faisant la fixation à l’utiliser à certaines fins. Par conséquent, il ne peut y avoir matérialisation du droit de reproduction de l’interprète dans la mesure où il a accordé au producteur le droit de l’utiliser à ces fins, et ce *avant même que la fixation n’existe*. Pour toute autre fin, par contre, le sous-alinéa 15(1)b(ii) accorde à l’interprète le droit exclusif de contrôler la reproduction de la prestation incorporée dans la fixation. Bien entendu, le sous-alinéa 15(1)b(i), qui s’applique à une prestation fixée sans permission, ne délimite pas le droit de reproduction de l’interprète puisqu’il n’a rien autorisé au départ. L’interprète conserve le droit exclusif de contrôler toutes les utilisations subséquentes de la fixation non autorisée de la prestation.

[81] En conséquence, il serait erroné de prétendre que les producteurs d’un enregistrement sonore

performer's right of reproduction when they receive authorization to use the fixation of the performance.³¹ One cannot acquire something that never existed. However, producers are entitled to the economic value of the performance embodied in their sound recording. The transfer of value occurs when performers authorize the fixation pursuant to subparagraph 15(1)(a)(iii) of the *Act*.

[82] In our opinion, the reproduction right of performers is a full right. Makers can use the fixation of a performance only in ways that the contract allows either expressly or by implication. Furthermore, the uses so authorized are limited to what is required to fulfil the objects of the recording contract. Our reasons to so conclude are as follows.

[83] First, where the legislator intended the performer to abandon control over reproductions of a fixation when authorized, it has so provided. That is the case in subsection 17(1) of the *Act*, which reads as follows:

Where the performer authorizes the embodiment of the performer's performance in a cinematographic work, the performer may no longer exercise, in relation to the performance where embodied in that cinematographic work, the copyright referred to in subsection 15(1).

[84] Second, as not all fixations are sound recordings, we should be careful about making generalizations about the performance-fixation interface based solely on an analysis of the performance-recording interface.

[85] Third, performers exploited their performances commercially before the *Act* recognized the rights. It is unlikely that the recognition of those rights was intended to prejudice them.

acquièrent le droit de reproduction de l'artiste-interprète lorsqu'ils obtiennent l'autorisation d'utiliser la fixation de la prestation.³¹ On ne peut acquérir quelque chose qui n'a jamais existé. Toutefois, les producteurs ont droit à la valeur économique de la prestation incorporée dans leur enregistrement sonore. Le transfert de valeur se produit lorsque l'interprète autorise la fixation conformément au sous-alinéa 15(1)(a)(iii) de la *Loi*.

[82] À notre avis, le droit de reproduction des artistes-interprètes est un droit absolu. Le producteur peut utiliser la fixation d'une prestation seulement aux fins permises expressément ou implicitement en vertu du contrat. De plus, les utilisations ainsi autorisées sont limitées à celles qui sont nécessaires à la réalisation de l'objet du contrat d'enregistrement. Nous arrivons à cette conclusion pour les motifs suivants.

[83] Premièrement, lorsque le législateur veut priver l'artiste-interprète du contrôle sur les reproductions d'une fixation autorisée, il le prévoit expressément. Le libellé du paragraphe 17(1) de la *Loi* répond à cet objectif :

Dès lors qu'il autorise l'incorporation de sa prestation dans une œuvre cinématographique, l'artiste-interprète ne peut plus exercer, à l'égard de la prestation ainsi incorporée, le droit d'auteur visé au paragraphe 15(1).

[84] Deuxièmement, puisque les fixations ne sont pas toutes des enregistrements sonores, il faut éviter de faire des généralisations à propos des prestations fixées en examinant uniquement une forme de fixation, soit l'enregistrement sonore.

[85] Troisièmement, les artistes-interprètes exploitaient leurs prestations commercialement avant la reconnaissance de leurs droits en vertu de la *Loi*. Il est improbable que la reconnaissance de ces droits visait à leur causer préjudice.

[86] Finally, generally speaking, producers are more able to dictate conditions than artists. Recording contracts are, to a large extent, adhesion contracts, especially where background artists are concerned. Both common and civil law generally resolve any ambiguity in such contracts in favour of the party who did not dictate their terms. This also favours resolving doubts in favour of artists.

[87] It remains to be seen how this applies in this case. It is only by looking at individual recording contracts that we could determine with any certainty whether or not performers control the reproductions made by radio stations. However, no individual contracts were filed and we are limited to relying on the boiler-plate recording contracts filed as evidence. Insofar as the rights of ArtistI performers are concerned, we must also examine the collective agreements between the *Union des Artistes* (UDA) and the *Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo* (ADISQ) and between the *Guilde des Musiciens du Québec* (Guilde) and ADISQ.

Does the reproduction right of performers materialize?

The Rights of Performers from the “Rest of Canada”

[88] It is necessary to look at the rights of performers from “the rest of Canada” even if they are not targeted by a proposed tariff. If the performer’s subparagraph 15(1)(b)(ii) right does not materialize, any economic value that the performance may have as an input to the sound recording in which it is incorporated must be “owned” by the maker and ALVA/SOPROQ is entitled to collect royalties; if it is the performer, we cannot set a tariff since none was proposed.

[89] Although the wording of the sample agreements provided by AVLA in response to

[86] Enfin, règle générale, les producteurs sont davantage en mesure d'imposer leurs conditions que les artistes. Les contrats d'enregistrement sont, en grande partie, des contrats d'adhésion, particulièrement en ce qui concerne les choristes et accompagnateurs. Tant la *common law* que le droit civil ont tendance à trancher toute ambiguïté dans de tels contrats en faveur de la partie qui n'a pas imposé ses conditions, ce qui profite généralement aux artistes.

[87] Il reste à voir comment ce principe s'applique en l'espèce. La seule façon de déterminer avec certitude si les artistes-interprètes contrôlent les reproductions faites par les stations de radio est d'examiner chaque contrat d'enregistrement. Toutefois, aucun contrat n'a été déposé et nous sommes limités à nous appuyer sur les contrats types déposés en preuve. En ce qui concerne les droits des membres d'ArtistI, nous devons également examiner les ententes collectives entre l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ) d'une part, et l'Union des Artistes (UDA) et la Guilde des Musiciens du Québec (Guilde) d'autre part.

Y a-t-il matérialisation du droit de reproduction des artistes-interprètes?

Les droits des artistes-interprètes du « reste du Canada »

[88] Il est nécessaire d'examiner les droits des artistes-interprètes du « reste du Canada » même s'ils ne sont visés par un projet de tarif. S'il n'y a pas matérialisation du droit de l'artiste-interprète prévu au sous-alinéa 15(1)(b)(ii), le producteur doit détenir la valeur économique pouvant être rattachée à la prestation en tant qu'intrant dans l'enregistrement sonore et ALVA/SOPROQ a le droit de percevoir des redevances; si c'est l'interprète qui en est le titulaire, nous ne pouvons fixer de tarif puisqu'aucun projet n'a été déposé.

[89] Bien que le texte des contrats fournis par AVLA en réponse aux demandes de

interrogatories varied considerably, they allow us to conclude that performers outside Québec almost invariably grant to makers of sound recordings the exclusive right to use the fixation of their performances for “all purposes”. Under such agreements, a performer’s reproduction right never materializes. Consequently, as we just explained, the maker is entitled to monetize the economic value in the performance as part of the maker’s exclusive right over the sound recording.

The Rights of Québec Performers

[90] The situation is different for Québec performers. While the sample recording agreements suggest that Québec artists authorize producers to use their performances’ fixation in as broad a fashion as elsewhere in Canada, the agreements may be unenforceable if they provide for less favourable terms than those stipulated in collective agreements reached pursuant to the SAA. The SAA provides that if a contract between an artist (here, the performer) and a producer (here, the maker) does not contain terms and conditions that meet or exceed the minimum standard set in the relevant collective agreement, the collective agreement will prevail.

[91] The CAB and AVLA/SOPROQ contend that if the SAA deals with copyright, it is *ultra vires* with the result that an ArtistI member who signs a standard recording agreement retains nothing and cannot rely on the collective agreements governed by a provincial legislation to reclaim the rights they have assigned to the label. They further contend that various decisions emanating from the SAA regime recognize the constitutional limits that constrain the legislative reach of the provincial regime, which thereby preclude collective agreements from dealing with the terms of exploitation of performers’ copyright.³²

renseignements varie considérablement, ils nous permettent de conclure que les artistes-interprètes à l’extérieur du Québec accordent presque toujours aux producteurs d’enregistrements sonores le droit exclusif d’utiliser la fixation de leurs prestations « à toutes fins ». De tels contrats font en sorte qu’il n’y a jamais matérialisation du droit de reproduction de l’artiste-interprète. Par conséquent, comme nous venons de l’expliquer, c’est le producteur qui peut monnayer la valeur économique de la prestation, compris dans son droit exclusif sur l’enregistrement sonore.

Les droits des artistes-interprètes du Québec

[90] La situation est différente pour les artistes-interprètes québécois. Bien que les contrats d’enregistrement types tendent à indiquer que ces artistes autorisent les producteurs à utiliser la fixation de leurs prestations à toutes fins comme partout ailleurs au Canada, les contrats pourraient être non exécutoires s’ils prévoient des modalités moins avantageuses que celles prévues dans les ententes collectives conclues en vertu de la LSA. Cette loi stipule que si le contrat entre un artiste et un producteur ne contient pas des modalités égales ou supérieures à la norme minimale prévue dans l’entente collective pertinente, c’est l’entente collective qui prévaudra.

[91] L’ACR et AVLA/SOPROQ font valoir que si la LSA traite du droit d’auteur, elle est *ultra vires* et le membre d’ArtistI qui signe un contrat d’enregistrement type ne conserve rien et ne peut s’appuyer sur une entente collective régie par une loi provinciale pour récupérer les droits qu’il a cédés à la maison de disques. Elles soutiennent également que plusieurs décisions rendues en vertu de la LSA reconnaissent les limites constitutionnelles qui restreignent la portée du régime provincial, empêchant ainsi les ententes collectives de traiter des conditions d’exploitation du droit d’auteur des artistes-interprètes.³²

[92] ArtistI relies on other decisions³³ as well as doctrinal authorities³⁴ in support of its position that it is possible, indeed essential, to deal with the terms of exploitation of performers' performances created in the process of providing a service to a producer in the collective agreements.

[93] In *Guilde et AHGM (1990)*, several organizations representing authors asked that the *Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de producteurs* to circumscribe the scope of the bargaining sector for which the *Guilde* was seeking certification. In defining the bargaining sector as « *tous les artistes qui pratiquent l'art de la musique instrumentale [...], excluant tout le champ des droits d'auteur* », [our emphasis] the Commission gave effect to the various agreements reached between the *Guilde* and the intervenors. In those agreements the *Guilde* recognized that its authority as a bargaining agent did not extend to the rights of performers in their capacity as authors (*les droits d'auteurs*) of musical works.

[94] In our opinion the *Guilde* did not agree to exclude matters of copyright altogether. In *Guilde et AHGM (1990)*, the only issues relating to copyright concerned musical and dramatico-musical work. Nothing else was in issue. This is not surprising given that performers had no copyright in their performances in 1990. The object of the definition of the bargaining sector and the subsequent collective agreement provisions was to make it explicit that insofar as performers who are also authors, their rights as authors are not covered by the collective agreements. Most importantly, since the certification occurred in 1991, its terms should be interpreted in accordance with section 58.1 of the *1997 Copyright Amendment Act*:³⁵ the limitation does not clearly target performers' future copyrights and therefore, must be interpreted to target only the rights of authors and not all copyright subject matters that existed or were created since.

[92] ArtistI s'appuie sur d'autres décisions³³ ainsi que sur de la doctrine³⁴ pour étayer sa thèse portant qu'il est possible, voire essentiel, de traiter dans les ententes collectives des conditions d'exploitation de la prestation que l'artiste-interprète crée lorsqu'il fournit un service à un producteur.

[93] Dans *Guilde et AHGM (1990)*, plusieurs organisations représentant des auteurs demandaient à la Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de producteurs de délimiter la portée du secteur de négociation que la *Guilde* cherchait à faire reconnaître. En définissant le secteur de négociation comme « [t]ous les artistes qui pratiquent l'art de la musique instrumentale [...], excluant tout le champ des droits d'auteur », [notre soulignement], la Commission a donné acte des différentes ententes conclues entre la *Guilde* et les intervenantes. Dans ces ententes, la *Guilde* reconnaissait que son pouvoir, à titre d'agent négociateur, ne visait pas les droits des artistes-interprètes à titre d'auteurs (*les droits d'auteurs*) d'œuvres musicales.

[94] À notre avis, la *Guilde* n'a pas consenti à exclure l'ensemble des questions liées au droit d'auteur. Dans *Guilde et AHGM (1990)*, les seules questions liées au droit d'auteur se rapportaient aux œuvres musicales et dramatico-musicales, et sur rien d'autre. Cela n'a rien d'étonnant puisque les artistes-interprètes n'avaient aucun droit d'auteur sur leurs prestations en 1990. L'objet de la définition du secteur de négociation et les dispositions des ententes collectives conclues subséquentement visaient à préciser que les droits rattachés à la qualité d'auteur de certains interprètes ne sont pas couverts par les ententes collectives. Plus important encore, puisque la reconnaissance a été octroyée en 1991, ses modalités devraient être interprétées conformément à l'article 58.1 de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, 1997*:³⁵ la limite ne vise pas clairement les droits des artistes-interprètes à être créés et doit donc être interprétée comme visant uniquement les droits des auteurs et non l'ensemble des objets de droit d'auteur déjà existants ou créés depuis.

[95] It would appear that the inconsistency in the jurisprudence stems from diverging grammatical interpretation of the phrase « les droits d’auteur » found in *Guilde et AHGM (1990)*, which notably the Commission replaced by « les droits d’auteurs » in *Guilde et AHGM (1991)*, when it finally granted certification to the Guilde. Based on the existing legislative context at that time, in conjunction with section 58.1 of the *1997 Copyright Amendment Act* and section 16 of the *Act*, the phrase should be interpreted as the rights of authors, not copyright matters.

[96] Insofar as the constitutional argument is concerned, in our opinion, the *SAA* is not *ultra vires* the provincial government. The “pith and substance” doctrine recognizes that it is in practice, almost impossible for a legislature to exercise its jurisdiction over a specific matter effectively without incidentally affecting matters within the jurisdiction of another level of government.³⁶ The primary purpose of the *SAA* is to adapt labour law to the particularities of the cultural industry by establishing specific rules for collective bargaining between artists and producers. The pith and substance of the legislation is a matter (labour law) that falls within provincial jurisdiction. The *SAA* regulates, incidentally, the way in which copyright subject matters created in the context of the contractual relationship between the performer and the label can be transacted. It would indeed be paradoxical if a statute governing collective agreements between artists and producers could not contain stipulations relating to copyright.

[97] This interpretation of the *SAA* is compatible with the *Act*. Section 16 provides that “Nothing in section 15 prevents the performer from entering into a contract governing the use of the performer’s performance for the purpose of broadcasting, fixation or retransmission.” There

[95] Le flottement jurisprudentiel provient sans doute d’une interprétation grammaticale divergente de l’expression « les droits d’auteur » utilisée dans *Guilde et AHGM (1990)*, que la Commission a d’ailleurs remplacée par « les droits d’auteurs » dans *Guilde et AHGM (1991)*, lorsqu’elle a enfin octroyé la reconnaissance à la Guilde. Le contexte législatif existant à ce moment, combiné à l’article 58.1 de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur, 1997* et à l’article 16 de la *Loi*, font en sorte que cette expression devrait être interprétée comme visant les droits des auteurs et non comme visant l’ensemble des questions liées au droit d’auteur.

[96] En ce qui a trait à l’argument constitutionnel, nous estimons que la *LSA* n’outrepasse pas la compétence du gouvernement provincial. La doctrine du « caractère véritable » repose sur la reconnaissance de la quasi-impossibilité pratique qu’une législature exerce efficacement sa compétence sur un sujet sans que son intervention ne touche incidemment à des matières relevant de la compétence de l’autre ordre de gouvernement.³⁶ Le principal objectif de la *LSA* est d’adapter le droit du travail aux caractéristiques du secteur de la culture en établissant des règles précises encadrant la négociation collective entre artistes et producteurs. Le caractère véritable de la loi est une question (droit du travail) qui relève de la compétence provinciale. La *LSA* régleme accessoirement la façon de transiger les objets de droit d’auteur créés dans le cadre de relations contractuelles entre l’artiste-interprète et la maison de disques. Il serait véritablement paradoxal d’empêcher une loi régissant les ententes collectives entre artistes et producteurs de contenir des dispositions liées au droit d’auteur.

[97] Cette interprétation de la *LSA* est compatible avec la *Loi*. L’article 16 prévoit que « [l]’article 15 n’a pas pour effet d’empêcher l’artiste-interprète de prévoir, par contrat, les modalités d’utilisation de sa prestation aux fins de radiodiffusion, de fixation ou de

are no restrictions. Performers can enter into contracts individually or collectively.³⁷ The general rules of contract apply to transactions involving copyright. It is therefore within the power of the province to provide a legislative framework to balance the bargaining power of performers and producers in their contract negotiations. It would be *ultra vires* only if the legislation imposed rules that are contrary to the *Act*.

[98] This is not the case and it is therefore necessary to assess the existence or scope of the performer's reproduction right having regard to the collective agreements.

The terms of the recording contracts vs. those set out in the collective agreements

[99] We have already found that individually, Québec performers generally grant to producers the right to use the fixation of their performances "for all purposes". As a result, the performers' 15(1)(b)(ii) right does not come into existence and ArtistI does not own the rights it claims unless the standard agreements contravene the UDA/ADISQ and Guilde/ADISQ collective agreements.

[100] In support of its claim, ArtistI notes that the reproductions at issue in these proceedings are made by the broadcasters, who are not party to the agreement. Therefore, even if producers were entitled to reproduce the fixation of a performance for the purposes in question in these proceedings, broadcasters are not, directly or indirectly. Moreover, the collective agreements provide that nothing in the agreement should be interpreted as a renunciation by the performers of any right to collect royalties pursuant to other legislative or contractual schemes.

[101] The CAB and AVLA/SOPROQ challenge the validity of ArtistI's claim on the ground that the collective agreements cannot preclude

retransmission. » Aucune restriction n'est prévue. Les artistes-interprètes peuvent conclure des contrats individuellement ou collectivement.³⁷ Les opérations liées au droit d'auteur sont assujetties aux règles ordinaires en matière de contrats. Il relève donc du pouvoir de la province de prévoir un cadre législatif régissant les rapports de force entre interprètes et producteurs lors de leurs négociations contractuelles. La loi provinciale serait invalide seulement si elle imposait des règles contraires à la *Loi*.

[98] Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Il est donc nécessaire d'apprécier l'existence ou la portée du droit de reproduction de l'artiste-interprète au regard des ententes collectives.

Compatibilité des contrats d'enregistrement et des ententes collectives

[99] Nous avons déjà conclu qu'individuellement, les interprètes du Québec accordent généralement aux producteurs le droit d'utiliser la fixation de leurs prestations « à toutes fins ». Par conséquent, le droit de 15(1)(b)(ii) ne prend pas naissance et ArtistI ne détient pas les droits qu'elle revendique à moins que les contrats types contreviennent aux ententes collectives UDA/ADISQ et Guilde/ADISQ.

[100] À l'appui de sa prétention, ArtistI fait valoir que les reproductions en cause dans la présente instance sont faites par les radiodiffuseurs, qui ne sont pas partie à l'entente. Par conséquent, même si les producteurs avaient le droit de reproduire la fixation d'une prestation aux fins prévues en l'espèce, les radiodiffuseurs n'ont pas ce droit, que ce soit directement ou indirectement. De plus, les ententes collectives prévoient que leurs dispositions ne peuvent être interprétées comme une renonciation par l'artiste-interprète du droit de percevoir des redevances prévues dans une loi ou un contrat.

[101] L'ACR et AVLA/SOPROQ contestent la validité de la revendication d'ArtistI au motif que les ententes collectives ne peuvent empêcher les

producers from obtaining the right to reproduce the fixation of performances embodied in a sound recording in a recording contract. The UDA/ADISQ collective agreement authorizes the use of fixations for the purposes of commercial exploitation, promotion and marketing. According to the CAB and AVLA/SOPROQ, these terms are sufficiently broad to cover a broadcaster's reproductions. The *Guilde/ADISQ* collective agreement provides that performers grant producers the exclusive, perpetual and irrevocable right to commercially exploit all fixations, by whatever means and in any medium. Therefore, in their submission, ArtistI does not own the rights it claims.

[102] Here again, for the purpose of our analysis, we assume that unless the agreement provides to the contrary implicitly or explicitly, an artist only grants the producer what is necessary to pursue the object of the recording agreement, that is, the commercial exploitation of the sound recording.

[103] The UDA/ADISQ collective agreement became effective on December 1, 1997. It is still in effect by reason of the automatic renewal provided for in the agreement until a new agreement is signed. Since it was concluded after April 25, 1996, section 58.1 of the *1997 Copyright Amendment Act* does not apply to it. It is therefore possible that the agreement grants an interest in a copyright without specific stipulation in the agreement.

[104] In our opinion, the UDA/ADISQ agreement allows an artist to consent to considerably less than what is usually granted in the standard recording contracts. The agreement treats lead singers differently than background vocalists. For example, only lead singers sign exclusivity agreements. These differences do not have, however, any effect on our interpretation.

[105] We have examined a number of provisions in interpreting the collective agreement, which

producteurs d'obtenir par voie de contrat le droit de reproduire la fixation de prestations incorporées dans un enregistrement sonore. L'entente UDA/ADISQ autorise l'utilisation de fixations à des fins d'exploitation commerciale, de promotion et de mise en marché. Selon l'ACR et AVLA/SOPROQ, ces conditions sont suffisamment larges pour inclure les reproductions des radiodiffuseurs. En vertu de l'entente *Guilde/ADISQ*, l'interprète accorde au producteur l'autorisation exclusive, perpétuelle et irrévocable d'exploiter commercialement toute fixation, par quelque moyen ou forme que ce soit. Par conséquent, elles soutiennent qu'ArtistI ne possède pas les droits qu'elle revendique.

[102] Encore une fois, pour les besoins de notre analyse, nous présumons qu'à moins que l'entente ne prévoie le contraire implicitement ou explicitement, un artiste n'accorde au producteur que ce qui est nécessaire pour répondre à l'objet du contrat d'enregistrement, soit l'exploitation commerciale de l'enregistrement sonore.

[103] L'entente collective UDA/ADISQ est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1997. Elle demeure en vigueur en raison d'une disposition de renouvellement automatique qu'elle contient et ce, jusqu'à la signature d'une nouvelle entente. Puisque cette entente a été conclue après le 25 avril 1996, l'article 58.1 de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, 1997* ne s'y applique pas. Il est donc possible que l'entente accorde un intérêt dans un droit d'auteur sans que cet intérêt ne soit explicitement précisé dans l'entente.

[104] À notre avis, l'entente UDA/ADISQ permet à un artiste de consentir à beaucoup moins que ce qui est habituellement prévu dans des contrats d'enregistrement types. L'entente traite l'artiste vedette différemment des choristes. Par exemple, seul l'artiste vedette signe une entente d'exclusivité. Ces différences n'ont, par contre, aucune incidence sur notre interprétation.

[105] Nous avons examiné plusieurs dispositions pour interpréter l'entente collective, lesquelles

can be grouped into three categories: (1) the definitions, (2) the provisions that grant exploitation rights to producers, and (3) the provisions that recognize the rights of authors and performers pursuant to other legislative or contractual schemes. These provisions are reproduced in order to facilitate an understanding of our decision.

Definitions:

Clause 1-1.23 – Commercial exploitation: [TRANSLATION] “Manufacture, promotion, marketing, distribution and retail sale of any phonogram produced from a master tape.”

Clause 1-1.35 – Phonogram: [TRANSLATION] “Any medium enabling the reproduction of the acoustic performance of a work fixed in a master tape, by any means, that is intended for retail sale.”

Clause 1.01 of Schedule A – Multimedia phonogram: [TRANSLATION] “In the recording industry, any medium combining digital data in the form of text, sound and/or images (still or motion) that is intended for industrial reproduction for retail sale. For the purposes of this agreement, it may consist of the following: a) a recording primarily of sound that replaces the traditional phonogram and to which value has been added (for example, text and/or images) in order to make the featured artist more familiar to his or her audience; [...]”

Exploitation rights – Producers:

Clause 3-1.02 – [TRANSLATION] “The producer may not commercially exploit phonograms [...], unless that phonogram has been produced in accordance with the provisions of this agreement.”

Clause 6-7.01 – [TRANSLATION] “The producer is responsible for the promotion of the featured

peuvent être regroupées en trois catégories : (1) les définitions, (2) les dispositions qui accordent des droits d’exploitation aux producteurs, (3) les dispositions qui reconnaissent les droits des auteurs et interprètes conformément à d’autres régimes législatifs ou contractuels. Ces dispositions sont reproduites ci-dessous de manière à faciliter la compréhension de notre décision.

Définitions :

Article 1-1.23 – Exploitation commerciale : « Fabrication, promotion, mise en marché, distribution et vente au détail de tout phonogramme produit à partir d’une bande maîtresse. »

Article 1-1.35 – Phonogramme : « Tout support permettant de reproduire l’exécution sonore d’une œuvre fixée sur une bande maîtresse, par tous moyens, et qui est destiné à la vente au détail. »

Article 1.01 de l’Annexe A – Phonogramme multimédia : « Dans le domaine du disque, tout support qui combine des données numérisées, sous forme de texte, de son et/ou d’image (fixe ou en mouvement), et qui est destiné à être reproduit industriellement pour fins de vente au détail. Aux fins de la présente entente, il peut être : a) un phonogramme majoritairement sonore qui remplace le phonogramme traditionnel et auquel on a ajouté une plus value (par exemple, du texte et/ou des images) et dont la vocation est de mettre en valeur l’artiste vedette auprès de son public; [...] »

Droits d’exploitation – Producteurs :

Article 3-1.02 – « Le producteur ne peut exploiter commercialement un phonogramme [...], à moins que ledit phonogramme n’ait été produit sous l’empire de la présente entente. »

Article 6-7.01 – « Le producteur est responsable de la promotion du phonogramme de l’artiste

artist's phonogram. He shall ensure that the record label with which he deals respects the conditions provided for herein and in the exclusivity agreement."

Clause 8-3.08 – [TRANSLATION] "In accordance with common industry practice, phonograms shipped as free goods by the producer's distributor or licensee to promote sales do not incur the payment of royalties. However, only those free goods that have in fact been provided freely and shipped are exempt from the payment of royalties, and they may represent a maximum of 10 per cent of the phonograms sold in the two (2)-year period beginning on the date the phonograms enter the market."

Clause 6.1 of Schedule A – This clause is preceded by the heading [TRANSLATION] "Information Highway" and reads as follows: [TRANSLATION] "For the purposes of promoting a phonogram, the use of a master tape or video on the Information Highway does not incur any additional payment."

Authors' and Performers' Rights:

Clause 8-1.03 – [TRANSLATION] "Any exclusivity agreement between a producer and an artist is governed by this collective agreement and shall include the following clause:

This exclusivity agreement is subject to the UDA/ADISQ Phonogram Agreement."

Clause 8-3.06 – [TRANSLATION] "Each time an artist receives royalties from a collective society, pursuant to copyright (or neighbouring rights) legislation or resulting reciprocity agreements, for any form of commercial exploitation of the master tape other than the sale of a phonogram or a video, the royalties received by the producer for said other forms of exploitation are not considered gross royalties subject to recuperation.

vedette. Il doit s'assurer que la maison de disques avec laquelle il fait affaires respecte les conditions prévues à la présente entente et à l'entente d'exclusivité. »

Article 8-3.08 – « Conformément à la coutume pratiquée dans l'industrie, les phonogrammes effectivement expédiés à titre de marchandise gratuite (free goods), par le distributeur ou le licencié du producteur, pour favoriser la vente, n'entraînent pas de paiement de redevances. Toutefois, seuls les "free goods" effectivement donnés et expédiés sont exemptés du paiement de redevances et il doivent être d'un maximum de 10 pour cent des phonogrammes vendus pendant une période de deux (2) ans débutant à la date de mise en marché des phonogrammes. »

Article 6.1 de l'annexe A – Cet article est précédé de l'intertitre « Autoroute de l'information » et est rédigé comme suit : « Pour des fins de promotion d'un phonogramme, l'utilisation d'une bande maîtresse ou d'un vidéoclip sur l'autoroute de l'information n'entraîne pas de paiement supplémentaire. »

Droits de l'auteur et de l'interprète :

Article 8-1.03 – « Toute entente d'exclusivité entre un producteur et un artiste est régie par la présente entente collective et elle doit comporter la clause suivante :

Cette entente d'exclusivité est soumise à l'entente du Phonogramme UDA/ADISQ. »

Article 8-3.06 – « À chaque fois qu'en vertu d'une loi sur le droit d'auteur (ou le droit voisin) ou de traités de réciprocité qui en découlent, un artiste reçoit d'une société de perception des redevances pour toute autre forme d'exploitation de la bande maîtresse que la vente d'un phonogramme ou d'un vidéoclip, les redevances que le producteur reçoit pour ces mêmes autres formes d'exploitation ne sont pas considérées comme des revenus bruts servant à la récupération.

Each party maintains his respective rights over said other forms of exploitation mentioned herein.”

Clause 8-4.01 – This clause is preceded by the heading [TRANSLATION] “Equitable Remuneration” and reads as follows: [TRANSLATION] “Nothing herein shall be interpreted as a waiver, in favour of the producer, of an artist's right or power to collect any amount owed to him or her personally by virtue of any legislation, Canadian or foreign, or resulting from a current or future agreement between users and collective societies.”

Clause 7.1 of Schedule A – [TRANSLATION] “Nothing in this letter of agreement shall be interpreted as a waiver of an artist’s right or power to collect any amount owed to him or her personally by virtue of any legislation, Canadian or foreign, or resulting from a current or future agreement between users and collective societies. Nothing shall prevent the artist from receiving through a collective society of which he would be a member the royalties owed to him by virtue of legislation or this collective agreement.”

[106] Based on these provisions, we find that ArtistI members who are subject to the collective agreement between UDA and ADISQ “own” some of the rights at play in these proceedings. Before 2000, to the extent that performers consented to producers using the fixation of their performances for purposes of commercial exploitation, promotion and marketing of the sound recording in which it is embodied, the authorization extended only to physical media. One reason for so finding is that the parties felt the need to supplement the agreement, with Schedule A, which targets Internet uses. Had “dematerialized” formats been covered in the original agreement, there would have been no need to sign the Schedule.

Chacun conserve ses droits respectifs pour lesdites autres formes d’exploitation dont il est question au présent article. »

Article 8-4.01 – Cet article est précédé de l’intertitre « Rémunération équitable » et est rédigé comme suit : « Rien dans la présente ne doit être interprété comme une renonciation en faveur du producteur d’un droit ou d’une faculté de l’artiste de percevoir des sommes qui lui seraient dues personnellement en vertu d’une législation ou d’une loi canadienne ou étrangère ou découlant d’une convention quelconque ou en vertu d’ententes actuelles ou éventuelles entre des utilisateurs ou des sociétés de perception. »

Article 7.1 de l’annexe A – « Rien dans la présente lettre d’entente ne doit être interprété comme une renonciation à un droit ou à une faculté de l’artiste de percevoir des sommes qui lui seraient dues en vertu d’une législation ou d’une loi canadienne ou étrangère ou découlant d’une convention quelconque ou en vertu d’ententes actuelles ou éventuelles entre des utilisateurs ou des sociétés de perception. Rien ne doit faire obstacle à ce que l’artiste perçoive par l’intermédiaire d’une société de perception dont il pourrait être membre, les redevances dues en application de la loi ou de l’entente collective. »

[106] Ces dispositions nous amènent à conclure que les membres d’ArtistI assujettis à l’entente collective UDA/ADISQ détiennent certains des droits en cause dans la présente instance. Avant 2000, dans la mesure où l’artiste-interprète autorisait le producteur à utiliser la fixation de sa prestation aux fins de l’exploitation commerciale (ce qui comprend la promotion et la mise en marché) du phonogramme produit à partir d’une bande maîtresse, l’autorisation visait seulement les supports matériels. Cette conclusion s’appuie entre autres sur le fait que les parties ont estimé nécessaire d’ajouter des précisions à l’entente à l’égard d’Internet au moyen de l’annexe A. Si les supports « dématérialisés » avaient été visés dans l’entente initiale, il n’aurait pas été nécessaire de signer l’annexe.

[107] Since the coming into force of Schedule A, performers can authorize producers to use the fixation of their performances on the Internet for promotional purposes. In light of the evidence respecting the changes in the business models of the labels and of the broadcasters, this includes the right to upload a copy of a phonogram to a MDS and to provide it with the authority to allow broadcasters to download a copy onto their servers. However, Schedule A does not extend to authorizing the labels to authorize broadcasters to make any subsequent copies using the MDS copy. When Schedule A was signed, it is unlikely that the parties had in mind the possibility that radio stations would play music off their servers as a matter of course. As a result, ArtistI “owns” the right to authorize those subsequent copies.

[108] We note that since there is no 15(1)(b)(ii) right insofar as uses to which performers consent in the collective agreement by virtue of it never having materialized, clauses 8-3.06, 8-4.01 and 7.1 of Schedule A, on which ArtistI bases its claim, do not apply.

[109] Given what we know about the life expectancy of most sound recordings played over the radio, it is likely that broadcasters mostly use only the part of ArtistI’s repertoire that is subject to Schedule A, that is, any fixation that was made since 2000.

[110] The *Guilde/ADISQ Agreement* came into force on the date it was signed, April 25, 1996, and is still in effect by virtue of the automatic renewal provisions in the agreement until a new agreement is signed. As we already concluded with the *UDA agreement*, since the *Guilde/ADISQ agreement* was signed on April 25, 1996, section 58.1 of the *1997 Copyright Amendment Act* does not apply to it.

[107] Depuis l’entrée en vigueur de l’annexe A, les artistes-interprètes peuvent autoriser les producteurs à utiliser la fixation de leurs prestations sur Internet à des fins promotionnelles. Compte tenu des changements mis en preuve dans les modèles opérationnels des maisons de disques et des radiodiffuseurs, cela comprend le droit de téléverser une copie d’un phonogramme dans un SDMN et d’autoriser ce dernier à permettre aux radiodiffuseurs d’en télécharger une copie sur leurs serveurs. Par contre, l’annexe A ne va pas jusqu’à permettre aux maisons de disques d’autoriser les radiodiffuseurs à faire des copies subséquentes à partir de la copie SDMN. Lors de la signature de l’annexe, il est peu probable que les parties aient envisagé que les stations de radio puissent couramment diffuser de la musique à partir de leurs serveurs. Par conséquent, ArtistI détient le droit d’autoriser ces copies subséquentes.

[108] Soulignons que, puisque le droit de 15(1)(b)(ii) ne se matérialise pas à l’égard des utilisations que l’artiste-interprète autorise conformément à l’entente collective, les articles 8-3.06, 8-4.01 et 7.1 de l’annexe A, sur lesquels ArtistI fonde sa prétention, ne s’appliquent pas.

[109] Compte tenu de ce que nous connaissons au sujet de l’espérance de vie de la plupart des enregistrements sonores diffusés à la radio, il est fort probable que les radiodiffuseurs utilisent principalement la partie du répertoire d’ArtistI visée par l’Annexe A, soit des fixations faites depuis 2000.

[110] L’entente *Guilde/ADISQ* est entrée en vigueur à la date de sa signature, soit le 25 avril 1996, et demeure en vigueur en vertu de ses dispositions de renouvellement automatique jusqu’à la signature d’une nouvelle entente. Comme c’est le cas de l’entente *UDA*, et compte tenu de la date à laquelle elle a été conclue, l’entente *Guilde/ADISQ* n’est pas assujettie à l’article 58.1 de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur, 1997*.

[111] This agreement, like the UDA/ADISQ agreement, applies to lead and background musicians although they are treated slightly differently. However, unlike the UDA/ADISQ agreement, it is less equivocal that their being treated differently has no consequence on our interpretation.

[112] Clause 12.02 states that [TRANSLATION] “However, the provisions of clause 12.01 do not prevent the featured artist from negotiating, in his or her exclusivity agreement, restrictions on the exploitation rights granted to the PRODUCER under clause 12.01.”

[113] Clause 12.09 states that [TRANSLATION] “Nothing in this agreement shall be interpreted as a waiver or assignment in favour of the PRODUCER of the musician’s right or power to collect or keep any amount to him or her by virtue of any legislation, convention or agreement, whether Canadian or foreign, or, whether current or future, in relation with the exploitation of the performance delivered under this agreement, as long as such exploitation is subject to neither the musician’s authorization nor the PRODUCER’s, such as, in particular, equitable remuneration or private copying.”

[114] The rights and obligations relating to the exploitation of the sound recording (phonogram) and the fixation of the performance embodied therein are dealt with in clauses 11.07, 11.08, and in chapter V, section 12 in addition to the *Lettre d’entente* No. 2 and 4.

[115] Clause 12.01 is preceded by the heading [TRANSLATION] “Remuneration through Royalties and Exclusivity Agreements” and provides that [TRANSLATION] “The signing of a contract for services entails assignment in favour of the PRODUCER of the right to fix any performance delivered by the musician pursuant to such contract for services, and, subject to payment of the fee provided for therein, conveys to the PRODUCER *an exclusive, perpetual,*

[111] Cette entente, comme celle entre l’UDA et l’ADISQ, vise les musiciens vedettes et les accompagnateurs, quoique de manière légèrement différente. Toutefois, contrairement à l’entente UDA/ADISQ, il est moins équivoque que ces différences n’ont pas de conséquences sur notre interprétation.

[112] L’article 12.02 prévoit que « Les dispositions de l’article 12.01 n’empêchent toutefois pas le musicien vedette de négocier, dans son entente d’exclusivité, des restrictions aux droits d’exploitation reconnus au PRODUCTEUR en vertu de l’article 12.01. »

[113] L’article 12.09 prévoit que « Rien dans la présente entente ne doit être interprété comme une renonciation ou cession en faveur du PRODUCTEUR, d’un droit ou d’une faculté pour le musicien, de percevoir ou conserver toute somme lui étant payable en vertu de toute législation, convention ou entente quelconque, qu’elle soit canadienne ou étrangère ou qu’elle soit actuelle ou éventuelle, résultant de toute exploitation de sa prestation fournie en vertu des présentes pour autant qu’une telle exploitation ne soit sujette ni à l’autorisation du musicien ni à celle du PRODUCTEUR telle que, notamment, les rémunérations équitables ou pour copie privée. »

[114] Les droits et obligations liés à l’exploitation de l’enregistrement sonore (ou phonogramme) et la fixation de la prestation y incorporée sont prévus aux articles 11.07 et 11.08, et au chapitre V, section 12 ainsi que dans les lettres d’entente n^{os} 2 et 4.

[115] L’article 12.01 est précédé de l’intertitre « La rémunération par redevances et les ententes d’exclusivité » et stipule que : « La conclusion d’un contrat de service emporte cession au bénéficiaire du PRODUCTEUR du droit de fixer toute prestation exécutée par le musicien en vertu du contrat de service et, sous réserve du paiement par le PRODUCTEUR du cachet prévu au contrat de service, *emporte autorisation exclusive, perpétuelle et irrévocable d’exploiter toute*

irrevocable authorization to exploit any fixation so produced by any means and in any medium, known or yet unknown, without restriction as to time or territory.” [Our emphasis] This exclusive authorization to exploit the fixation of the performance amounts to an “all purposes” authorization, which would prevent the materialization of the musicians’ 15(1)(b)(ii) right.

[116] Clause 12.03, on the other hand, states the following: [TRANSLATION] “This chapter applies solely and exclusively to the lead musician. In this respect, any exclusivity agreement shall be initialed prior to the first rehearsal or recording session of the master tape in question [...]” Artist I submits that if, as clause 12.03 suggests, section 12 applies solely to lead musicians, clause 12.01 does not apply to accompanists. However, a reading of section 12 and the agreement as a whole does not support this interpretation.

[117] Whenever a provision in section 12 deals specifically with matters concerning exclusivity agreements, such as royalties (“redevances”) and exploitation rights of the lead musician and the obligations of the producers, the term “musicien vedette” is used. Indeed, only lead musicians sign exclusivity agreements with producers. As a result, they are the only ones who benefit from the “advantages” that flow from such agreements; conversely, producers do not face the same commitment and obligations vis-à-vis lead musicians and background musicians insofar as the commercial exploitation of the master. In our opinion, clause 12.03 serves to explicitly convey this reality rather than limit the application of clause 12.01 to lead musicians.

[118] Conversely, when a provision addresses an exploitation issue that applies notwithstanding the existence of an exclusivity agreement and therefore, applies to all musicians, the term

fixation ainsi réalisée de toute manière et dans tous les médias connus ou présentement inconnus, sans limite de temps ou de territoire. » [Notre soulignement] Cette autorisation exclusive d’exploiter la fixation de la prestation correspond à une autorisation « à toutes fins », laquelle empêcherait qu’il y ait matérialisation du droit prévu au sous-alinéa 15(1)(b)(ii) au profit des musiciens.

[116] Par contre, l’article 12.03 prévoit ce qui suit : « Le présent chapitre s’applique uniquement et exclusivement au musicien vedette. À cet égard, toute entente d’exclusivité doit être paraphée avant la première séance de répétition ou d’enregistrement de la bande maîtresse visée [...]. » Artist I souligne que si, comme semble le laisser entendre l’article 12.03, la section 12 s’applique strictement aux musiciens vedettes, l’article 12.01 ne s’applique pas aux accompagnateurs. Or, la lecture de la section 12 et de l’entente dans son ensemble n’appuie pas cette interprétation.

[117] Chaque fois qu’une disposition de la section 12 traite précisément de questions liées à des ententes d’exclusivité, comme les redevances et les droits d’exploitation du musicien vedette et les obligations du producteur, l’expression « musicien vedette » est employée. En effet, seul le musicien vedette signe une entente d’exclusivité avec le producteur. Par conséquent, le musicien vedette est le seul qui bénéficie des « avantages » découlant d’une telle entente; à l’inverse, le producteur n’a pas le même engagement et les mêmes obligations à l’égard des musiciens vedettes et des accompagnateurs quant à l’exploitation commerciale de la bande maîtresse. À notre avis, l’article 12.03 sert davantage à communiquer explicitement cette réalité qu’à limiter l’application de l’article 12.01 aux musiciens vedettes.

[118] Par contre, lorsqu’une disposition traite d’une question liée à l’exploitation qui s’applique malgré l’existence d’une entente d’exclusivité et, par conséquent, à tous les musiciens, le terme

“musicien” is employed, for example in clauses 12.01 and 12.09. Clause 12.01 speaks of “musicien”, not “musicien vedette” and of “contrat de service”, which all musicians must sign before the first recording session, as opposed to “entente d’exclusivité”, which only a “musicien vedette” signs.

[119] Clause 12.09 supports the proposition that some provisions of section 12 apply to background musicians. That provision is the only one that preserves the performers’ right to collect monies payable for the exploitation of the performance [TRANSLATION] “as long as the exploitation can be made without the authorization of either the musician or the producer [...]”. From a Canadian perspective, this is a clear reference to the remuneration right provided in section 19 of the *Act*. Section 19 grants a remuneration right to both front line and background musicians. If section 12 applied only to front line musicians, then it would be possible to conclude *a contrario* that producers can ask background musicians to give away their remuneration rights.

[120] Given the nature of the right to remuneration, it is not inconsistent to find that musicians would grant the producer, pursuant to clause 12.01, the right to use the fixation of their performances embodied in a phonogram for “all purposes”, thereby precluding the materialization of their 15(1)(b)(ii) right.

[121] The agreements peripheral to the main collective agreement serve to confirm our interpretation. Thus, the *Lettre d’entente* No. 2 *relative aux nouvelles utilisations* provides that the question of whether or not new uses of the master not foreseen in the collective agreement warrant additional remuneration and if so, the amount, will be determined by the joint committee or, failing this, an arbitrator. The reference to additional remuneration implies that the producer need not additional permission to engage in new forms of exploitation.

« musicien » est employé, comme aux articles 12.01 et 12.09. L’article 12.01 emploie le mot « musicien », et non l’expression « musicien vedette », et traite du « contrat de service » que tous les musiciens doivent signer avant la première séance d’enregistrement, par opposition à l’« entente d’exclusivité », laquelle ne peut être signée que par un « musicien vedette ».

[119] L’article 12.09 appuie l’argument selon lequel certaines dispositions de la section 12 s’appliquent aux accompagnateurs. Cette disposition est la seule qui donne à l’artiste-interprète le droit de percevoir toute somme payable qui résulte de l’exploitation de sa prestation « pour autant qu’une telle exploitation ne soit sujette ni à l’autorisation du musicien ni à celle du producteur [...] ». Dans le contexte canadien, la disposition vise clairement le droit à rémunération prévu à l’article 19 de la *Loi*, qui accorde ce droit tant au musicien vedette qu’à l’accompagnateur. Si la section 12 s’appliquait seulement au musicien vedette, on pourrait conclure, *a contrario*, que le producteur peut demander à l’accompagnateur de céder son droit à rémunération.

[120] Compte tenu de la nature du droit à rémunération, il n’est pas incompatible qu’un musicien consente à accorder au producteur, conformément à l’article 12.01, le droit d’utiliser la fixation de sa prestation incorporée dans un phonogramme « à toutes fins », empêchant ainsi qu’il y ait matérialisation du droit de 15(1)(b)(ii).

[121] Les ententes connexes à l’entente collective principale confirment notre interprétation. Ainsi, la lettre d’entente n° 2 relative aux nouvelles utilisations stipule que la question de savoir si une nouvelle utilisation de la bande maîtresse non envisagée dans l’entente collective doit faire l’objet d’une rémunération additionnelle et, le cas échéant, son montant seront déterminés par le Comité conjoint ou, à défaut, par un arbitre. La mention d’une rémunération additionnelle implique que le producteur n’a pas besoin de demander la permission pour se livrer à de nouvelles formes d’exploitation.

[122] In our opinion, the *Lettre d'entente* No. 2 is a counter balance to clause 12.01 pursuant to which the producer is vested with the exclusive right to use the fixation of the performance for the purpose of exploiting the phonogram in which it is incorporated. Finally, the *Lettre d'entente* No. 4 *relative à la définition de "phonogramme"* indicates that the uses at play in these proceedings are well within the scope of the exploitation activities covered by the agreement.

[123] ArtistI noted that the reproductions at issue in these proceedings are made by the broadcasters, who are not party to the UDA or Gilde agreements. This is not relevant. When the agreement between a performer and a producer is such that the producer controls a certain use of the fixed performances, the producer, not the performer, decides who can make that certain use and who cannot.

[124] We find that the Gilde/ADISQ agreement does not prevent Gilde members from dealing with their performances in a manner that precludes their 15(1)(b)(ii) right from materializing. Standard agreements allow record producers to use sound recordings on which performances are fixed in any manner they see fit. Consequently, we find that Gilde members cannot have assigned to ArtistI a right they themselves did not have. Our interpretation reconciles the ambiguities in a way that is consistent with both the legislative framework and the business realities of the recording industry.

2. In using "works" as they do, are radio stations making protected reproductions?

[125] The CAB contends that some of the broadcasters' reproduction activities are not protected under the *Act* and should not attract royalties. The issue is not whether digital copies are in a "material form" but rather, whether all

[122] À notre avis, la lettre d'entente n° 2 fait contreponds à l'article 12.01 en vertu duquel le producteur acquiert le droit exclusif d'utiliser la fixation de la prestation afin d'exploiter le phonogramme dans lequel elle est incorporée. Enfin, la lettre d'entente n° 4 relative à la définition de « phonogramme » démontre que les utilisations en cause dans la présente instance sont clairement visées par les activités d'exploitation prévues dans l'entente.

[123] ArtistI a fait valoir que les reproductions en cause dans la présente instance sont faites par les radiodiffuseurs, qui ne sont pas partie aux ententes collectives de l'UDA ou de la Gilde. Cette observation n'est pas pertinente. Lorsqu'une entente entre un artiste-interprète et un producteur donne à ce dernier le contrôle sur une utilisation donnée de la prestation fixée, le producteur, et non l'interprète, décide qui peut ou non se livrer à cette utilisation.

[124] Nous estimons que l'entente Gilde/ADISQ n'interdit pas aux membres de la Gilde de transiger leurs prestations d'une manière qui empêche la matérialisation du droit de 15(1)(b)(ii). Les ententes types permettent au producteur de disque d'utiliser comme il l'entend les enregistrements sonores dans lesquels sont fixées les prestations. Par conséquent, nous estimons que les membres de la Gilde ne peuvent avoir cédé à ArtistI un droit dont ils n'étaient pas eux-mêmes titulaires. Notre interprétation dissipe les ambiguïtés d'une manière qui est conforme tant au cadre législatif qu'aux réalités commerciales de l'industrie du disque.

2. L'utilisation des « œuvres » faite par les stations de radio implique-t-elle une reproduction protégée?

[125] L'ACR prétend que certaines des activités de reproduction des radiodiffuseurs ne sont pas protégées par la *Loi* et ne devraient pas donner droit à des redevances. La question n'est pas de savoir si des copies numériques sont sous une

forms of digital reproduction contain the constitutive elements of a “reproduction” protected by the *Act*. The question is not whether the reproduction right is engaged but rather, what volume of reproductions broadcasters are liable for.

[126] There is no controversy or disagreement about the “subsequent copies”, which include the backups and other working copies made after the music file has been incorporated into the digital playback system. We do not need to deal with podcasts or other similar activities for two reasons: first, no one seeks to target those activities and second, there is no evidence on record in these proceedings that the broadcasters currently use music in their podcasting. Therefore, they do not require a licence for this programming delivery medium. Our analysis is thus limited to the MDS copy, simulcasting and auditioning.

[127] For an activity to be a “reproduction” protected by the *Act*, the act in question must involve: 1) the act of copying the protected work;³⁸ 2) the copying must be “substantial”; and 3) the resulting copy must be in a material form.

[128] Insofar as the first element, *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*³⁹ states that multiplication of the copies is a necessary consequence of the concept of reproduction.⁴⁰ It must involve “the physical making of something which did not exist before”.⁴¹

[129] With respect to the second element, the term “substantial” is not defined in the *Act*. Richard J.’s summary of what is involved in

« forme matérielle » mais plutôt de savoir si toutes les formes de reproduction numérique possèdent les éléments constitutifs d’une « reproduction » protégée par la *Loi*. Il ne s’agit pas de décider si le droit de reproduction est en jeu, mais plutôt de déterminer la quantité de reproductions qui engagent la responsabilité des radiodiffuseurs.

[126] Les copies faites à partir de la copie SDMN (les « copies subséquentes »), y compris les sauvegardes et les autres copies de travail faites après que le fichier de musique a été incorporé dans un système de lecture numérique, ne font pas l’objet d’une contestation ni d’un désaccord. Par ailleurs, il y a deux raisons pour lesquelles nous n’avons pas à examiner la question de la baladodiffusion ou des autres activités semblables : premièrement, personne ne cherche à viser ces activités. Deuxièmement, rien dans la présente instance n’établit que les radiodiffuseurs intègrent actuellement de la musique dans leurs fichiers balados; c’est pourquoi ils n’ont pas besoin d’une licence pour utiliser ce moyen de distribution d’émissions. Notre analyse se limite donc à la diffusion simultanée, à l’écoute à titre d’essai et à la copie SDMN.

[127] Pour qu’une activité constitue une « reproduction » protégée par la *Loi*, elle doit comprendre les éléments suivants : 1) copier une œuvre protégée;³⁸ 2) copier une « partie importante » de l’œuvre; 3) produire une copie sous une forme matérielle.

[128] En ce qui concerne le premier élément, on mentionne dans *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*³⁹ que la multiplication des copies est une conséquence nécessaire de la notion de reproduction.⁴⁰ Cette activité doit correspondre à « la fabrication matérielle d’une chose qui n’existait pas auparavant ».⁴¹

[129] En ce qui concerne le deuxième élément, l’expression « partie importante » n’est pas définie dans la *Loi*. Le résumé du juge Richard

deciding what is substantial and what is not has stood the test of time:

“[w]hat constitutes a ‘substantial part’ is a question of fact and, in this respect, the courts have given more emphasis on the quality of what was taken from the original work rather than the quantity. [citation omitted] Some of the matters that have been considered by Courts in the past include: (a) the quality and quantity of the material taken; (b) the extent to which the defendant’s use adversely affects the plaintiff’s activities and diminishes the value of the plaintiff’s copyright; (c) whether the material taken is the proper subject-matter of a copyright; (d) whether the defendant intentionally appropriated the plaintiff’s work to save time and effort; and (e) whether the material taken is used in the same or a similar fashion as the plaintiff’s.”⁴²

[130] As for the third component, the *Act* provides no definition of “material form”. The jurisprudence dealing with this concept speaks to the question of copyright subsistence rather than copyright infringement and is therefore of limited assistance. For example, *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*,⁴³ stands for the proposition that “for a work to be protected by the *Act*, a work must be expressed in some material form capable of identification and having a more or less permanent endurance.”⁴⁴

[131] “Material form” insofar as copyright infringement is conceivably broader in scope since the case law recognizes digital temporary incidental copies as acts of reproduction.⁴⁵ Moreover, in *Eros-Équipe*,⁴⁶ the Federal Court defined material form in the context of copyright infringement. The Court stated that the ordinary meaning of material form meant something that

des facteurs servant à déterminer ce qui constitue une partie importante a subi avec succès l’épreuve du temps :

[TRADUCTION] « ce qui constitue “une partie importante” est une question de fait et, à cet égard, les tribunaux ont accordé plus d’importance à la qualité des parties qu’à leur quantité. [renvoi omis] Dans la jurisprudence antérieure, les tribunaux ont retenu, entre autres, les facteurs suivants : a) la qualité et la quantité des parties plagiées; b) la gravité de l’atteinte que l’utilisation du défendeur a portée aux activités du demandeur et la mesure dans laquelle la valeur du droit d’auteur s’en trouve diminuée; c) la question de savoir si le document plagié est protégé à bon droit par un droit d’auteur; d) la question de savoir si le défendeur s’est intentionnellement emparé de l’œuvre du demandeur pour épargner du temps et des efforts; e) la question de savoir si le défendeur utilise le document plagié d’une façon identique ou similaire au demandeur. »⁴²

[130] Quant au troisième élément, la *Loi* ne définit pas la « forme matérielle ». La jurisprudence traitant de cette notion porte sur l’existence d’un droit d’auteur plutôt que de sa violation et est donc peu utile en l’espèce. Par exemple, dans *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*,⁴³ on a statué que [TRADUCTION] « pour qu’une œuvre soit protégée par la *Loi*, elle doit revêtir une quelconque forme matérielle identifiable et son existence doit être plus ou moins permanente. »⁴⁴

[131] La « forme matérielle » visée dans le contexte de la violation du droit d’auteur est vraisemblablement plus large depuis que la jurisprudence reconnaît les copies numériques accessoires temporaires comme des actes de reproduction.⁴⁵ De plus, dans *Eros-Équipe*,⁴⁶ la Cour fédérale a défini la forme matérielle dans le contexte de la violation du droit d’auteur. La

was palpable, tangible and perceptible.⁴⁷ We were also referred to *A & M Records Inc. v. Napster Inc.*⁴⁸ to establish that downloading a musical file infringes the exclusive right of reproduction.

[132] There are two MDS copies. The first is the encrypted digital file that is “downloaded” from the MDS Web site and saved on the temporary memory of the broadcaster’s server. The second is the decrypted file that the decryption module located on the broadcaster’s server creates, using the encrypted file located on that same server, after the user provides the appropriate password to the MDS server. The CAB submits that broadcasters are not liable for the MDS copies on two grounds. First, they argue that the MDS, not the broadcasters, make the reproductions. The copies are made on the MDS server. Thereafter, the broadcasters merely save or store into their playback system the file that the MDS delivers to them in a non-material form. The CAB compares the MDS to an online music service.

[133] In the context of Internet transmissions, while words such as “copy” and “reproduction” probably have their ordinary meaning, others such as “transfer”, “deliver”, “download”, “send” and “file” are more metaphors than actual facts. The Internet itself is not used to transfer files but to transmit bits of data organized in packets. A file that is copied from a source computer to a destination computer never leaves the source computer as such. Neither is it made on the source computer and shipped to the destination computer. A file is usually stored not altogether but in separate sectors located throughout the relevant memory device.

Cour a affirmé que, selon le sens ordinaire des mots, une forme matérielle est une forme palpable, tangible et perceptible.⁴⁷ On nous renvoie également à la décision *A & M Records Inc. c. Napster Inc.*⁴⁸ pour établir que le téléchargement d’un fichier de musique viole le droit exclusif de reproduction.

[132] Il y a deux copies SDMN. La première est le fichier numérique chiffré que l’utilisateur télécharge à partir du site Web du SDMN et qu’il enregistre dans la mémoire temporaire du serveur du radiodiffuseur. La seconde est le fichier déchiffré que le module de déchiffrement, installé sur le serveur du radiodiffuseur, crée à partir du fichier chiffré qui se trouve sur ce même serveur après que l’utilisateur a entré le mot de passe lui permettant d’accéder au serveur du SDMN. L’ACR invoque deux motifs pour affirmer que les radiodiffuseurs ne sont pas responsables des copies SDMN. Premièrement, elle soutient que c’est le SDMN, et non le radiodiffuseur, qui crée les reproductions. Les copies sont faites sur le serveur du SDMN. Par la suite, les radiodiffuseurs ne font qu’enregistrer ou stocker, dans leur système de lecture, le fichier que le SDMN leur fournit dans un format non matériel. L’ACR compare le SDMN à un service de musique en ligne.

[133] Dans le contexte des transmissions Internet, certains mots (copie, reproduction) sont probablement utilisés dans leur acception courante; d’autres (transfert, livraison, téléchargement, envoi, fichier) sont davantage des métaphores que des faits. En soi, Internet sert non pas à transférer des fichiers, mais à transmettre des bits de données regroupés en paquets. Un fichier que l’on copie d’un ordinateur source à un ordinateur de destination ne quitte jamais l’ordinateur source en tant que tel, pas plus qu’il n’est créé dans cet ordinateur avant d’être expédié à l’ordinateur de destination. Un fichier n’est généralement pas stocké en un bloc, mais plutôt dans des secteurs distincts et dispersés dans l’unité de stockage utilisée.

[134] The contention that music files downloaded off a MDS Web site are created on the MDS server, “delivered” to a radio station and then “stored” on the station’s computer is factually flawed. The broadcaster creates both the encrypted and decrypted copy on the broadcaster’s server. It initiates the download; the decrypting software resides on its server. No file is “downloaded” from a MDS server onto a broadcaster’s server unless the broadcaster signs up for an account and thereafter, logs into its account and clicks on the download icon. The first constitutive element of a reproduction that is protected by the *Act* is satisfied.

[135] The CAB is correct to compare MDS to online music services, to the extent that MDS, like music services, enable subscribers to create music files on their computer using instructions sent to that subscriber by the service. This does not mean, however, that broadcasters are not engaged in making protected reproductions. For the purposes of its online music services tariff, CSI chose to target the services not only for the copies they make, but also for those their clients make. As a result, CSI does not need to deal with the end user. Here, as is its prerogative, CSI targeted the end-user, the broadcasters.

[136] The CAB contends in the alternative that the MDS copy is not protected by the *Act* until it is accessed as a digital file embodying music to be incorporated in a broadcaster’s music playback system. The MDS copy is a digital copy which emanates from another digital file.⁴⁹ Since the originating file is not protected by the *Act* by virtue of being in a non-material form, the downloaded copy cannot trigger the application of the *Act*. The MDS copy achieves the required level of materiality once it is incorporated in the broadcaster’s playback system and only thereafter do the digital reproduction activities

[134] Dans les faits, il est faux d’affirmer que les fichiers de musique téléchargés à partir du site Web d’un SDMN sont créés sur le serveur du SDMN, « transmis » à la station de radio, puis « stockés » dans l’ordinateur de cette station. C’est le radiodiffuseur qui crée à la fois la copie chiffrée et la copie déchiffrée sur son serveur. C’est lui qui lance le téléchargement; c’est sur son serveur que le logiciel de déchiffrement réside. Aucun fichier n’est « téléchargé » à partir du serveur SDMN sur le serveur du radiodiffuseur, sauf si ce dernier s’est créé un compte, a ouvert une session à l’aide de celui-ci et a cliqué sur l’icône de téléchargement. Le premier élément constitutif d’une reproduction protégée en vertu de la *Loi* est établi.

[135] L’ACR a raison de comparer les SDMN aux services de musique en ligne, dans la mesure où, tout comme ces derniers, un SDMN permet à ses abonnés de créer des fichiers de musique dans leur ordinateur au moyen d’instructions qu’il leur envoie. Cela ne veut pas dire pour autant que les radiodiffuseurs n’effectuent pas des reproductions protégées. Pour les besoins de son tarif pour les services de musique en ligne, CSI a décidé de cibler les services non seulement pour les copies qu’ils font, mais aussi pour celles que font les clients. Par conséquent, CSI n’a pas besoin de se préoccuper des utilisateurs finaux. En l’espèce, comme c’est sa prerogative, CSI a choisi de cibler les utilisateurs finaux, à savoir les radiodiffuseurs.

[136] L’ACR soutient, à titre subsidiaire, que les copies SDMN ne sont pas assujetties à la *Loi* tant qu’un utilisateur n’y a pas accédé en tant que fichier numérique qui comprend de la musique et qui sera incorporé dans le système de lecture de pièces musicales du radiodiffuseur. La copie SDMN est une copie numérique provenant d’un autre fichier numérique.⁴⁹ Comme le fichier d’origine n’est pas protégé aux termes de la *Loi* du fait qu’il est dans un format non matériel, la *Loi* ne s’applique pas aux copies téléchargées. La copie SDMN devient matérielle uniquement après avoir été incorporée dans le système de

trigger the application of the *Act*. The CAB claims that in a sense, the MDS copy that is added to the playback system is an “original” file.

[137] The CAB contrasts this delivery method with CD ripping. In CD ripping, the resulting digital copy emanates from a CD, which is in a material form and therefore, protected by the *Act*. Accordingly, the ripped copy that broadcasters add to their playback system immediately engages the reproduction right. Since broadcasters rely predominantly on MDS downloads to obtain new music, the rate or the tariff base should account for a decreased level of reproduction activity.

[138] This argument is untenable. The file sitting on the broadcaster’s server is not an “original”. The only original that exists is the master; all subsequent copies are reproductions and reproductions of reproductions. The encrypted digital file residing on the MDS server, the temporary encrypted file created on the broadcaster’s server and the decrypted file also residing on the broadcaster’s server before being incorporated into the playback system all are copies of the sound recording and underlying works and performances. Therefore, what is at issue is the existence of a reproduction of the sound recording, not the existence of a sound recording protected by copyright.

[139] The fact that a reproduction results from an “internal, fully digital, technical process” is not relevant.⁵⁰

[140] The downloaded copy does not need to be incorporated into the playback system to trigger

lecture du radiodiffuseur, et ce n’est qu’à partir de ce moment-là que la *Loi* s’applique aux activités de reproduction numérique. L’ACR prétend que, d’une certaine façon, la copie SDMN qu’on ajoute à un système de lecture est un fichier « original ».

[137] L’ACR met en opposition cette méthode de transmission et l’extraction audionumérique. Dans ce dernier cas, la copie numérique obtenue provient d’un CD, un support matériel et, par conséquent, protégé en vertu de la *Loi*. Dès lors, la copie obtenue par extraction audionumérique qu’on ajoute à un système de lecture met immédiatement en jeu le droit de reproduction. Comme c’est essentiellement en téléchargeant du contenu SDMN que les radiodiffuseurs se procurent de nouvelles pièces musicales, le taux de redevance ou l’assiette tarifaire devrait tenir compte d’un niveau d’activité de reproduction réduit.

[138] Cet argument est indéfendable. Le fichier qui réside sur le serveur du radiodiffuseur n’est pas un « original ». Le seul original, c’est la bande maîtresse; toutes les copies subséquentes sont des reproductions et des reproductions de reproductions. Le fichier chiffré numérique enregistré sur le serveur SDMN, le fichier chiffré temporaire stocké sur le serveur du radiodiffuseur et le fichier déchiffré, lui aussi sur le serveur du radiodiffuseur avant d’être incorporé dans le système de lecture de ce dernier, constituent tous les trois une copie de l’enregistrement sonore ainsi que des œuvres et des prestations sous-jacentes. Ce n’est donc pas l’existence d’un enregistrement sonore protégé par le droit d’auteur qui est ici au cœur du débat, mais bien l’existence d’une reproduction de ce même enregistrement.

[139] Le fait que la reproduction est issue d’un [TRADUCTION] « processus technique interne entièrement numérique », n’est pas pertinent.⁵⁰

[140] La copie téléchargée n’a pas à être incorporée dans un système de lecture pour que

the application of the *Act*. The evidence establishes that the audio file is available for playback immediately after it is downloaded and it does not need to be ingested in the digital playback system.⁵¹ Setting aside whether the temporary encrypted file may have met the “materiality exigency” since it was unusable at that stage,⁵² that is not the case once the file is decrypted. After decryption, the broadcaster is able to use the MDS copy to make as many additional copies as it wishes.

[141] The MDS copy is just as much a reproduction as a permanent download. The online music service user who, after downloading a song, moves it to the “recycling bin” without ever playing it nevertheless reproduced the musical file. The same logic applies to the MDS copy that is downloaded onto the broadcasters’ server, whether or not it is ingested in the playback system.

[142] The MDS copy does not need to be incorporated into the playback system to be in a material form. Therefore, we conclude that broadcasters in downloading audio files from MDS services engage in reproductions that are protected by the *Act*.

[143] The song audition function is another service that MDS offer broadcasters. It allows them to listen to a song before deciding whether or not they want to download a certain song. According to the experts who testified, no downloading occurs when a station “auditions” or “previews” a song; that function is enabled by streaming. As noted in the past,⁵³ some forms of streaming nonetheless involve the creation of a temporary (or permanent) Internet file on the temporary folder of the end user’s computer. Once the file has been played, the temporary copy is “flushed away” or appears to be erased but remains indefinitely in the temporary Internet file folder.

la *Loi* s’applique. La preuve permet d’établir que le fichier audio peut être lu tout de suite après avoir été téléchargé et qu’il n’a pas à être intégré dans le système de lecture numérique.⁵¹ Point n’est besoin de savoir si le fichier chiffré temporaire, inutilisable comme tel,⁵² est ou non « matériel »; la question ne se soulève pas une fois que le fichier est déchiffré. Le déchiffrement permet au radiodiffuseur de se servir de la copie SDMN pour créer autant de copies qu’il le veut.

[141] La copie SDMN est une reproduction au même titre que le téléchargement permanent. L’utilisateur du service de musique en ligne qui télécharge une chanson puis la dépose dans la corbeille sans l’avoir écoutée se trouve quand même à reproduire le fichier musical. Il en va de même pour le radiodiffuseur qui télécharge une copie SDMN sur un serveur, qu’il l’incorpore ou non dans son système de lecture.

[142] Il n’est pas nécessaire que la copie SDMN soit incorporée dans un système de lecture pour qu’elle ait une forme matérielle. Nous en venons donc à la conclusion que, lorsqu’il télécharge des fichiers audio à partir d’un SDMN, le radiodiffuseur se trouve à effectuer une reproduction protégée en vertu de la *Loi*.

[143] L’écoute de chansons à titre d’essai est une autre fonction que les SDMN offrent au radiodiffuseur. Cette fonction permet d’écouter une chanson avant de décider de la télécharger ou non. D’après les experts qui sont venus témoigner, aucun fichier n’est téléchargé lorsqu’une station écoute une chanson à titre d’essai ou en écoute des extraits; il s’agit d’une fonction de lecture en continu. Comme la Commission l’a fait remarquer dans le passé,⁵³ certaines méthodes de transmission en continu entraînent néanmoins la création d’un fichier Internet temporaire (ou permanent) dans le dossier temporaire de l’ordinateur de l’utilisateur final. Une fois la lecture du fichier terminée, la copie temporaire est supprimée ou semble l’être tout en demeurant indéfiniment dans le dossier des fichiers Internet temporaires.

[144] In this instance, this does not appear to be the case. Just as with the buffer in *Satellite Radio Services*,⁵⁴ it fails to reproduce a substantial part of the copyright subject matter. Consequently, we conclude that the right of reproduction is not engaged in auditioning songs from the MDS server.

[145] Finally, little attention was paid to the question of whether simulcasting, targeted by CSI's proposed tariff, engages reproductions that are protected by the *Act*. No evidence was presented to address the issue; the comments made relating to simulcasting were intended merely to describe one of the relatively new media by which broadcasters deliver their programming.

[146] In *Tariff 22.A*, the Board defined simulcasting as "a portmanteau of 'simultaneous broadcast'; it generally involves broadcasting a program or event at the same time on more than one medium. For the purpose of this decision, simulcast refers to streaming a radio or television signal simultaneously to its transmission over the air, on cable or by satellite."⁵⁵

[147] In a 2006 decision in respect of CSI for Commercial Radio,⁵⁶ the Board certified a tariff for simulcasting at the request of the parties. Consequently, the Board did not assess whether this technique met the requirements of the *Act*. Given that there is no objection to the inclusion of simulcasting and the lack of evidence adduced, we assume that radio broadcasters need and want the authorization to reproduce works embodied in sound recordings for simulcasting purposes. However, it would be helpful in the future if technical evidence was presented so that the Board could undertake such analysis.

[144] Il semble que ce ne soit pas le cas en l'espèce. Comme le tampon dont il est question dans *Radio satellitaire*,⁵⁴ une partie importante de l'objet de droit d'auteur n'est pas reproduit. Nous concluons donc que le droit de reproduction n'entre pas jeu pour ce qui est de l'écoute de chansons à titre d'essai à partir d'un serveur SDMN.

[145] Enfin, la question de savoir si la diffusion simultanée, visée par le projet de tarif de CSI, donne lieu à des reproductions protégées en vertu de la *Loi* a suscité peu d'attention. Aucun élément de preuve n'a été présenté pour permettre de trancher la question et les commentaires faits à l'égard de la diffusion simultanée visaient simplement à décrire un des médias relativement nouveaux dont les radiodiffuseurs se servent pour distribuer leurs émissions.

[146] Dans *Tarif 22.A*, la Commission indique que, « [r]ègle générale, la *diffusion simultanée* (ou *transmission jumelée*) implique la diffusion du même contenu sur plus d'une plate-forme. Aux fins des présents motifs, la diffusion simultanée consiste à transmettre sur Internet, en continu et en simultané, un signal radio ou télévision conventionnel, câblé ou par satellite. »⁵⁵

[147] Dans une décision de 2006 à l'égard de CSI pour la radio commerciale,⁵⁶ la Commission a homologué un tarif pour la diffusion simultanée à la demande des parties. Par conséquent, elle n'a pas examiné si cette technique satisfait aux exigences de la *Loi*. Vu l'absence d'objection à l'inclusion de la diffusion simultanée et l'absence de preuve, nous supposons que les radiodiffuseurs veulent obtenir l'autorisation de reproduire des œuvres musicales incorporées à des enregistrements sonores à des fins de diffusion simultanée, et qu'ils ont besoin de cette autorisation. Il serait toutefois utile qu'une preuve technique soit fournie à l'avenir pour que la Commission puisse entreprendre une telle analyse.

3. Are radio stations liable for these reproductions under the respective tariffs of the reproduction collectives?

[148] To reproduce sound recordings of musical works as they do, radio stations must clear copyright with sound recordings makers, authors and, to some extent, performers. None of those copyright owners directly licence radio stations to make reproductions. However, the CAB submits a MDS already authorizes broadcasters to make these reproductions. The collectives contend that even if a MDS purports to authorize the broadcasters to download a copy of the tracks available on its Web site, it does so without any authority.

[149] The issues to be decided are whether and to what extent a MDS has the required authority to grant licences.

[150] To answer yes to the first question, there must be an agency relationship between the MDS and a rightsholder. This can arise in one of four ways: express mandate, implied mandate, ratification or apparent authority. In the present case, only express mandate and mandate by ratification can come into play.

[151] Insofar as authors are concerned, neither CSI nor its members have any relationship with any MDS. Labels have a relationship with the MDS for distribution purposes. However, the terms of the mechanical licences pursuant to which labels are authorized to reproduce musical works are too narrow for anyone to claim that copyright owners in those works have authorized the labels to reproduce them so as to allow any MDS to operate. A tariff has been in place for the use of works in CSI's repertoire by commercial radio stations since 2001. As the broadcasters are well aware, CSI exclusively

3. Les stations de radio sont-elles responsables à l'égard de ces reproductions en vertu des divers tarifs des sociétés de gestion du droit de reproduction?

[148] Pour reproduire des enregistrements sonores d'œuvres musicales comme elles le font, les stations de radio sont tenues de libérer des droits auprès des producteurs d'enregistrements sonores, des auteurs et, dans une certaine mesure, des artistes-interprètes. Aucun de ces titulaires n'autorise directement les stations à faire des reproductions. Or, l'ACR allègue que le SDMN autorise déjà les radiodiffuseurs à faire ces reproductions. Les sociétés de gestion font valoir que le SDMN peut fort bien prétendre donner aux radiodiffuseurs l'autorisation de télécharger une copie des pistes disponibles sur son site Web, mais qu'il n'est pas autorisé à le faire.

[149] Il faut donc décider si un SDMN a l'autorisation nécessaire pour octroyer des licences et, dans l'affirmative, la mesure de cette autorisation.

[150] Pour répondre à la première question par l'affirmative, il doit exister une relation de mandat entre le SDMN et le titulaire de droits. Cette relation peut se créer de quatre manières : expressément, implicitement, par ratification ou par autorisation apparente. En l'espèce, seuls le mandat exprès ou par ratification sont possibles.

[151] En ce qui concerne les auteurs, CSI ou ses membres n'entretiennent aucun rapport avec un SDMN. Les maisons de disques ont une relation avec les SDMN à des fins de distribution. Toutefois, les modalités des licences mécaniques permettant aux maisons de disques de reproduire des œuvres musicales sont trop limitatives pour que l'on puisse prétendre que l'autorisation de reproduction ainsi obtenue permette l'exploitation d'un SDMN. Depuis 2001, un tarif existe pour l'utilisation par les stations de radio commerciale d'œuvres du répertoire de CSI. Comme ces dernières le savent bien, CSI détient

owns the right to licence the broadcasters' reproductions of musical works. Consequently, any licence a label might grant to a MDS does not obviate the need for a licence from CSI to reproduce works embodied in sound recordings.

[152] Similarly, performers who are ArtistI members have no relationship with any MDS. Furthermore, their 15(1)(b)(ii) right, to the extent that it has materialized, is owned exclusively by the collective. Consequently, performers, like authors, cannot licence the use of their performances other than through ArtistI. Here again, the MDS licence cannot convey the right to use a performance; broadcasters need ArtistI's authorization.

[153] On the other hand, owners of sound recordings have a direct relationship with the MDS. AVLA/SOPROQ argues that by filing the tariff, the labels made it clear that they do not authorize stations to reproduce their repertoire. They further submit that the Board does not have the power to interpret private licensing arrangements once the collective society has established its right to licence the uses in question and accordingly, MDS licences are inconsequential to the Board's decision to certify a tariff.

[154] AVLA and SOPROQ cannot insist on users dealing with them unless the terms of their arrangements with rightsholders are such that they administer the rights to the exclusion of all others. AVLA and SOPROQ act as non-exclusive agents for their members; the labels remain free to licence their sound recordings directly. To the extent that a station is authorized, directly by a label or indirectly by a label's agent, to make a copy of a sound recording, it does not need to deal with the label's collective. To the extent broadcasters' reproduction activities do not require the

le droit exclusif d'autoriser leurs reproductions d'œuvres musicales. Par conséquent, peu importe la licence qu'une maison de disques peut octroyer à un SDMN, il faut obtenir une licence auprès de CSI pour reproduire les œuvres incorporées dans des enregistrements sonores.

[152] De même, l'artiste-interprète membre d'ArtistI n'a aucun lien avec les SDMN. Qui plus est, son droit de 15(1)(b)(ii), dans la mesure où il y a matérialisation, est détenu exclusivement par la société de gestion. En conséquence, l'interprète, comme l'auteur, ne peut autoriser l'utilisation de sa prestation autrement que par l'entremise d'ArtistI. Là encore, la licence obtenue d'un SDMN ne peut accorder le droit d'utiliser une prestation; le radiodiffuseur doit obtenir l'autorisation d'ArtistI.

[153] En revanche, le producteur d'enregistrement sonore a une relation directe avec les SDMN. AVLA/SOPROQ fait valoir qu'en déposant le projet de tarif, les maisons de disques ont clairement fait comprendre qu'elles n'autorisent pas les stations à reproduire leur répertoire. De plus, les sociétés déclarent que la Commission n'a pas le pouvoir d'interpréter des accords de licence privés une fois que la société de gestion a établi son droit d'autoriser les utilisations en question et que, par conséquent, les licences obtenues d'un SDMN n'ont aucune incidence sur la décision de la Commission d'homologuer un tarif.

[154] AVLA et la SOPROQ ne peuvent forcer les utilisateurs à faire affaire avec elles à moins que les modalités des ententes qu'elles ont conclues avec les titulaires de droits ne leur permettent d'administrer les droits à titre exclusif. AVLA et la SOPROQ agissent à titre de mandataires non exclusifs de leurs membres; les maisons de disques demeurent libres d'autoriser l'utilisation de leurs enregistrements sonores directement. Dans la mesure où une station est autorisée directement par une maison de disques, ou indirectement par son mandataire, à copier un enregistrement sonore, elle n'est pas

collectives' permission, they should not pay royalties to the collectives. Accordingly, we must examine the contractual relationships that exist between the labels and each MDS and between each MDS and the broadcasters.

[155] As previously mentioned, labels predominantly use two MDS systems to distribute their sound recordings to broadcasters: DMDS in the Anglophone market, and 45tours in the Francophone market.

[156] In our opinion, the wording of agreements between labels, DMDS and broadcasters make it clear that DMDS is an agent of the labels. Labels grant DMDS a no-charge, non-exclusive license throughout Canada authorizing it to allow third parties to download and/or stream their music solely for the purpose of providing the Service, defined "as delivering music [...] via uploading and downloading to authorized users." DMDS authorizes broadcasters to audition music and to download tracks for the purpose of adding them to their playlist.

[157] These agreements are public. Everyone knows their terms. A label confirms its participation in the licensing chain every time it uploads a music file on the DMDS server. Consequently, the labels, through DMDS, already licence the creation of the encrypted file onto the broadcaster's server.

[158] That being said, the terms of the DMDS-broadcasters agreement limit the authorization to the initial encrypted and decrypted copies; subsequent copies are not covered by the licence. The agreement even stipulates that any other use will prejudice DMDS and its clients (the labels)

tenue de faire affaire avec la société de gestion de la maison de disques. Dans la mesure où les activités de reproduction d'un radiodiffuseur n'exigent pas la permission des sociétés de gestion, il ne devrait pas verser de redevances à celles-ci. Par conséquent, nous devons examiner les relations contractuelles qui existent entre les maisons de disques et chaque SDMN et celles entre chaque SDMN et les radiodiffuseurs.

[155] Comme il a été mentionné précédemment, les maisons de disques utilisent principalement deux SDMN pour distribuer leurs enregistrements sonores aux radiodiffuseurs : DMDS pour le marché anglophone et 45tours pour le marché francophone.

[156] À notre avis, le texte des ententes entre les maisons de disques, DMDS et les radiodiffuseurs indique clairement que DMDS est un mandataire des maisons de disques. Ces dernières octroient à DMDS une licence gratuite, non exclusive et pancanadienne lui permettant d'autoriser des tiers à télécharger de la musique ou à la faire jouer en continu uniquement dans le but de fournir le « service », défini comme la [TRADUCTION] « livraison de musique [...] aux utilisateurs autorisés par téléversement et téléchargement. » DMDS autorise les radiodiffuseurs à écouter de la musique et à télécharger des pistes afin de les ajouter à leur liste de diffusion.

[157] Ces ententes sont publiques; tout le monde connaît leurs modalités. Une maison de disques confirme sa participation à cette chaîne de licences chaque fois qu'elle téléverse un fichier de musique sur le serveur DMDS. Par conséquent, les maisons de disques, par l'entremise de DMDS, autorisent déjà la création du fichier chiffré sur le serveur du radiodiffuseur.

[158] Cela dit, les modalités des ententes entre DMDS et les radiodiffuseurs limitent l'autorisation aux deux premières copies, chiffrée et déchiffrée; les copies subséquentes ne sont pas visées par la licence. L'entente prévoit même que toute autre utilisation causera préjudice à DMDS

and that it may pursue legal remedies in the event that the user breaches the agreement. In our opinion, the DMDS licence does not relieve broadcasters from having to comply with AVLA/SOPROQ's tariff insofar as the subsequent copies are concerned.

[159] In our opinion, 45tours is also an agent of the labels. According to the evidence, the terms of agreement between labels and 45tours are implied. The labels merely create an account allowing them to upload their material onto the 45tours Web site and pay the amounts invoiced by it. The agency arises either implicitly or by ratification. It is implicit if we accept that as soon as it uploads music onto the 45tours server, a label implicitly confers upon 45tours the authority to act as its agent for some purposes. It is by ratification if, instead, we link the creation of the agency relationship to a label's payment of the invoice of 45tours. The source and timing of the agency does not affect our analysis.

[160] In the absence of an express mandate, the scope of the resulting authorization must be assessed in light of the following facts. 45tours "signs" electronic agreements with broadcasters, but no copy of the agreements was placed in evidence and the agreements are not readily available. Therefore, the labels may or may not know its precise terms (though one would think that they would inquire before agreeing). The undisputed testimony of Mr. Sinclair⁵⁷ is that other MDS systems attach similar conditions to their licences as DMDS does.

[161] In the absence of clear evidence and given the foregoing factors, we favour an interpretation that is similar to the scope of the authorization given under the DMDS licence. Therefore,

et à ses clients (les maisons de disques) et que des recours pourraient être intentés en cas de violation de l'entente. À notre avis, la licence de DMDS ne libère pas les radiodiffuseurs de leur obligation de se conformer au tarif AVLA/SOPROQ en ce qui concerne les copies subséquentes.

[159] Selon nous, 45tours est également un mandataire des maisons de disques. La preuve indique que les modalités des ententes entre 45tours et les maisons sont implicites. Ces dernières créent simplement un compte leur permettant de téléverser leur matériel sur le site Web de 45tours et paient les montants qui leur sont facturés. La relation de mandat naît soit implicitement, soit par ratification. La relation est implicite si on accepte que dès qu'une maison téléverse de la musique sur le serveur de 45tours, elle confère implicitement à 45tours le pouvoir d'agir en qualité de mandataire à certaines fins. Le mandat est créé par ratification si on décide plutôt que la relation prend naissance lors du paiement par la maison de la facture que 45tours lui fait parvenir. L'origine du mandat et le moment où il est conclu n'ont aucune incidence sur notre analyse.

[160] En l'absence d'un mandat exprès, la portée de l'autorisation s'évalue à la lumière des faits suivants. Bien que 45tours « signe » des ententes électroniques avec les radiodiffuseurs, aucune copie de ces ententes n'a été produite en preuve et ces ententes ne sont pas facilement accessibles. Par conséquent, les maisons de disques pourraient ne pas être au courant de leurs modalités précises (bien qu'on serait porté à croire qu'elles se sont renseignées avant de donner leur accord). Dans son témoignage non contesté,⁵⁷ M. Sinclair déclare que les autres SDMN prévoient des modalités similaires à celles des ententes de DMDS.

[161] En l'absence d'une preuve claire et compte tenu des facteurs susmentionnés, nous favorisons une interprétation similaire à l'étendue de l'autorisation accordée en vertu de la licence de

45tours' authority only extends to the MDS copy and excludes all subsequent copies. The broadcasters cannot rely on the 45tours licence to fully escape liability under the AVLA/SOPROQ tariff.

4. Can the Board set a tariff for reproductions made before a tariff takes effect?

[162] The AVLA/SOPROQ tariff will take effect on January 1, 2008, the ArtistI tariff one year later. On those dates, the broadcasters' hard drives will already be loaded with most of the digital musical files in their current music library. Those copies will have been made before the tariffs take effect and without authorization from the rightsholders.

[163] ArtistI asks that its tariff apply to reproductions made before the tariff takes effect.

[164] AVLA/SOPROQ contends that the broadcasters need a licence to perform their regular backups of existing copies, and that the musical files are often modified for a variety of purposes. They argue we should not discount the tariff on account of pre-tariff copies.

[165] The CAB contends that the Board cannot certify tariffs for uses that occurred at a time for which no tariff proposal was filed. Furthermore, it contends the Board cannot monetize prior uses under the guise of requiring royalties for post-tariff uses.

[166] We agree partially with the CAB. The Board cannot certify tariffs for years for which no tariff proposal was filed. ArtistI's reliance on sections 70.17 and 70.18 of the *Act* is misguided. Those provisions apply only once a tariff has been certified. The collectives' remedy for copies

DMDS. Par conséquent, le mandat de 45tours s'étend seulement à la copie SDMN et exclut toutes les copies subséquentes. Les radiodiffuseurs ne peuvent s'appuyer sur la licence de 45tours pour échapper entièrement à l'obligation de se conformer au tarif AVLA/SOPROQ.

4. La Commission peut-elle homologuer un tarif pour des reproductions faites avant l'entrée en vigueur du tarif?

[162] Le tarif AVLA/SOPROQ entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2008 et celui d'ArtistI, un an plus tard. À ces dates, les disques durs des radiodiffuseurs contenaient déjà la plupart des fichiers de musique numérisés de leurs musicothèques. Ces copies auront été faites avant l'entrée en vigueur du tarif et sans l'autorisation des titulaires de droits.

[163] ArtistI demande que son tarif vise les reproductions faites avant son entrée en vigueur.

[164] AVLA/SOPROQ soutient que les radiodiffuseurs ont besoin de sa permission pour faire leurs copies de secours périodiques et que les fichiers de musique sont souvent modifiés à des fins diverses. Elle fait valoir que nous ne devrions pas réduire le tarif pour tenir compte des copies faites avant son entrée en vigueur.

[165] L'ACR affirme que la Commission ne peut homologuer un tarif pour des utilisations qui ont eu lieu à une époque pour laquelle aucun projet de tarif n'a été déposé. De plus, elle soutient que la Commission ne peut compenser les utilisations antérieures sous prétexte d'exercer son pouvoir d'établir des redevances pour des utilisations faites avant l'établissement du tarif.

[166] Nous sommes partiellement en accord avec l'ACR. La Commission ne peut homologuer un tarif pour les années à l'égard desquelles aucun projet de tarif n'a été déposé. ArtistI s'est appuyée à tort sur les articles 70.17 et 70.18 de la *Loi*. Ces dispositions s'appliquent seulement

made before a tariff takes effect is either to negotiate a licence or to sue broadcasters for copyright violation. If the CAB could prove that once a file is added to the musical library, it is never copied again, this would have to be taken into account in setting the tariff. Such is not the case, however. Broadcasters require a licence to make back ups, in the process of which the entire “library” is regularly reproduced. Furthermore, it may be within the discretion of the Board, in setting the terms and conditions of the tariff, to make paying for the use of preexisting copies a condition of making new copies; however, given the broadcasters’ copying practices, there is no need to use this approach in this instance. Radio stations will pay the full rate of the new tariffs from the first day they apply.

5. Can the Board, in a decision that certifies a tariff, clarify the wording of a regulation it made, or must it amend the regulation?

[167] Re:Sound’s royalties have always been calculated as a function of a station’s “advertising revenues” as this term is defined in the *Regulations Defining “Advertising Revenues”*,⁵⁸ adopted by the Board pursuant to subsection 68.1(3) of the *Act*. These regulations provide that:

2.(1) For the purposes of subsection 68.1(1) of the *Copyright Act*, “advertising revenues” means the total compensation in money, goods or services, net of taxes and of commissions paid to advertising agencies, received by a system to advertise goods, services, activities or events, for broadcasting public interest messages or for any sponsorship.

une fois que le tarif a été homologué. En ce qui concerne les copies faites avant l’entrée en vigueur du tarif, une société de gestion peut négocier une entente de licence ou tenter des poursuites contre les radiodiffuseurs pour violation du droit d’auteur. Si l’ACR prouvait qu’une fois qu’un fichier est ajouté à la musicothèque, il n’est jamais recopié, cet élément devrait être pris en compte pour établir le tarif. Or, ce n’est pas le cas en l’espèce. Les radiodiffuseurs doivent obtenir une autorisation pour faire des copies de secours, ce qui implique de reproduire régulièrement tout le contenu de la musicothèque. De plus, il se pourrait que la Commission dispose du pouvoir d’exiger, à titre de modalités du tarif, qu’on paie pour les copies préexistantes avant de pouvoir en faire de nouvelles. Toutefois, compte tenu des activités de copie des radiodiffuseurs, il n’est pas nécessaire d’utiliser cette approche en l’espèce. Les stations de radio seront entièrement assujetties aux nouveaux tarifs à compter du premier jour de leur entrée en vigueur.

5. La Commission peut-elle, dans une décision homologuant un tarif, préciser le libellé d’un règlement qu’elle a édicté, ou doit-elle modifier le règlement?

[167] Les redevances de Ré:Sonne ont toujours été calculées en fonction des « recettes publicitaires », au sens du *Règlement sur la définition de recettes publicitaires*,⁵⁸ que la Commission a édicté en vertu du paragraphe 68.1(3) de la *Loi*. Ce règlement prévoit ce qui suit :

2.(1) Pour l’application du paragraphe 68.1(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*, « recettes publicitaires » s’entend du total, net de taxes et des commissions versées aux agences de publicité, des contreparties en argent, en biens ou en services, reçues par un système pour annoncer des biens, des services, des activités ou des événements, pour diffuser des messages d’intérêt public ou pour des commandites.

(2) For the purpose of calculating advertising revenues, goods and services shall be valued at fair market value.

[168] The *Regulations* are needed because subparagraph 68.1(1)(a)(i) of the *Act* entitles broadcasters to pay Re:Sound only \$100 in royalties on their first \$1.25 million of annual “advertising revenues”. The *Act* does not impose any restriction or direction in determining what the rate base is for a SOCAN tariff. Prior to 2003, SOCAN’s royalties were set as a function of a station’s “gross income”. When the Board consolidated the SOCAN and Re:Sound tariffs, it chose to harmonize the rate base and apply the regulatory definition to both SOCAN and Re:Sound based on the assumption that both definitions represented the same rate base.⁵⁹

[169] In 2006, Standard Radio Inc. (Standard) applied to the Board for a ruling that the *Regulations* permitted radio broadcasters to deduct the fair market value of production services provided under advertisement turn-key contracts from the rate base. The Board dismissed the application on the ground that it did not have the jurisdiction to interpret its own regulation outside the exercise of its core mandate.⁶⁰

[170] Some broadcasters then applied for a declaration from the Federal Court to the same effect. After a trial, Zinn J. concluded that “[t]he *Regulations Defining “Advertising Revenues”*, permits a radio broadcaster to exclude the fair market value of the production services that it provides to advertisers from the revenues it generates from the broadcast of the ads to which those production services relate and upon which royalties are to be paid under the *NRCC 1998-2002 Radio Tariff* and the *SOCAN-NRCC Commercial Radio Tariff 2003-2007*.”⁶¹

(2) Aux fins du calcul des recettes publicitaires, les biens et services sont évalués à leur juste valeur marchande.

[168] Le règlement est nécessaire parce que le sous-alinéa 68.1(1)(a)(i) de la *Loi* autorise les radiodiffuseurs à ne verser à Ré:Sonne que 100 \$ de redevances sur la partie de leurs « recettes publicitaires » annuelles qui ne dépasse pas 1,25 million de dollars. La *Loi* n’impose aucune restriction ou directive pour déterminer l’assiette tarifaire d’un tarif de la SOCAN. Avant 2003, ces redevances étaient calculées en fonction des « revenus bruts » d’une station. Lorsque la Commission a examiné conjointement les tarifs de la SOCAN et de Ré:Sonne, elle a décidé d’harmoniser l’assiette tarifaire et d’appliquer la définition du *Règlement* à la SOCAN et à Ré:Sonne en tenant pour acquis que les deux définitions représentaient la même assiette tarifaire.⁵⁹

[169] En 2006, Standard Radio Inc. (Standard) a demandé à la Commission de déclarer que le *Règlement* permettait aux radiodiffuseurs de déduire de l’assiette tarifaire la juste valeur marchande des services de production fournis en vertu de contrats de publicité clés en mains. La Commission a rejeté la requête au motif qu’elle n’avait pas compétence pour interpréter ses propres règlements si cela n’est pas nécessaire à l’exercice de son mandat principal.⁶⁰

[170] Certains radiodiffuseurs ont alors demandé à la Cour fédérale un jugement déclaratoire au même effet. En première instance, le juge Zinn a conclu que « [l]e *Règlement sur la définition de recettes publicitaires*, [...] autorise un radiodiffuseur à exclure la juste valeur marchande des services de production qu’il fournit à un annonceur des recettes qu’il tire de la diffusion de l’annonce à laquelle se rapportent ces services de production et à l’égard desquelles des redevances doivent être payées en vertu du *Tarif de la SCGDV pour la radio commerciale pour les années 1998-2002* et du *Tarif SOCAN-SCGDV pour la radio commerciale 2003-2007*. »⁶¹

[171] The Federal Court of Appeal allowed the appeal from the trial division after the record of these proceedings was perfected, and granted a declaration in the following terms:

The Regulations Defining "Advertising Revenues" [...] permits radio broadcasters to exclude from "advertising revenues" upon which they must pay royalties [...] any revenues that they derive from the production of advertisements. However, the mere fact that radio broadcasters incur costs in the production of advertisements under turn-key contracts or that their service is of value to advertisers does not prove that broadcasters have production revenues which must be excluded from "advertising revenues".⁶²

[172] The Federal Court of Appeal added that the characterization of revenue is largely a factual issue that must be determined at trial.⁶³ For reasons that will become clear, it was unnecessary to reopen this matter as a result of the decision on appeal.

[173] Re:Sound requested that we clarify when a station can deduct the fair market value of production service. In its submission, it should be limited to the amount that exceeds the fair market value of the airtime purchased by the advertisers. It contends that in so clarifying the interpretation we would be acting within our implied powers necessary to meet and be consistent with our statutory role. SOCAN essentially takes a similar position to the extent that the interpretation of the *Regulations* does not change its meaning.

[174] The CAB objects to the Board clarifying the *Regulations* primarily on the ground that issue estoppel precludes the Board from providing an interpretation different from that of the Federal Court. The CAB argues that the Board may explain or clarify the intended significance of the language used in the

[171] La Cour d'appel fédérale infirmait la décision de première instance après que le dossier de la présente affaire ait été clos, et émettait une déclaration en ces termes :

[TRADUCTION] Le *Règlement sur la définition de recettes publicitaires* [...] permet au radiodiffuseur d'exclure des « recettes publicitaires » sur lesquelles il doit verser des redevances [...] les recettes provenant de la production publicitaire. Toutefois, le simple fait qu'un radiodiffuseur engage des dépenses dans la production de publicités en vertu de contrats clés en mains ou que ses services ont une valeur pour les publicitaires n'établit pas que le radiodiffuseur a des recettes de production qui doivent être exclues des « recettes publicitaires ». ⁶²

[172] La Cour d'appel fédérale a ajouté que la caractérisation des recettes est pour l'essentiel une question de fait relevant du juge du procès.⁶³ Pour des motifs qui ressortiront par la suite, il n'a pas été nécessaire de rouvrir la présente affaire suite à la décision en appel.

[173] Ré:Sonne nous a demandé de préciser quand une station peut exclure la juste valeur marchande des services de production. Elle prétend qu'il faudrait limiter la déduction au montant excédant la juste valeur marchande du temps d'antenne acheté par l'annonceur. Elle fait valoir qu'en précisant cette interprétation, nous n'excéderions pas nos pouvoirs implicites nécessaires à l'exercice du mandat qui nous a été conféré par la loi. La SOCAN adopte une thèse semblable dans la mesure où l'interprétation du *Règlement* n'en change pas la signification.

[174] L'ACR s'oppose à ce que la Commission précise le *Règlement* principalement au motif que la préclusion fondée sur la cause d'action empêche la Commission d'adopter une interprétation différente de celle de la Cour fédérale. L'ACR soutient que la Commission peut expliquer ou préciser la signification du

Regulations as long as in the course of doing so, it does not change or misstate its meaning and effect. Finally, it notes the Board has previously found that the resolution of disputes between parties concerning the interpretation of regulations is not such an exercise nor is it ancillary to such an exercise.⁶⁴

[175] We agree for the most part with the CAB. The parties confuse interpretation and clarification. The power to clarify a regulation, even when the Board is properly seized of the issue in the course of exercising its mandate, is not one the legislator has conferred upon the Board for the reasons set out in the *Standard Application*.⁶⁵ The only tool available to the Board to clarify the *Regulations* is the same available to it to change the *Regulations*: a rule-making process.

[176] That being said, for the reasons which follow, Re:Sound is correct in pointing out that nothing in the *Act* requires us to use “advertising revenues” as defined in the *Regulations* as the rate base for Re:Sound.

6. In setting the rate base for the Re:Sound tariff, is the Board restricted to the regulatory definition of advertising revenues pursuant to subsection 68.1?

[177] Re:Sound proposed that we change its rate base to “gross income” while allowing broadcasters to pay 100\$ in royalties on their first \$1.25 million of advertising revenues.

[178] Subparagraph 68.1(1)(a)(i) of the *Act* provides:

68.1(1) Notwithstanding the tariffs approved by the Board under subsection 68(3) for the performance in public or the communication to the public by telecommunication of

libellé du *Règlement* pourvu qu’elle ne modifie ou ne dénature pas sa signification et ses répercussions. Enfin, elle souligne que la Commission a précédemment conclu que la résolution des différends portant sur l’interprétation de règlements ne s’inscrit pas dans son mandat principal et n’y est pas accessoire.⁶⁴

[175] Nous souscrivons, pour l’essentiel, au point de vue de l’ACR. Les parties confondent interprétation et clarification. Le pouvoir de préciser un règlement, même lorsque la Commission peut le faire parce que la question se soulève dans le cadre de l’exercice de son mandat principal, n’est pas un pouvoir que le législateur a conféré à la Commission, et ce pour les motifs énoncés dans la décision *Requête de Standard*.⁶⁵ Le seul outil dont dispose la Commission pour préciser le *Règlement* est le même dont elle dispose pour le modifier; le pouvoir d’établir des règles.

[176] Cela étant dit, pour les motifs qui suivent, Ré:Sonne a raison de souligner que rien dans la *Loi* ne nous force à utiliser les « recettes publicitaires », au sens du *Règlement*, à titre d’assiette tarifaire pour Ré:Sonne.

6. Pour établir l’assiette tarifaire du tarif de Ré:Sonne, la Commission doit-elle utiliser la définition réglementaire de recettes publicitaires au sens de l’article 68.1?

[177] Ré:Sonne nous propose de changer son assiette tarifaire pour qu’elle corresponde aux « revenus bruts » tout en permettant aux radiodiffuseurs de payer 100 \$ de redevances sur la partie de leurs recettes publicitaires qui ne dépasse pas 1,25 million de dollars.

[178] Le sous-alinéa 68.1(1)(a)(i) de la *Loi* est rédigé comme suit :

68.1(1) Par dérogation aux tarifs homologués par la Commission conformément au paragraphe 68(3) pour l’exécution en public ou la communication au public par

performer's performances of musical works, or of sound recordings embodying such performer's performances,
(a) wireless transmission systems, except community systems and public transmission systems, shall pay royalties as follows:
(i) in respect of each year, \$100 on the first 1.25 million dollars of annual advertising revenues, and [...]

télécommunication de prestations d'œuvres musicales ou d'enregistrements sonores constitués de ces prestations, les radiodiffuseurs : a) dans le cas des systèmes de transmission par ondes radioélectriques, à l'exclusion des systèmes communautaires et des systèmes de transmission publics :
(i) ne payent, chaque année, que 100 \$ de redevances sur la partie de leurs recettes publicitaires annuelles qui ne dépasse pas 1,25 million de dollars, [...]

[179] This subsection, allowing broadcasters to pay \$100 on the first \$1.25 million of annual advertising revenues, applies "notwithstanding" the tariffs as approved by the Board. Put another way, that subsection supersedes the tariff. It does not fetter the Board's discretion to choose any rate base as long as it is reasonable. It simply allows broadcasters to carve out from the rate base an amount, as defined in the *Regulations*, and to treat this amount as if it did not exist for the purposes of the tariff.

[179] Ce paragraphe, permettant aux radiodiffuseurs de payer 100 \$ sur la partie de leurs recettes publicitaires annuelles qui ne dépasse pas 1,25 million de dollars, s'applique « nonobstant » les tarifs approuvés par la Commission. En d'autres termes, ce paragraphe a préséance sur le tarif. Il ne limite pas le pouvoir discrétionnaire de la Commission de choisir une assiette tarifaire quelconque, pourvu qu'elle soit raisonnable. Il permet simplement aux radiodiffuseurs de déduire un montant de leur assiette tarifaire, au sens du *Règlement*, et de traiter ce montant comme s'il n'existait pas aux fins du tarif.

7. Does section 90 of the Act preclude the Board from setting a single value or certifying an overall or single rate for broadcasting music?

7. L'article 90 de la Loi empêche-t-il la Commission de fixer une valeur unique ou d'homologuer un taux général ou unique pour la diffusion de musique?

[180] The CAB contends that as broadcasters consume music as a single input and not in a fragmented fashion, the Board should fix a single value and fix a single tariff for the collectives. The collectives oppose such an approach by reason that they each own individual and distinct rights, which by law must be valued separately.

[180] L'ACR soutient que puisque les radiodiffuseurs utilisent la musique comme intrant unique et non de façon fragmentaire, la Commission devrait établir un taux fixe et fixer un tarif unique pour l'ensemble des sociétés de gestion. Les sociétés s'opposent à une telle approche au motif que chacune d'elles détient des droits individuels et distincts, lesquels doivent être évalués séparément.

[181] The collectives are correct but we have the discretion to set a single rate for the benefit of the user, as long as we apportion the royalty so established among the collectives so that the Board exhausts its jurisdiction.

[181] Les sociétés de gestion ont raison sur ce point, mais nous avons le pouvoir discrétionnaire de fixer un taux unique à l'avantage des utilisateurs, pourvu que nous épuisions notre compétence en répartissant les redevances ainsi établies parmi les sociétés de gestion.

VII. ECONOMIC ANALYSIS

[182] We have examined the methodologies proposed by the parties to set the rates and have decided not to use any of them. We will however analyze some of their underlying assumptions to explain why we have rejected them. We do so because we believe that economic modeling should remain central to the Board's tariff determination.

The Wall/Globerman Methodology

[183] The Globerman model, which the Board used in *Commercial Radio (2008)*, analyses changes in average productivity of music, advertising rates per unit of music audience and number of hours of broadcasted music to derive a value for music. Using a revised version of the Globerman model, Dr. Wall finds that the value of music has decreased by 10 per cent since 1987. Since SOCAN's tariff was 3.2 per cent in 1987, the rate should be cut to 2.9 per cent.

[184] Dr. Wall then adds that music is a single input, whose price should be the same without regard to the number of rights required to use it. Relying on this assumption, Dr. Wall concludes that radio stations should pay 2.9 per cent for all the music rights they need, before any repertoire adjustment.

[185] Dr. Wall's conclusion is not tenable for three reasons. First, as was explained in more detail in *NRCC Tariff 3*,⁶⁶ the Board sets rates for the use of rights attached to copyright subject matters, not for the use of copyright subject matters and even less for the use of clusters of such subject matters. Second, in *Commercial Radio (2008)*, the Board proceeded in a manner that simply does not accord with Dr. Wall's thesis. It used that methodology to value a single right, the right to communicate a musical work;

VII. ANALYSE ÉCONOMIQUE

[182] Nous avons examiné les méthodologies proposées par les parties pour établir les taux et nous avons décidé de n'en utiliser aucune. Nous analyserons toutefois certaines des hypothèses sous-jacentes à ces méthodologies pour expliquer pourquoi nous les avons rejetées. Nous le faisons parce que nous croyons que les modèles économiques devraient faire partie intégrale de la détermination des tarifs de la Commission.

Le modèle Wall/Globerman

[183] Le modèle Globerman, que la Commission a utilisé dans *Radio commerciale (2008)*, analyse l'évolution de la productivité moyenne de la musique, des taux de publicité par unité d'écoute de musique et du nombre d'heures de musique diffusées pour établir une valeur de la musique. En se fondant sur une version révisée du modèle Globerman, M. Wall conclut que la valeur de la musique a diminué de 10 pour cent depuis 1987. Comme le tarif de la SOCAN était de 3,2 pour cent en 1987, le taux devrait être réduit à 2,9 pour cent.

[184] M. Wall ajoute ensuite que la musique est un intrant unique, dont le prix devrait être le même quel que soit le nombre de droits qu'il faut obtenir pour l'utiliser. Partant de cette hypothèse, M. Wall conclut que les stations de radio devraient payer 2,9 pour cent pour tous les droits musicaux dont elles ont besoin, sous réserve d'ajustements de répertoire.

[185] La conclusion à laquelle arrive M. Wall ne tient pas pour trois raisons. Premièrement, comme il a été expliqué plus en détail dans le *Tarif 3 de la SCGDV*,⁶⁶ la Commission établit des taux pour l'utilisation des droits rattachés aux objets de droit d'auteur, non pour l'utilisation des objets de droits d'auteur et encore moins pour l'utilisation de groupes de tels objets. Deuxièmement, dans *Radio commerciale (2008)*, la Commission a procédé d'une façon qui ne s'accorde tout simplement pas avec la thèse de

only then did it derive an additional value for the right to communicate the performance and the recording. Third, the Globerman model can only serve to estimate the change in the value of identical inputs and therefore, in the value of the rights for which a price was being set at the start of the period, not of rights that either were not being priced (the reproduction right existed in 1987 but was not priced) and even less of rights, such as the performers' rights, that did not even exist. Viewed from another angle, we somewhat doubt that the CAB would have endorsed Dr. Wall's approach had SOCAN used it 20 years ago to seek an increase in royalties to account for the value of rights in music that SOCAN did not own, that radio stations did not use and that may not have even existed.

[186] In the alternative, Dr. Wall proposes to use the Globerman model to establish the SOCAN rate at 2.9 per cent. Dr. Wall's use of the modified Globerman model raises a number of issues. One is the introduction of the notion of a seller's reservation price, to reflect the value of the benefits which, according to Dr. Wall, radio airplay generates for rightsholders. The proportion of net benefits to be allocated to rights owners (or "pass-through") is another. The number of years on which the benefits should be calculated (1987-2007 or 2005-2007) is a third. There is no need, however, for us to address these issues, for the reason that using the Globerman model, whether as originally conceived or as revised by Dr. Wall, would not be appropriate in this instance.

[187] In *Commercial Radio (2008)*, the Board used the Globerman model to determine whether there was a historical undervaluation of music and to fix the amount of the efficiencies achieved through the use of music by radio stations

M. Wall. Elle a utilisé cette méthodologie pour évaluer un droit unique, celui de communiquer une œuvre musicale. Ce n'est qu'après qu'elle a établi une valeur additionnelle pour le droit de communiquer la prestation et l'enregistrement. Troisièmement, le modèle Globerman ne peut estimer que l'évolution de la valeur d'intrants identiques et, par conséquent, l'évolution de la valeur des droits pour lesquels un prix a été fixé au début de la période, et non des droits pour lesquels un prix n'avait pas été fixé (le droit de reproduction existait en 1987, mais son prix n'avait pas été établi) et encore moins des droits, comme ceux des artistes-interprètes, qui n'existaient même pas. Sous un autre angle, il nous est permis de douter que l'ACR aurait souscrit à l'approche de M. Wall si la SOCAN l'avait utilisée il y a 20 ans pour obtenir une augmentation des redevances afin de tenir compte de la valeur de droits musicaux qu'elle ne possédait pas, que les stations n'utilisaient pas et qui n'auraient peut-être même pas existé.

[186] Subsidièrement, M. Wall propose d'utiliser le modèle Globerman pour fixer le taux de la SOCAN à 2,9 pour cent. L'utilisation par M. Wall d'une version modifiée du modèle Globerman suscite plusieurs questions. L'une d'elles est l'introduction de la notion d'un prix de réserve du vendeur pour refléter la valeur des bénéfices que, selon M. Wall, la radiodiffusion génère pour les titulaires de droits. La proportion des bénéfices nets qui doit être attribuée aux titulaires des droits (ou « degré de transmission ») en est une autre. Le nombre d'années sur lequel les bénéfices devraient être calculés (1987 à 2007 ou 2005 à 2007) en est une troisième. Toutefois, nous n'avons pas besoin d'aborder ces questions étant donné qu'il ne serait pas opportun en l'espèce d'utiliser le modèle Globerman, que ce soit dans sa forme originale ou dans celle révisée par M. Wall.

[187] Dans *Radio commerciale (2008)*, la Commission a utilisé le modèle Globerman pour déterminer s'il y avait eu une sous-évaluation historique de la musique et pour fixer les gains d'efficacité obtenus grâce à l'utilisation de

between 1987 and 2005. The Board did so after concluding that the Globerman model provided a useful tool to examine long-term changes in the value of music.⁶⁷

[188] The CAB maintains that the Globerman model remains a good approach and that its use provides stability and continuity in the Board's analytical approach. Professor Liebowitz contends on the contrary that the Globerman model should not be used in this instance by reason that the variation in profits is what dictates changes in the tariff rate. In his opinion, using the Globerman model in 2008 made sense because the Board had already concluded that music was undervalued; as a result, profitability of the radio stations was also expected to increase. Using the Globerman model in other circumstances is problematic by reason that any movement in profits would lead to a change in the tariff rate, whether or not these changes are related to the value of music.

[189] We agree with Professor Liebowitz. The use of the Globerman model on a regular basis to set the rates would lead to regular rate changes, up or down, which is not desirable. Stability in the rates is generally beneficial to all. Until circumstances are fundamentally altered, tariff rates should remain the same.

The Bakos Methodology

[190] Professor Bakos, called by AVLA/SOPROQ, estimated the economic surplus generated from the use of sound recordings by commercial radio stations to determine the value that should accrue to all owners of copyright in music before proposing a tariff only for the reproduction of sound recordings. Professor Bakos found that the total value of the tariffs for the use of music by commercial radio stations should be between 21.1 per cent and 23.2 per cent of radio stations' total revenues.

musique par les stations de radio entre 1987 et 2005. La Commission avait d'abord conclu que le modèle Globerman constituait un outil utile pour examiner l'évolution à long terme de la valeur de la musique.⁶⁷

[188] L'ACR soutient que le modèle Globerman demeure un bon outil et que son utilisation assure stabilité et continuité dans l'approche analytique de la Commission. M. Liebowitz soutient au contraire que le modèle Globerman ne devrait pas être utilisé en l'espèce parce que c'est la variation des profits qui dicte l'évolution du taux tarifaire. À son avis, il était logique d'utiliser le modèle Globerman en 2008 parce que la Commission avait déjà conclu que la musique était sous-évaluée; par conséquent, on pouvait s'attendre à ce que la rentabilité des stations de radio augmente aussi. L'utilisation du modèle dans d'autres cas pose problème parce que tout mouvement des profits mènerait à une variation du taux tarifaire, que ces changements soient liés ou non à la valeur de la musique.

[189] Nous sommes d'accord avec M. Liebowitz. L'utilisation régulière du modèle Globerman pour fixer les taux mènerait à des variations régulières de taux, à la hausse ou à la baisse, ce qui n'est pas souhaitable. La stabilité des taux profite en général à tous. À moins d'un changement fondamental de situation, les taux tarifaires devraient rester les mêmes.

Le modèle Bakos

[190] Appelé à témoigner par AVLA/SOPROQ, M. Bakos a estimé le surplus économique que génère l'utilisation d'enregistrements sonores par les stations de radio commerciale pour déterminer la valeur qui devrait être attribuée à tous les titulaires de droits sur la musique avant de proposer un tarif uniquement pour la reproduction d'enregistrements sonores. M. Bakos a estimé que le total des taux pour l'utilisation de musique par les stations de radio commerciale devrait se situer entre 21,1 pour cent et 23,2 pour cent des revenus totaux des stations.

[191] Professor Bakos relied partly on a model proposed by Messrs. Audley, Boyer and Stohn in *Commercial Radio (2005)*. The Board declined to use the model because it was based on unproven assumptions and because it was volatile. Professor Bakos refined the model in an attempt to address the Board's concerns.

[192] The revised model assumes that radio stations allocate music and talk content so as to maximise their profit; at equilibrium, marginal net revenues of music and talk will be equal. Professor Bakos, using this framework, estimated that net revenues generated by music and talk represent respectively 74.3 and 7.2 per cent of total advertising revenues, the rest being accounted for by variable costs. Professor Bakos then allocated fixed costs to music in proportion to its net revenues. By subtracting these fixed costs from total variable costs due to music, he concluded that music royalties should represent 23.2 per cent of total revenues.

[193] Professor Bakos proposed a second approach, which he preferred, where royalties would be the result of a bargaining process. In such a scenario, the difference between net revenues generated by both music and talk and fixed costs (25.4 per cent) is shared between radio stations and music rights owners. In the digital music market, record labels appropriate a large proportion of the economic surplus associated with the sale of music. Professor Bakos assumes that music copyright owners would achieve the same result in the commercial radio market. The application of this calculation results in a proposed rate of 21.1 per cent for the bundle of rights.

[194] Professor Bakos also relied on the digital music industry to calculate the relative value of each right. Professor Bakos determined that 15.3 per cent of revenues in the digital music

[191] M. Bakos s'est appuyé en partie sur un modèle proposé par MM. Audley, Boyer et Stohn dans *Radio commerciale (2005)*. La Commission n'avait pas utilisé le modèle parce qu'il repose sur des hypothèses non fondées et qu'il est instable. M. Bakos a raffiné le modèle dans le but de répondre aux préoccupations de la Commission.

[192] Le modèle révisé suppose que les stations de radio répartissent le contenu musical et le contenu verbal de manière à maximiser leur profit : à l'équilibre, le revenu marginal net de la musique et du contenu verbal seront égaux. À partir de ce cadre, M. Bakos a estimé que les revenus nets générés par la musique et par le contenu verbal représentent respectivement 74,3 et 7,2 pour cent des recettes publicitaires totales, le reste représentant les coûts variables. Par la suite, M. Bakos a alloué à la musique les coûts fixes proportionnellement aux revenus nets. En soustrayant ces coûts fixes des coûts variables totaux associés à la musique, il a conclu que les redevances musicales devraient représenter 23,2 pour cent des revenus totaux.

[193] M. Bakos a proposé une seconde approche, qu'il dit préférer, où les redevances résulteraient d'un processus de négociation. Dans un tel scénario, la différence entre les revenus nets générés à la fois par la musique et le contenu verbal et les coûts fixes (25,4 pour cent) est répartie entre les stations de radio et les titulaires des droits musicaux. Dans le marché de la musique numérique, les maisons de disques s'approprient une grande proportion du surplus économique associé à la vente de musique. M. Bakos suppose que les titulaires de droits sur la musique obtiendraient le même résultat dans le marché de la radio commerciale. L'application de ce calcul donne un taux proposé de 21,1 pour cent pour l'ensemble des droits.

[194] M. Bakos s'est aussi appuyé sur l'industrie de la musique numérique pour calculer la valeur relative de chaque droit. M. Bakos a déterminé que 15,3 pour cent des revenus de l'industrie de

industry are paid to rightsholders of musical works. This led him to conclude that musical works should get 15.3 per cent of commercial radio revenues while sound recordings should get the rest.

[195] Professor Bakos did not propose how to allocate the royalties attributable to sound recordings between the communication and reproduction rights. He simply concluded that the 4 per cent rate requested by AVLA/SOPROQ would be fully justified unless the new tariff for the communication of sound recordings was more than 13.5 per cent.

[196] For the reasons the Board expressed in *Commercial Radio (2005)*, we will not use the methodology proposed by Professor Bakos. The adjustments he proposed do not address the main concern raised in 2005. Given the comments that Messrs. Audley and Boyer made on the Board's 2005 decision, we think it may be helpful to explain again why the model is based on "unproven assumptions".

[197] The Bakos model allocates revenues between music and talk based on advertising-adjusted music use. Music as a proportion of program time is used for each day part. These numbers are then adjusted to account for the amount of paid advertising and the amount of listener hours in each day part. The underlying assumption, as it was in *Commercial Radio (2005)*,⁶⁸ is that a correlation exists between music use (when weighted by listening patterns) and the role of music in generating revenues. It is that assumption that is unproven, and even counterintuitive.

[198] Listening patterns indicate the number of persons who are tuned in to a radio station at any

la musique numérique est payé aux ayants droit des œuvres musicales. Cette prémisse l'a amené à conclure que les œuvres musicales devraient obtenir 15,3 pour cent des revenus des stations de radio commerciale et les enregistrements sonores, le reste.

[195] M. Bakos n'a pas proposé de façon de répartir les redevances attribuables aux enregistrements sonores entre les droits de communication et de reproduction. Il a simplement conclu que le taux de 4 pour cent demandé par AVLA/SOPROQ serait pleinement justifié à moins que le nouveau tarif pour la communication des enregistrements sonores ne dépasse 13,5 pour cent.

[196] Pour les motifs que la Commission a exprimés dans *Radio commerciale (2005)*, nous n'utiliserons pas la méthodologie proposée par M. Bakos. Les ajustements qu'il a proposés ne répondent pas à la préoccupation principale soulevée en 2005. Compte tenu des commentaires que MM. Audley et Boyer ont formulés sur la décision de 2005, nous pensons qu'il pourrait être utile d'expliquer encore une fois pourquoi le modèle repose sur des « hypothèses non fondées ».

[197] Le modèle Bakos répartit les revenus entre la musique et le contenu verbal d'après l'utilisation de musique rajustée en fonction de la publicité. Il utilise le pourcentage du temps de programmation qu'occupe la musique dans chaque segment de la journée. Ces chiffres sont ensuite rajustés pour tenir compte du montant de publicité payée et du nombre d'heures-auditeurs dans chaque segment de la journée. L'hypothèse sous-jacente, telle qu'elle existait dans *Radio commerciale (2005)*,⁶⁸ est qu'il existe une corrélation entre l'utilisation de musique (pondérée en fonction des données d'écoute) et la contribution de la musique à la génération de revenus. C'est cette hypothèse qui n'est pas fondée et qui est même contre-intuitive.

[198] Les données d'écoute indiquent le nombre de personnes qui syntonisent une station de radio

point in time. They do not provide any indication of why any person tunes in to a given station in the first place. Listeners must first be attracted to a particular station, and then be retained, before they generate advertising revenues. We cannot assume that if music, even weighted by listeners, accounts for 74 per cent of total advertising revenues, it necessarily follows that the same percentage of listeners are attracted to the station and retained because of music.

[199] A popular morning talk show with a star host is a useful example of this. Even if 60 per cent of the programming time is music, it is likely that many listeners are attracted to the station because of the host, and at least to some extent, listen to the music only “incidentally”, while waiting for the host to come back on-air. In this particular case, the weighted share of music in program time would overestimate the contribution of music to advertising revenue.

Nordicity’s Methodology

[200] AVLA/SOPROQ called Messrs. Lyman and Chodorowicz to estimate the cost savings commercial radio stations realize as a result of copying music, and to use these savings to derive a rate for the reproduction of sound recordings. Their assumption is that while all stations adopted and benefited from radio automation technology, only music stations benefited from the music reproduction component of radio automation. Therefore, they use the difference in cost savings between music and talk stations to estimate the value of music reproductions for music stations.

[201] The authors define the preautomation period as 1993 to 1996 and use 2000 to 2004 as

à un moment donné. Elles ne donnent aucune indication des raisons pour lesquelles les gens décident de syntoniser une station plutôt qu’une autre. Les auditeurs doivent d’abord être attirés, puis retenus avant de générer des recettes publicitaires. On ne peut tenir pour acquis que si la musique, même pondérée en fonction des auditeurs, représente 74 pour cent des recettes publicitaires totales, il s’ensuit nécessairement que le même pourcentage d’auditeurs sont attirés par la station et retenus à cause de la musique.

[199] Une émission d’infovariétés du matin très prisée, animée par un animateur vedette, illustre bien ce que nous venons de dire. Même si 60 pour cent du temps de programmation est consacré à la musique, il est probable que de nombreux auditeurs sont attirés par la station à cause de l’animateur et, au moins dans une certaine mesure, écoutent la musique de façon incidente uniquement, c’est-à-dire en attendant que l’animateur revienne en ondes. Dans ce cas précis, la part pondérée de la musique dans le temps de programmation surestimerait la contribution de la musique aux recettes publicitaires.

Le modèle Nordicité

[200] AVLA/SOPROQ a demandé à MM. Lyman et Chodorowicz d’évaluer les économies que les stations de radio commerciale réalisent en copiant la musique et d’utiliser ces économies afin d’établir un taux pour la reproduction d’enregistrements sonores. Selon leur hypothèse, s’il est vrai que toutes les stations ont adopté la technologie de l’automatisation radiophonique et en ont profité, seules les stations musicales ont profité de la composante reproduction musicale de cette automatisation. Par conséquent, ils utilisent la différence entre les économies réalisées par les stations musicales et les stations à prépondérance verbale pour estimer la valeur des reproductions musicales pour les stations musicales.

[201] En se basant sur les rapports techniques présentés à l’audience, les auteurs définissent la

the postautomation period based on the technical reports presented in this hearing. Their analysis is limited to savings in program and technical costs between the two periods.

[202] According to this model, music reproductions produced a cost savings of 5.2 per cent of total revenues for music stations. The authors contend that in any negotiation with the radio stations over the savings generated by the reproduction of sound recordings, rightsholders would be able to obtain 85 per cent of the savings because of their stronger bargaining position. According to their calculations, this would result in a rate of 4.5 per cent, increased to 4.7 per cent when expressed as a proportion of gross income.

[203] The model's final adjustment is to allocate the reproduction royalty between the musical work and the sound recording. They agree with Messrs. Audley and Boyer that the full value of the reproduction right of musical works is about 1.3 per cent, which should be taken out of the 4.7 per cent. However, since a tariff for the reproduction of musical works was already certified for the postautomation period, the calculation already includes an effective CSI rate, which the authors estimate to be 0.61 per cent of total revenues. Therefore, the 4.7 per cent rate needs to be reduced only by 0.7 per cent, the difference between the full value of the reproduction right of musical works and the effective rate. In the end, Messrs. Lyman and Chodorowicz propose that the reproduction of sound recordings generate royalties of 4.0 per cent of gross income.

[204] The CAB outlined a number of problems with the model. Differences in the financial performance of music and talk stations can result from many factors which the model does not take

période préautomatisation comme étant celle qui va de 1993 à 1996 et utilisent celle qui va de 2000 à 2004 comme période postautomatisation. Leur analyse se limite aux économies sur le plan des coûts de programmation et des coûts techniques entre les deux périodes.

[202] Selon ce modèle, les reproductions musicales ont produit des économies correspondant à 5,2 pour cent des revenus totaux des stations musicales. Les auteurs soutiennent que, dans une négociation avec les stations portant sur les économies générées par la reproduction d'enregistrements sonores, les titulaires de droits pourraient obtenir 85 pour cent des économies vu qu'ils se trouvent en position de force pour négocier. Selon leurs calculs, il en découle un taux de 4,5 pour cent, ou de 4,7 pour cent lorsqu'il est exprimé en proportion des revenus bruts.

[203] Le dernier rajustement que propose le modèle consiste à répartir la redevance de reproduction entre l'œuvre musicale et l'enregistrement sonore. Les auteurs pensent comme MM. Audley et Boyer que la pleine valeur du droit de reproduction d'œuvres musicales est d'à peu près 1,3 pour cent, ce qui devrait être pris sur les 4,7 pour cent. Toutefois, comme un tarif concernant la reproduction d'œuvres musicales était déjà homologué pour la période postautomatisation, le calcul inclut déjà un taux CSI effectif s'établissant, d'après les auteurs, à 0,61 pour cent des revenus totaux. Par conséquent, le taux de 4,7 pour cent doit être réduit de 0,7 pour cent seulement, soit la différence entre la pleine valeur du droit de reproduction d'œuvres musicales et le taux effectif. Au bout du compte, MM. Lyman et Chodorowicz proposent que la reproduction d'enregistrements sonores génère des redevances de 4,0 pour cent des revenus bruts.

[204] L'ACR a fait ressortir un certain nombre de problèmes que pose le modèle. Les différences de rendement financier qu'on peut observer entre les stations musicales et celles à prépondérance

into account, including audience levels, station size, broadcasting frequency band and reliance on on-air personalities. Cost differences between music and talk content could also be explained by increases in the cost of talk content. Finally, there is no solid basis for the choice of the pre- and postautomation periods, and yet this choice greatly affects the results. We agree with the CAB and, as a result, we conclude the model cannot be used to set rates.

Determination of Rates

[205] In 2005, the Board increased the SOCAN and Re:Sound rates significantly, from 3.2 per cent to an effective rate of 4.2 per cent in the case of SOCAN, and from 1.44 to 2.1 per cent in the case of Re:Sound. To do so, the Board relied on three reasons. First, there was a historical undervaluation of music that justified a correction of 10 per cent. Second, the use of music by radio stations had increased by 10.6 per cent since 1987. Finally, authors should receive 7.5 per cent more to account for the fact that radio stations realized efficiency gains from the use of music.

[206] The CAB successfully challenged the Board's decision. The Federal Court of Appeal found that the reasons given were insufficient to justify the adjustments for the undervaluation of music and for the efficiency gains from the use of music. The Board was directed to explain how it arrived at these adjustments.

[207] The Board reheard the matter in 2008. Using, with some changes, the Globerman model proposed by the CAB, the Board found that the

verbale peuvent découler de nombreux facteurs que le modèle ne prend pas en compte, par exemple le nombre d'auditeurs, la taille des stations, la bande de fréquence de radiodiffusion et le recours à des animateurs. Les différences de coûts observées entre le contenu musical et le contenu verbal pourraient aussi s'expliquer par les augmentations du coût du contenu verbal. Enfin, aucun fondement solide ne justifie le choix des périodes préautomatisation et postautomatisation, bien que ce choix influe beaucoup sur les résultats. Nous sommes d'accord avec l'ACR et, par conséquent, nous concluons que le modèle ne peut pas servir à fixer les taux.

Détermination des taux

[205] En 2005, la Commission a accru sensiblement les taux de la SOCAN et de Ré:Sonne, les faisant passer de 3,2 pour cent à un taux effectif de 4,2 pour cent pour la première et de 1,44 à 2,1 pour cent pour la seconde. Pour justifier ces augmentations, la Commission a donné trois raisons. Premièrement, la sous-évaluation historique de la musique justifiait une correction de 10 pour cent. Deuxièmement, l'utilisation de musique par les stations de radio avait augmenté de 10,6 pour cent depuis 1987. Enfin, les auteurs devraient recevoir 7,5 pour cent de plus pour tenir compte des gains d'efficacité découlant de l'utilisation de musique que les stations avaient réalisés.

[206] L'ACR a contesté la décision de la Commission et a obtenu gain de cause. La Cour d'appel fédérale a conclu que les motifs donnés étaient insuffisants pour justifier les rajustements en fonction de la sous-évaluation de la musique et des gains d'efficacité découlant de son utilisation. La Cour a demandé à la Commission d'expliquer comment elle en était arrivée à ces rajustements.

[207] La Commission a tenu une nouvelle audience en 2008. En utilisant, avec quelques changements, le modèle Globerman que proposait

rates set in 2005 were appropriate and certified them again. More specifically, the Board noted that “What is clear is that the rate established in 2005 is consistent with the general trend generated by the Globerman model, and is as appropriate now as it was then.”⁶⁹

[208] Until 2005, the SOCAN rate had remained basically unchanged for more than 25 years. The Re:Sound rate was first set in 1999, as a function of the SOCAN rate. In 2005 and 2008, using different methodologies and considering a number of factors that could impact on the value of music, the Board increased the effective SOCAN rate to 4.2 per cent and derived the Re:Sound rate using the same formula as in 1999. A new balance was created. Parties are now asking us to disrupt this recently created balance.

[209] There are benefits to the parties to having some stability in the rates. There are administrative costs associated with changes in tariff rates, structure and terms and conditions. The Board should try to minimize these costs as much as possible. It is also desirable for the Board to use a careful and reasoned approach to ensure that there is a degree of permanency in the changes affecting the rates before such changes form the basis for a change in the tariff rates, whether it be a rate increase or decrease. In this instance, the parties have failed to convince us that any of the methodologies they proposed ought to be used to recalculate the royalties payable to SOCAN or to Re:Sound.

[210] That leaves the issue of music use. The evidence submitted in this hearing is that music use by commercial radio stations has increased since 2005 by 6 to 6.5 per cent. This is consistent with the Board’s finding of 2005 that the increase in music use of “10.6 per cent Re:Sound derives

l’ACR, la Commission a jugé que les taux fixés en 2005 étaient convenables et les a homologués de nouveau. Plus précisément, la Commission a déclaré que « [c]e qui ressort clairement est que le taux fixé en 2005 correspond à la tendance générale révélée par le modèle de Globerman et qu’il est tout aussi approprié maintenant qu’il l’était alors. »⁶⁹

[208] Jusqu’en 2005, le taux de la SOCAN était demeuré essentiellement le même pendant plus de 25 ans. Le taux de Ré:Sonne avait d’abord été établi en 1999 en fonction du taux de la SOCAN. En 2005 et 2008, en utilisant des méthodologies différentes et en tenant compte d’un certain nombre de facteurs pouvant influencer sur la valeur de la musique, la Commission a accru le taux effectif de la SOCAN pour le porter à 4,2 pour cent et établi celui de Ré:Sonne de la même façon qu’en 1999. Un nouvel équilibre a été créé. Les parties nous demandent maintenant de briser ce nouvel équilibre.

[209] Les parties ont intérêt à ce qu’il y ait une certaine stabilité des taux. Des coûts administratifs sont associés au fait de changer les taux, la structure et les modalités des tarifs. Autant que possible, la Commission devrait essayer de réduire au minimum ces coûts. Il est également souhaitable que la Commission utilise une approche prudente et raisonnée pour s’assurer que les changements qui influent sur les taux sont relativement permanents avant de modifier les taux tarifaires, à la hausse comme à la baisse, en fonction de ces changements. En l’espèce, les parties ne nous ont pas convaincus que les méthodologies qu’elles proposaient devaient être utilisées pour recalculer les redevances payables à la SOCAN ou à Ré:Sonne.

[210] Reste la question de l’utilisation de musique. La preuve présentée à l’audience indique que cette utilisation a augmenté de 6 à 6,5 pour cent depuis 2005. Ces chiffres cadrent avec la conclusion formulée par la Commission en 2005 selon laquelle l’augmentation de

from the Erin music study represents a minimum for any increase on this account. An adjustment of 13 per cent or more might better reflect the actual increase in music use.⁷⁰

[211] Having said that, the evidence does not establish whether this is a sufficiently permanent trend to warrant a permanent adjustment in the rate. Consequently, and again in the interest of stability, we will not adjust the SOCAN and Re:Sound rates.

SOCAN and Re:Sound Rates

[212] SOCAN and Re:Sound proposed the status quo, subject to an adjustment to account for an increase in music use. For the reasons we have just stated, we opt for the status quo. Consequently, for SOCAN, the effective rate for large stations will remain at 4.2 per cent, and the rate for low music use stations at 1.5 per cent.

[213] Currently, radio stations pay SOCAN 3.2 per cent on revenues not exceeding \$1.25 million. SOCAN wants to abandon this lower rate, which the CAB would maintain. In support of its position, the CAB submitted evidence that continues to show that low revenue stations have negative profitability. It also requested that the \$1.25 million threshold be indexed to inflation.

[214] Lower rates for lower-revenue stations remain justified for the reasons given in 2005.⁷¹ As the Board did in 2005, and to maintain the effective SOCAN rate at approximately 4.2 per cent, we certify for SOCAN a rate of 3.2 per cent on the first \$1.25 million of annual revenues and of 4.4 per cent on the rest.

l'utilisation de la musique de « 10,6 pour cent que Ré:Sonne infère de l'étude Erin représente un minimum pour toute augmentation à cet égard. Un rajustement de 13 pour cent ou plus pourrait peut-être mieux refléter la véritable augmentation de l'utilisation de musique. »⁷⁰

[211] Cela dit, la preuve n'établit pas que la tendance est assez persistante pour justifier un rajustement permanent du taux. Par conséquent, et réaffirmant notre souci de maintenir la stabilité, nous ne rajusterons pas les taux de la SOCAN et de Ré:Sonne.

Taux de la SOCAN et de Ré:Sonne

[212] La SOCAN et Ré:Sonne ont proposé le statu quo, sous réserve d'un rajustement pour tenir compte d'une augmentation de l'utilisation de musique. Pour les raisons que nous venons de mentionner, nous optons pour le statu quo. Par conséquent, dans le cas de la SOCAN, le taux effectif demeurera à 4,2 pour cent pour les grandes stations et le taux applicable aux stations utilisant peu de musique demeurera à 1,5 pour cent.

[213] Actuellement, les stations de radio paient à la SOCAN 3,2 pour cent sur les revenus ne dépassant pas 1,25 million de dollars. La SOCAN veut abandonner ce taux plus bas, que l'ACR conserverait. À l'appui de sa thèse, l'ACR a présenté des données qui continuent de montrer que les stations à faible revenu ont une rentabilité négative. Elle a aussi demandé que le seuil de 1,25 million de dollars soit indexé en fonction de l'inflation.

[214] Les taux plus bas pour les stations à faible revenu demeurent justifiés pour les motifs donnés en 2005.⁷¹ Comme la Commission l'a fait en 2005, et pour maintenir le taux effectif de la SOCAN à 4,2 pour cent environ, nous homologuons pour la SOCAN un taux de 3,2 pour cent sur la première tranche de 1,25 million de dollars de revenus annuels et un taux de 4,4 pour cent sur le reste.

[215] The rates for Re:Sound remain at 1.44 per cent on the first \$1.25 million of annual revenues and at 2.1 per cent on the rest. The rate of 0.75 per cent applies to low music use stations. These rates are based on the finding that 50 per cent of all sound recordings played by radio stations are part of Re:Sound's repertoire, a proportion agreed upon by Re:Sound and the CAB.

[216] The Re:Sound rates remain subject to subparagraph 68.1(1)(a)(i) of the *Act* which sets the amount broadcasters pay on the first \$1.25 million of advertising revenues at \$100 per year.

CSI

[217] CSI argues that it should continue to receive 31.25 per cent ($1 \div 3.2$) of SOCAN's rate, adjusted to reflect a 6.7 per cent increase in the use of music and to account for the fact that CSI's repertoire represents 90 per cent of commercial radio air play. This results in a rate of 1.32 per cent.

[218] The CAB uses essentially the same approach, except that it uses its proposed rate of 2.9 as a starting point, makes no adjustment for increased music use and applies a repertoire adjustment of 80 per cent. The CAB also reduces the rate by a further 50 per cent to account for its argument that when a radio station uses a MDS to acquire digital files of music, no "material" reproductions are involved and as a result, the reproduction right is used at best for purely ancillary purposes. The final result is a rate of 0.37 per cent.

[219] We use the same methodology as the parties and use the SOCAN rate as the starting point to establish the CSI rate.

[215] Les taux de Ré:Sonne demeurent à 1,44 pour cent sur la première tranche de 1,25 million de dollars de revenus annuels et à 2,1 pour cent sur le reste. Un taux de 0,75 pour cent s'applique aux stations utilisant peu de musique. Ces taux sont fondés sur la conclusion selon laquelle 50 pour cent des enregistrements sonores joués par les stations de radio figurent dans le répertoire de Ré:Sonne, une proportion sur laquelle s'entendent Ré:Sonne et l'ACR.

[216] Les taux de Ré:Sonne demeurent assujettis au sous-alinéa 68.1(1)a)(i) de la *Loi* qui fixe le montant que les radiodiffuseurs paient sur la première tranche de 1,25 million de dollars de recettes publicitaires à 100 \$ par année.

CSI

[217] CSI soutient qu'elle devrait continuer de recevoir 31,25 pour cent ($1 \div 3,2$) du taux de la SOCAN, rajusté pour tenir compte d'une augmentation de 6,7 pour cent de l'utilisation de musique et du fait que son répertoire représente 90 pour cent du temps d'antenne à la radio commerciale, ce qui donne un taux de 1,32 pour cent.

[218] L'ACR utilise essentiellement la même approche, mais utilise le taux de 2,9 qu'elle propose comme point de départ, ne fait aucun rajustement pour tenir compte de l'utilisation accrue de musique et applique un ajustement de répertoire de 80 pour cent. L'ACR réduit également le taux de moitié pour donner suite à son argument selon lequel lorsqu'une station de radio utilise un service SDMN pour faire l'acquisition de fichiers de musique numériques, aucune reproduction « matérielle » n'entre en jeu et, par conséquent, le droit de reproduction est utilisé tout au plus à des fins purement accessoires. Le résultat final est un taux de 0,37 pour cent.

[219] Nous utilisons la même méthodologie que les parties et prenons le taux de la SOCAN comme point de départ pour établir le taux CSI.

[220] When the existing CSI rate was set at 1 per cent before repertoire adjustment, the SOCAN rate was 3.2 per cent. The 1 to 3.2 ratio was never used as such; it resulted from the approach taken in 2003, by which the Board arrived at a rate of 1 per cent. The SOCAN rate has now increased to 4.4 per cent. Therefore, we should reevaluate whether to use the same ratio as before.

[221] The SOCAN rate was increased based on three factors: higher music use, higher historical value of music and higher efficiency of the use of music in generating advertising revenues. Both the communication and the reproduction rights are used by radio stations to generate higher advertising revenues arising from the higher value of music. It would be inconsistent for us to change the relative value of both rights when such a fundamental factor as the value of music affects both rights.

[222] In *CSI – Commercial Radio (2003)*,⁷² the Board found that new broadcasting technology meant lower costs for radio stations and that music reproduction on a hard drive allowed stations to optimize their broadcasting efficiencies. The evidence presented on both sides in this instance confirms that reproduction technologies allow stations to increase their efficiency and profitability.

[223] Therefore, all three factors justifying an increase in the SOCAN rate apply to CSI. CSI's repertoire remains as undervalued as SOCAN's repertoire was. A music use increase permanent enough to trigger a SOCAN rate increase should do the same for the CSI rate, as should efficiencies such as those described in 2005. We therefore apply the 1 to 3.2 ratio to the SOCAN rate of 4.4 per cent and establish a rate of 1.375 per cent for CSI.

[220] Lorsque le taux CSI actuel a été fixé à 1 pour cent avant l'ajustement de répertoire, le taux de la SOCAN était de 3,2 pour cent. Le rapport de 1 à 3,2 n'a jamais été utilisé comme tel. Il a découlé de l'approche adoptée en 2003, à partir de laquelle la Commission est arrivée à un taux de 1 pour cent. Le taux de la SOCAN a maintenant monté à 4,4 pour cent. Par conséquent, nous devrions réévaluer s'il y a lieu d'utiliser le même rapport qu'avant.

[221] Le taux de la SOCAN a été accru pour trois raisons : utilisation accrue de musique, valeur historique accrue de la musique et efficacité accrue de l'utilisation de musique pour générer des recettes publicitaires. Les stations de radio utilisent à la fois le droit de communication et le droit de reproduction pour tirer des recettes publicitaires accrues découlant de la valeur plus grande de la musique. Il serait incohérent de changer la valeur relative des deux droits lorsqu'un facteur aussi fondamental que la valeur de la musique influe sur les deux en même temps.

[222] Dans *CSI – Radio commerciale (2003)*,⁷² la Commission a déterminé que la nouvelle technologie de radiodiffusion faisait baisser les coûts des stations de radio et que la reproduction musicale sur disque dur permettait aux stations d'optimiser leur efficacité radiophonique. La preuve présentée des deux côtés en l'espèce confirme que les technologies de reproduction permettent aux stations d'accroître leur efficacité et leur rentabilité.

[223] Par conséquent, les trois facteurs justifiant une augmentation du taux de la SOCAN s'appliquent à CSI. Le répertoire de CSI demeure aussi sous-évalué que celui de la SOCAN l'était. Une augmentation de l'utilisation de musique suffisamment permanente pour produire une augmentation du taux de la SOCAN devrait faire la même chose au taux CSI, tout comme devraient aussi le faire des gains d'efficacité comme ceux décrits en 2005. Nous appliquons donc le rapport de 1 à 3,2 au taux de la SOCAN de 4,4 pour cent et établissons un taux de 1,375 pour cent pour CSI.

[224] For the reasons given in considering the same adjustment for SOCAN, we decline to further adjust the CSI rate to reflect any increase in music use since 2005.

[225] That leaves the repertoire adjustment. CSI's analysis demonstrates that its repertoire currently represents 89.52 per cent of the plays of musical works. SRG, having reviewed this analysis for the CAB, identified a number of concerns with respect to three issues: first, the possible over representation of musical plays for the station for which the Broadcast Data Systems (BDS) data was used; second, the possible duplication of some radio stations; and third, completeness of the BDS data. As a result, the CAB argued that the Board should make the repertoire adjustment using data from earlier decisions. CSI replied there is no over representation because of the weighting process, and there is no reason to believe that the reliance on the BDS data is problematic, since this data is widely recognized and used, including in some of the documents filed by the CAB.

[226] We accept CSI's analysis. In 2003, the Board expected the level of representation of CSI's repertoire to increase as additional rights were assigned to it. The evidence that radio broadcasters use CSI's repertoire for 90 per cent of air play is consistent with this expectation. The application of this repertoire adjustment to the 1.375 rate results in a final CSI rate of 1.238 per cent for revenues above \$1.25 million.

[227] The last certified CSI tariff applied different rates to revenues not exceeding \$625,000, above \$625,000 but not exceeding \$1.25 million, and above \$1.25 million. CSI

[224] Pour les raisons que nous avons données lorsque nous avons examiné la possibilité d'apporter le même rajustement dans le cas de la SOCAN, nous refusons de rajuster davantage le taux CSI pour refléter l'augmentation de l'utilisation de musique depuis 2005.

[225] Reste la question de l'ajustement de répertoire. L'analyse que CSI a faite montre que ce répertoire représente actuellement 89,52 pour cent du temps d'antenne des œuvres musicales. Après avoir examiné cette analyse pour l'ACR, SRG a relevé certains problèmes concernant les trois questions suivantes : premièrement, la surreprésentation possible des œuvres musicales jouées dans le cas des stations pour lesquelles les données BDS (Broadcast Data Systems) ont été utilisées; deuxièmement, la possibilité de double comptage de certaines stations; troisièmement, l'exhaustivité des données BDS. Par conséquent, l'ACR a soutenu que la Commission devrait calculer l'ajustement de répertoire en utilisant les données des décisions antérieures. CSI a répondu qu'il n'y a pas de surreprésentation à cause du processus de pondération et qu'il n'y a aucune raison de croire que l'utilisation des données BDS pose problème étant donné qu'elles sont largement reconnues et largement utilisées, y compris dans certains des documents déposés par l'ACR.

[226] Nous acceptons l'analyse de CSI. En 2003, la Commission s'attendait à ce que le degré de représentation du répertoire CSI augmente au fur et à mesure qu'on lui confierait la gestion d'autres droits. La preuve selon laquelle les radiodiffuseurs utilisent le répertoire CSI dans 90 pour cent du temps d'antenne est compatible avec cette attente. L'application de cet ajustement de répertoire au taux de 1,375 produit un taux CSI final de 1,238 pour cent sur les revenus qui excèdent 1,25 million de dollars.

[227] Le dernier tarif CSI homologué appliquait des taux différents pour les revenus ne dépassant pas 625 000 \$, pour les revenus supérieurs à 625 000 \$ mais ne dépassant pas 1,25 million de

proposes only one lower rate for revenues not exceeding \$1.25 million, as is the case for SOCAN. The CAB objects to this on the basis that this would result in an implicit rate increase, but does not propose any alternative or specific methodology or rate.

[228] CSI's proposal is for both an implicit and explicit increase. The removal of a lower revenue rate category constitutes an implicit rate increase, and CSI's proposal also increases the rate to apply to both lower revenues categories. When the Board increased both SOCAN and Re:Sound rates, the rates were actually increased only on revenues above \$1.25 million. Both SOCAN and Re:Sound rates remained unchanged for revenues not exceeding \$1.25 million. We will therefore apply the same principle to CSI.

[229] The last certified CSI rates were 0.27 and 0.53 per cent for revenues not exceeding \$625,000 and those above \$625,000 but not exceeding \$1.25 million, respectively. Removing the repertoire adjustment of 80 per cent done at the time leads to unadjusted rates of 0.338 and 0.663 per cent. We leave these unadjusted rates unchanged. The new, adjusted rates are obtained by applying a repertoire adjustment of 90 per cent. The new rates we certify for the lower revenues are therefore 0.304 and 0.597 per cent.

[230] Setting a single, lower rate for CSI on revenues not exceeding \$1.25 million would help simplify tariff administration. However, there is no simple way of achieving this without implicitly increasing or decreasing the rate on lower revenues. Setting a single rate at 0.45, the average between the rates of 0.3 and 0.6 per cent, increases royalties for all very low revenue

dollars, et pour ceux dépassant 1,25 million de dollars. CSI propose un seul taux plus bas pour tous les revenus ne dépassant pas 1,25 million de dollars, comme dans le cas de la SOCAN. L'ACR s'oppose à cette proposition au motif qu'il en découlerait une augmentation implicite des taux, mais ne propose ni de méthodologie, ni de taux précis ou de rechange.

[228] CSI propose une augmentation tant implicite qu'explicite. L'élimination d'une catégorie de taux dans les tranches de revenus inférieurs constitue une augmentation implicite et la proposition de CSI augmente aussi le taux applicable aux deux catégories de revenus inférieurs. Lorsque la Commission a accru le taux de la SOCAN et le taux de Ré:Sonne, les taux ont en réalité augmenté uniquement sur les revenus excédant 1,25 million de dollars. Le taux de la SOCAN et celui de Ré:Sonne sont demeurés les mêmes pour les revenus ne dépassant pas 1,25 million de dollars. Nous appliquerons donc le même principe à CSI.

[229] Les derniers taux CSI homologués étaient de 0,27 et 0,53 pour cent pour les revenus ne dépassant pas 625 000 \$ et ceux plus élevés que 625 000 \$ mais ne dépassant pas 1,25 million de dollars respectivement. L'élimination de l'ajustement de répertoire de 80 pour cent apporté à ce moment-là produit des taux non rajustés de 0,338 et 0,663 pour cent. Nous ne changeons pas ces taux non rajustés. Les nouveaux taux rajustés sont obtenus après application d'un ajustement de répertoire de 90 pour cent. Les nouveaux taux que nous homologuons pour les revenus moins élevés sont donc de 0,304 et 0,597 pour cent.

[230] La fixation d'un taux CSI unique plus bas sur les revenus ne dépassant pas 1,25 million de dollars aiderait à simplifier l'administration du tarif. Toutefois, il n'y a pas de façon simple d'y arriver sans augmenter ou diminuer implicitement le taux sur les revenus moins élevés. La fixation d'un taux unique de 0,45, soit la moyenne entre 0,3 et 0,6 pour cent, fait augmenter les

stations. Setting a single rate at 0.3 would decrease royalties for all stations with revenues above \$625,000 but not exceeding \$1.25 million. We thus prefer for now to remain with the current structure for CSI.

[231] We see no reason to consider a lower rate for radio stations that use a MDS. As stated earlier, downloading audio files from a MDS involves reproductions that are protected by copyright. A reproduction made using a MDS server is not different at law from a reproduction ripped from a physical CD, and has the same value for the broadcasters.

[232] For low music use stations, CSI proposes to apply the 1 to 3.2 ratio to the SOCAN rate of 1.4 per cent that existed for low music use stations prior to the 2005 decision. This results in a rate of 0.44. CSI then applies the adjustment the Board made to the SOCAN rate in 2005 that resulted in a 1.5 per cent low-use rate, to obtain 0.47 per cent. A final repertoire adjustment of 0.9 results in a final rate to 0.42 per cent. The CAB proposes to use the current discount of about 44 per cent to obtain the low-use rate. The CAB's methodology imposes an implicit increase that was not applied to SOCAN.

[233] In 2005, the Board did not increase the low-use rate to account for higher music use or for additional music efficiencies. The SOCAN low-use rate was only increased by 10 per cent, to account for the historical undervaluation of music. This 10 per cent increase will be applied in this case in the following manner:

(a) The last certified low-use rates for CSI are 0.12, 0.23 and 0.35 per cent, respectively, for

redevances pour toutes les stations à très faible revenu, tandis que la fixation d'un taux unique de 0,3 ferait diminuer les redevances pour toutes les stations dont les revenus sont plus élevés que 625 000 \$ mais ne dépassant pas 1,25 million de dollars. Nous préférons donc pour l'instant maintenir la structure actuelle pour CSI.

[231] Nous ne voyons aucune raison d'envisager un taux moins élevé pour les stations qui utilisent un SDMN. Comme nous l'avons déjà dit, le téléchargement de fichiers audio à partir d'un SDMN fait intervenir des reproductions protégées par le droit d'auteur. Une reproduction faite à partir d'un serveur SDMN n'est pas différente en droit d'une reproduction tirée d'un CD physique et a la même valeur pour les radiodiffuseurs.

[232] Pour les stations utilisant peu de musique, CSI propose d'appliquer le rapport de 1 à 3,2 au taux de la SOCAN de 1,4 pour cent qui existait pour les stations utilisant peu de musique avant la décision de 2005. Cela donne un taux de 0,44. CSI applique ensuite le rajustement que la Commission a apporté au taux de la SOCAN en 2005 qui a produit un taux de faible utilisation de 1,5 pour cent pour obtenir 0,47 pour cent. Un ajustement de répertoire final de 0,9 produit un taux final de 0,42 pour cent. L'ACR propose d'utiliser l'escompte actuel d'à peu près 44 pour cent pour obtenir le taux de faible utilisation, ce qui impose une augmentation implicite qui n'a pas été appliquée à la SOCAN.

[233] En 2005, la Commission n'a pas augmenté le taux de faible utilisation pour tenir compte de l'augmentation de l'utilisation de musique ou d'autres gains d'efficacité découlant de son utilisation. Le taux de faible utilisation de la SOCAN n'a donc été augmenté que de 10 pour cent pour tenir compte de la sous-évaluation historique de la musique. Cette augmentation de 10 pour cent sera appliquée en l'espèce de la façon suivante :

a) Les derniers taux de faible utilisation homologués pour CSI sont de 0,12, 0,23 et

revenues not exceeding \$625,000, above \$625,000 but not exceeding \$1.25 million, and above \$1.25 million. These rates, uncorrected for the repertoire, are 0.150, 0.288 and 0.438, respectively;

0,35 pour cent respectivement pour les revenus ne dépassant pas 625 000 \$, les revenus plus élevés que 625 000 \$ mais ne dépassant pas 1,25 million de dollars, et pour ceux dépassant 1,25 million de dollars. Non corrigés en fonction du répertoire, ces taux sont de 0,150, 0,288 et 0,438 respectivement.

(b) The 10 per cent increase applies to the higher of these rates, resulting in 0.482 per cent;

b) L'augmentation de 10 pour cent s'applique au plus élevé de ces taux, ce qui donne 0,482 pour cent.

(c) The other two rates are left unchanged, in line with the 2005 decision of leaving rate unchanged for low-tier revenues.

c) Les deux autres taux demeurent les mêmes, en conformité avec la décision de 2005 de ne pas changer les taux pour les revenus de la tranche inférieure.

[234] The repertoire adjustment of 0.9 results in final rates of 0.135, 0.259 and 0.434 per cent, which we certify for low-use stations.

[234] L'ajustement de répertoire de 0,9 pour cent produit des taux finaux de 0,135, 0,259 et 0,434 pour cent, que nous homologuons pour les stations utilisant peu de musique.

ArtistI

ArtistI

[235] ArtistI proposed as a starting point the unadjusted rate of 1.47 per cent proposed by CSI. It then increased that rate to account for the difference in authors' and performers' revenues in the CD market. According to ArtistI, authors receive \$1.14 per CD reproduced, while performers receive \$1.88 or more. The resulting ratio is 1.65 ($1.88 \div 1.14$) which, when applied to the starting rate of 1.47 per cent, leads ArtistI to propose a rate of 2.43 per cent (1.65×1.47).

[235] ArtistI proposait comme point de départ le taux non rajusté de 1,47 pour cent proposé par CSI. Elle a ensuite accru ce taux pour tenir compte de la différence entre les revenus des auteurs et ceux des artistes-interprètes dans le marché des CD. Selon ArtistI, les auteurs reçoivent 1,14 \$ par CD reproduit et les artistes-interprètes, 1,88 \$ ou plus. Le rapport qui en découle est de 1,65 ($1,88 \div 1,14$), lequel, appliqué au taux de départ de 1,47 pour cent, amène ArtistI à proposer un taux de 2,43 pour cent ($1,65 \times 1,47$).

[236] The CAB challenges ArtistI's approach on two fronts. First, since the Board has ruled that performing rights in sound recordings are worth the same as in musical works, the same should be true of the reproduction right. Second, ArtistI's data overstates payments to performers arising from retail sales.

[236] L'ACR conteste la méthodologie d'ArtistI sur deux plans. Premièrement, comme la Commission a statué que les droits d'exécution ont la même valeur sur les enregistrements sonores que sur les œuvres musicales, la même chose devrait s'appliquer au droit de reproduction. Deuxièmement, les données d'ArtistI surestiment les versements découlant des ventes au détail qui sont faits aux artistes-interprètes.

[237] In this instance, we have ruled, consistent with earlier decisions of the Board, that all things being equal, SOCAN's and Re:Sound's repertoires are worth the same. The CAB proposes that we use that same principle in setting the combined rate for AVLA/SOPROQ and for ArtistI. The CAB also proposes that we attribute equal values for the reproduction rights of makers and performers. Since the CAB proposes a rate (unadjusted for repertoire) of 0.91 per cent for CSI, ArtistI should receive 0.45 per cent.

[238] ArtistI argues that, similarly to what the Board has done in private copying, the value of the performer's reproduction right should be higher than that of authors, reflecting the relative remuneration that can be observed in the CD market. We do not agree. The CD market is clearly a relevant proxy for private copying. The private copying regime in fact, exists precisely because it is a substitute for the CD market, which it could tend to replace. In addition, the basis for valuing the private copying tariffs is the value to the consumer, for which the physical CD market is a good proxy. Such is not the case in this instance. We are setting the relative value of the reproduction right of both makers and performers in the broadcasting industry. The basis for the valuation of these rates is the value that the use of the rights generates for radio stations, which is unrelated to the amounts performers receive in the CD market.⁷³

[239] We agree with the CAB's basic methodology, and believe that, as is the case for the communication right, the value to radio stations of the reproduction right of musical works is equal to that of the sound recording, which encompasses both the maker's and the performer's reproduction right.

[237] Dans la présente instance, nous avons décidé, conformément aux décisions antérieures de la Commission, que, toutes choses étant égales par ailleurs, les répertoires de la SOCAN et de Ré:Sonne valent la même chose. L'ACR propose que nous utilisions le même principe pour fixer le taux combiné de AVLA/SOPROQ et d'ArtistI. L'ACR propose également que nous attribuions des valeurs égales aux droits de reproduction des producteurs et des artistes-interprètes. Comme l'ACR propose un taux (non ajusté en fonction du répertoire) de 0,91 pour cent pour CSI, ArtistI devrait recevoir 0,45 pour cent.

[238] ArtistI soutient que, comme la Commission l'a fait dans le cas de la copie privée, la valeur du droit de reproduction de l'artiste-interprète devrait être plus grande que celle du droit de reproduction de l'auteur, étant donné la rémunération relative qui peut être observée dans le marché du CD. Nous ne sommes pas d'accord. Le marché du CD est clairement une référence pertinente pour la copie privée. En fait, le marché de la copie privée existe précisément parce qu'il est un substitut du marché du CD, qu'il pourrait tendre à remplacer. De plus, la base qui sert à établir les tarifs de copie privée est la valeur au consommateur, pour laquelle le marché du CD physique est une bonne référence. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Nous cherchons plutôt à établir la valeur relative des droits de reproduction du producteur et de l'artiste-interprète dans l'industrie de la radiodiffusion. La base pour l'évaluation de ces taux est la valeur que l'utilisation des droits génère pour les stations de radio, ce qui n'a rien à voir avec les montants que les interprètes reçoivent dans le marché du CD.⁷³

[239] Nous acceptons la méthodologie de base de l'ACR. Nous croyons que, comme c'est le cas pour le droit de communication, la valeur du droit de reproduction des œuvres musicales pour les stations de radio est égale à la valeur du même droit pour les enregistrements sonores, ce qui comprend les droits de reproduction du producteur et de l'artiste-interprète.

[240] Having established a repertoire-unadjusted rate of 1.375 per cent for CSI, we use that rate to determine the value of the other elements contained in a sound recording: the performers' performances and the recording itself. Therefore, the starting point for each is 0.688 per cent.

[241] ArtistI contends that it would administer 6.9 per cent of the repertoire if all its members had assigned to it their 15(1)(b)(ii) right. Moreover, the evidence presented by ArtistI showed that as the number of assignments rises, so does the use of its repertoire by commercial radio stations, which increased from 3.6 per cent to 5.6 per cent from September to the end of November 2008.

[242] ArtistI's tariff commences in 2009 and for this reason, it is appropriate to use the most recent data. However, while it may be that ArtistI has the potential to attain a repertoire of 6.9 per cent of performances reproduced by radio stations, we have no evidence indicating that ArtistI will represent such use of their repertoire during the duration of this tariff. We therefore apply the 5.6 per cent adjustment to the 0.688 rate to obtain 0.039 per cent.

[243] ArtistI's figures on repertoire use suppose that all its members own the 15(1)(b)(ii) right in all of their performances. We concluded earlier on that this is correct in respect of performances governed by the UDA collective agreement, but not of performances governed by the *Guilde* collective agreement. ArtistI filed evidence in this regard, at the request of the Board. Even though ArtistI itself recognizes the weaknesses of this evidence, it nevertheless allows us to estimate that approximately 40 per cent of ArtistI's members are also subject to the *Guilde* collective agreement. This number is arrived at by calculating the proportion of all ArtistI's members that are *chefs d'orchestre, musiciens accompagnateurs* or *musiciens solistes*. Removing this proportion leads to a rate of

[240] Ayant établi un taux non rajusté en fonction du répertoire de 1,375 pour cent pour CSI, nous utilisons ce taux pour déterminer la valeur des autres éléments contenus dans un enregistrement sonore, soit les prestations et l'enregistrement proprement dit. Par conséquent, le point de départ pour chaque élément est de 0,688 pour cent.

[241] ArtistI soutient qu'elle administrerait 6,9 pour cent du répertoire si tous ses membres lui avaient cédé leurs droits de 15(1)(b)(ii). De plus, selon la preuve présentée par ArtistI, l'augmentation du nombre de cessions se traduit par une utilisation accrue de son répertoire par les stations de radio commerciale, laquelle utilisation est passée de 3,6 pour cent à 5,6 pour cent entre septembre et la fin de novembre 2008.

[242] Le tarif d'ArtistI prend effet en 2009 et pour cette raison, il convient d'utiliser les données les plus récentes. Toutefois, même si ArtistI peut en théorie obtenir un répertoire qui représente 6,9 pour cent des prestations reproduites par les stations de radio, rien n'indique qu'elle représentera une telle utilisation de son répertoire pendant la durée du présent tarif. Nous appliquons donc un rajustement de 5,6 pour cent au taux de 0,688 pour obtenir un taux de 0,039 pour cent.

[243] Les chiffres d'ArtistI sur l'utilisation de son répertoire supposent que tous ses membres détiennent le droit de 15(1)(b)(ii) sur toutes leurs prestations. Nous avons conclu précédemment à cet égard que cette supposition est exacte dans le cas des prestations régies par l'entente collective de l'UDA, mais non dans le cas des prestations régies par l'entente collective de la *Guilde*. ArtistI a déposé des éléments de preuve à cet égard, à la demande de la Commission. S'il est vrai qu'ArtistI reconnaît elle-même la faiblesse de sa preuve, celle-ci nous permet néanmoins d'estimer qu'environ 40 pour cent des membres d'ArtistI sont aussi assujettis à l'entente collective de la *Guilde*. Nous arrivons à ce nombre en calculant la proportion des membres d'ArtistI qui sont chefs d'orchestre, musiciens-

0.023 per cent (0.039×0.6). Ideally, we should have reopened the matter to ask all the parties to comment on the approach we are using to segregate performances that are in ArtistI's repertoire from those that are not. We decided against this for two reasons. First, the correction has no impact on the total amount of royalties paid by broadcasters. What is not due to ArtistI goes to AVLA/SOPROQ. Second, the amounts involved are simply too small to necessitate any length of debate on whether a better approximation can be made at this time: we leave the matter to the next hearings.

[244] We have used the CSI rate as the proxy to determine ArtistI's main rate. We intend to do the same for setting the rates for revenues not exceeding \$1.25 million and for low music use stations. The repertoire-unadjusted CSI rates for revenues not exceeding \$625,000 and above \$625,000 but not exceeding \$1.25 million are 0.338 and 0.663 per cent, respectively. Starting from those rates, we bring an adjustment to account only for the performers' share (divided by 2), for the repertoire (multiplied by 0.056) and for the proportion of performers that are members of the Guilde (multiplied by 0.6). The final rates are 0.006 and 0.011 per cent, respectively.

[245] CSI's repertoire-unadjusted rates for low music use stations are 0.15, 0.288 and 0.482 per cent for revenues not exceeding \$625,000, exceeding \$625,000 but not over \$1.25 million and above \$1.25 million, respectively. Applying the adjustments described in the preceding paragraph leads to final rates of 0.003, 0.005 and 0.008 per cent, respectively.

accompagnateurs ou musiciens-solistes. L'élimination de cette proportion produit un taux de 0,023 pour cent ($0,039 \times 0,6$). Idéalement, nous aurions dû rouvrir le dossier pour demander aux parties de donner leur avis sur l'approche que nous utilisons pour distinguer les prestations qui sont dans le répertoire d'ArtistI de celles qui ne le sont pas. Nous avons décidé de ne pas le faire pour deux raisons. Premièrement, la correction n'a pas d'effet sur le montant total des redevances payées par les radiodiffuseurs : ce qu'ils ne versent pas à ArtistI revient à AVLA/SOPROQ. Deuxièmement, les montants en jeu sont tout simplement trop modestes pour justifier l'utilité d'un quelconque débat sur l'opportunité de faire une meilleure approximation à ce moment-ci. On y reviendra lors de prochaines audiences.

[244] Nous avons utilisé le taux CSI comme référence pour déterminer le taux principal d'ArtistI. Nous entendons faire la même chose pour fixer les taux pour les revenus n'excédant pas 1,25 million de dollars et pour les stations utilisant peu de musique. Les taux CSI, avant ajustement de répertoire, pour les revenus n'excédant pas 625 000 \$ et ceux supérieurs à 625 000 \$ mais n'excédant pas 1,25 million de dollars sont de 0,338 et 0,663 pour cent, respectivement. À ces taux utilisés comme point de départ, nous apportons un rajustement pour tenir compte de la part des artistes-interprètes uniquement (taux divisé par 2), pour tenir compte du répertoire (taux multiplié par 0,056) et pour tenir compte de la proportion des interprètes qui sont membres de la Guilde (taux multiplié par 0,6), ce qui donne des taux finaux de 0,006 et 0,011 pour cent, respectivement.

[245] Les taux CSI, avant ajustement de répertoire, applicables aux stations utilisant peu de musique sont de 0,15, 0,288 et 0,482 pour cent respectivement dans le cas des revenus n'excédant pas 625 000 \$, des revenus supérieurs à 625 000 \$ mais n'excédant pas 1,25 million de dollars, et ceux excédant 1,25 million de dollars. L'application des rajustements décrits dans le paragraphe précédent produit des taux finaux de 0,003, 0,005 et 0,008 pour cent, respectivement.

[246] The CAB contends that the ArtistI tariff should be payable only by French language stations and that a nominal ArtistI rate should be set for English language stations to reflect the possibility of occasional repertoire use. We disagree with the CAB for the following reasons. First, the repertoire adjustment is based on a survey that included both French and English language stations. The adjustment thus already takes into account the fact that the use of ArtistI's repertoire by English language stations is low. Second, stations not using ArtistI's repertoire do not have to pay royalties to ArtistI. Third, ArtistI's rate is already minimal and a nominal rate to reflect the possibility of occasional repertoire use would be insignificant.

AVLA/SOPROQ

[247] AVLA/SOPROQ offered two approaches to justify its proposed tariff of 4 per cent: we rejected both.

[248] AVLA/SOPROQ represents makers of sound recordings. For the reasons we just set out, the starting point for makers should be the same as for performers, 0.688 per cent.

[249] A correction must be made to account for the fact that services such as DMDS, acting as the makers' agent, authorize subscribers to make the initial reproduction of the sound recordings they download from the service. AVLA/SOPROQ should not be paid for those copies.

[250] The technical experts called by AVLA/SOPROQ and the CAB provided detailed descriptions of how the various reproductions take place at various stages in the broadcasters' operations. The survey prepared by SRG for the CAB also provides an evaluation of the quantitative importance of each type of

[246] L'ACR soutient que le tarif d'ArtistI devrait être payé uniquement par les stations françaises et qu'un taux nominal d'ArtistI devrait être fixé pour les stations anglaises pour refléter la possibilité d'une utilisation occasionnelle du répertoire. Nous ne sommes pas d'accord avec l'ACR pour les raisons suivantes. Premièrement, l'ajustement de répertoire est basé sur une étude qui portait sur des stations tant anglaises que françaises. L'ajustement tient donc déjà compte du fait que l'utilisation du répertoire d'ArtistI par les stations anglaises est faible. Deuxièmement, les stations qui n'utilisent pas le répertoire d'ArtistI n'ont pas besoin de payer de redevances à ArtistI. Troisièmement, le taux d'ArtistI est déjà minime et un taux nominal visant à refléter la possibilité d'une utilisation occasionnelle du répertoire serait négligeable.

AVLA/SOPROQ

[247] AVLA/SOPROQ a présenté deux approches pour justifier le tarif de 4 pour cent qu'elle propose : nous les avons rejetées toutes les deux.

[248] AVLA/SOPROQ représente des producteurs d'enregistrements sonores. Pour les motifs que nous venons d'exposer, le point de départ pour les producteurs devrait être le même que pour les artistes-interprètes, soit 0,688 pour cent.

[249] Une correction doit être apportée pour tenir compte du fait que les SDMN, en tant qu'agent du producteur, autorisent les abonnés à faire la première reproduction des enregistrements sonores qu'ils téléchargent du service. AVLA/SOPROQ ne devrait pas être payée pour ces copies.

[250] Les experts techniques appelés à témoigner par AVLA/SOPROQ et l'ACR ont décrit en détail la façon dont les diverses reproductions sont faites aux divers stades des activités des radiodiffuseurs. L'étude préparée par SRG pour le compte de l'ACR évalue aussi l'importance quantitative de chaque type de reproduction.

reproductions. According to SRG, an average of 4.9 songs per week are copied to the system by stations that add songs to their digital playback system. Of these additions, 2.8 songs come from DMDS, 0.8 from another electronic delivery system, and the rest from CDs or other sources.⁷⁴ A weekly average of 5 songs are transferred elsewhere, 3.4 copies are made for some specific purposes and 3.7 songs are edited for some specific purposes.⁷⁵ The total number of copies that radio stations make at this stage is on average, 17 per week.

[251] In addition, the report notes that almost all the stations surveyed back up some of their computer files, most on a daily basis. Finally, about half of the stations back up all the files each time while the other half back up only the files that have changed since the last back up.⁷⁶ If we assume, for stations that only back up the files that have changed, there is one relevant back up copy for every reproduction of musical files done during the week, we have a total of 34 reproductions in a week. This number is clearly a minimum because it will be much higher for stations that maintain more than one back up file, and for stations that back up all of the files each time.

[252] The total number of initial reproductions obtained through electronic delivery services is 3.6. The maximum discount that can be applied with respect to these copies is 10.6 per cent ($3.6 \div 34$). We have no evidence to permit us to measure precisely the relative importance of the digitally delivered, initial reproduction to the total number of music files that are being copied in a typical week, by reason that we do not know the total number of files copied each week. More importantly, the copies actually added to the playback system and used to broadcast music are more useful, and therefore more valuable than the initial, appraisal copies, some of which will never be used.

Selon SRG, 4,9 chansons sont copiées en moyenne par semaine par les stations qui ajoutent des chansons à leur système de lecture numérique. De ce nombre, 2,8 chansons viennent de DMDS, 0,8 d'un autre SDMN, et le reste, de CD ou d'autres sources.⁷⁴ En moyenne, chaque semaine, 5 chansons sont transférées ailleurs, 3,4 copies sont faites pour des raisons précises et 3,7 chansons sont éditées aussi pour des raisons précises.⁷⁵ Les stations de radio font en moyenne 17 copies au total par semaine à ce stade.

[251] De plus, le rapport signale que presque toutes les stations examinées font des copies de sauvegarde de certains fichiers informatiques, la plupart tous les jours. Enfin, à peu près la moitié des stations font des copies de sauvegarde de tous les fichiers chaque fois, tandis que les autres sauvegardent uniquement les fichiers modifiés depuis la dernière sauvegarde.⁷⁶ Si nous supposons, dans le cas des stations qui ne sauvegardent que les fichiers qui ont changé, qu'il y a une copie de sauvegarde pertinente pour chaque reproduction de fichier musical faite durant la semaine, nous avons au total 34 reproductions dans une semaine. Ce nombre est clairement un minimum parce qu'il sera beaucoup plus élevé dans le cas des stations qui conservent plus d'un fichier de sauvegarde et de celles qui sauvegardent tous les fichiers chaque fois.

[252] Au total, 3,6 reproductions initiales sont obtenues d'un SDMN. L'escompte maximal qui peut être appliqué à l'égard de ces copies est de 10,6 pour cent ($3,6 \div 34$). Aucune preuve ne nous permet de mesurer précisément l'importance relative de la reproduction initiale livrée par voie numérique par rapport au nombre total de fichiers musicaux qui sont copiés au cours d'une semaine normale parce que nous ne connaissons pas le nombre total de fichiers qui sont copiés chaque semaine. Qui plus est, les copies effectivement ajoutées au système de lecture et utilisées pour diffuser de la musique sont plus utiles et valent donc plus que les copies d'évaluation initiales, dont certaines ne seront jamais utilisées.

[253] In *Satellite Radio Services*, the Board made a similar adjustment to account for the fact that one service made assessment copies but no playback copies in Canada. The Board set the relative importance of the assessment copies at 5 per cent. In the absence of any contrary evidence, we use the same discount in this case for the MDS copies. In this instance, only 73 per cent ($3.6 \div 4.9$) of assessment copies are authorized by makers. This yields an adjustment of 3.7 per cent and an adjusted rate of 0.663 per cent (0.688×0.963).

[254] Here again, the CAB asked that this rate be reduced by half to account for the “non material” nature of MDS copies. For the reasons already given, we decline to do so.

[255] That leaves only the repertoire adjustment. AVLA/SOPROQ filed evidence that they represent 93.72 per cent of the sound recordings played by commercial radio stations which is uncontested by the CAB. This adjustment to the rate of 0.663 per cent, results in a final rate of 0.621 per cent.

[256] Makers who have secured the performers’ permission to exploit the sound recording in this market “own” as makers (and not as successors in title of performers) the economic value associated with the performance. The performance has an economic value whether a performer’s right attaches to it or whether that value is subsumed in the recording. That value must be accounted for in setting a rate for the repertoire of AVLA/SOPROQ. We have already concluded that, all things being equal, performers and makers should be paid the same. Given the nature of the evidence available to us, the simplest way to achieve this is to use the rate of 0.688 per cent as a starting point.

[253] Dans *Radio satellitaire*, la Commission a fait un rajustement semblable pour tenir compte du fait qu’un service faisait des copies d’évaluation, mais aucune copie de lecture au Canada. La Commission a déterminé que l’importance relative des copies d’évaluation était de 5 pour cent. À défaut de preuve contraire, nous utilisons le même escompte dans ce cas-ci pour les copies SDMN. En l’espèce, seulement 73 pour cent ($3,6 \div 4,9$) des copies d’évaluation sont autorisées par les producteurs, ce qui donne un rajustement de 3,7 pour cent et un taux rajusté de 0,663 pour cent ($0,688 \times 0,963$).

[254] L’ACR, cette fois encore, a demandé que ce taux soit réduit de moitié pour tenir compte de l’« immatérialité » des copies SDMN. Pour les raisons que nous avons déjà données, nous ne le ferons pas.

[255] Reste la question de l’ajustement de répertoire. AVLA/SOPROQ a déposé une preuve selon laquelle elle représente 93,72 pour cent des enregistrements sonores qui sont diffusées par les stations commerciales, ce que l’ACR ne conteste pas. L’ajustement au taux de 0,663 pour cent produit un taux final de 0,621 pour cent.

[256] C’est au producteur qui a obtenu de l’artiste-interprète l’autorisation d’exploiter l’enregistrement sonore dans ce marché qu’« appartient », en sa qualité de producteur (et non d’ayant droit de l’artiste), la valeur économique associée à la prestation. Cette dernière a une valeur économique, que cette valeur se rattache au droit de l’artiste-interprète ou qu’elle soit subsumée dans l’enregistrement. Cette valeur doit être prise en compte dans la fixation d’un taux pour le répertoire de AVLA/SOPROQ. Nous avons déjà conclu que, toutes choses étant égales par ailleurs, les artistes-interprètes et les producteurs devraient être payés au même taux. Compte tenu de la nature de la preuve dont nous disposons, la façon la plus simple d’arriver à ce résultat est d’utiliser le taux de 0,688 pour cent comme point de départ.

[257] First, we must remove what ArtistI receives on account of performances that are on AVLA/SOPROQ recordings, 0.023 percentage points. The result is 0.665 per cent.

[258] Second, we must remove performances on AVLA/SOPROQ recordings that are “owned” by other performers. According to the record of these proceedings, most producers outside Québec secure rights over the performance that are broad enough to include the reproductions targeted in these proceedings. The same is certainly true of American recordings, but may not be so of recordings made in some other countries. Absent any other evidence, we will assume that only 5 per cent of radio air play involves performances for which the reproduction right is still owned by the performer. The result is 0.632 per cent. That number must be adjusted for MDS copies and for repertoire. The result is 0.571 per cent. The final rate for AVLA/SOPROQ is therefore 1.192 per cent (0.621 + 0.571).

[259] We set the AVLA/SOPROQ rates for low income and low music use as we did for ArtistI. Starting from CSI’s low revenues rates of 0.338 and 0.663 per cent for revenues not exceeding \$625,000 and revenues above \$625,000 but not exceeding \$1.25 million, respectively, we account for the maker’s share (divided by 2), for the MDS copies (multiplied by 0.964) and for the repertoire (multiplied by 0.9372). The final rates are 0.153 and 0.299, respectively.

[260] To account for the value of performances “owned” by the maker, we again follow similar steps. The starting points are the same CSI’s low revenues rates of 0.338 and 0.663 per cent.

[257] Premièrement, nous devons soustraire ce qu’ArtistI reçoit au titre des prestations qui sont sur les enregistrements de AVLA/SOPROQ, soit 0,023 point de pourcentage. Reste 0,665 pour cent.

[258] Deuxièmement, nous devons soustraire les prestations incorporées aux enregistrements de AVLA/SOPROQ qui « appartiennent » à d’autres artistes-interprètes. Selon les éléments contenus au dossier de la présente instance, la plupart des producteurs ailleurs qu’au Québec obtiennent des droits sur la prestation qui sont suffisamment vastes pour inclure les reproductions visées en l’espèce. Il en va certainement de même des enregistrements américains, mais peut-être pas autant des enregistrements faits dans certains autres pays. Faute d’autre preuve, nous supposerons que seulement 5 pour cent du temps d’antenne comporte des prestations pour lesquelles le droit de reproduction appartient toujours à l’artiste-interprète. Notre résultat est de 0,632 pour cent. Ce nombre doit être rajusté en fonction des copies SDMN et du répertoire, de sorte que nous arrivons maintenant à un résultat de 0,571 pour cent. Le taux final pour AVLA/SOPROQ est donc 1,192 pour cent (0,621 + 0,571).

[259] Nous fixons les taux de AVLA/SOPROQ pour les tranches de revenus inférieurs et la faible utilisation de musique comme nous l’avons fait pour ArtistI. À partir des taux CSI de 0,338 et 0,663 pour cent respectivement pour les revenus n’excédant pas 625 000 \$ et ceux supérieurs à 625 000 \$ mais n’excédant pas 1,25 million de dollars, nous tenons compte de la part du producteur (taux divisé par 2), des copies SDMN (taux multiplié par 0,964) et du répertoire (taux multiplié par 0,9372), ce qui donne des taux finaux de 0,153 et 0,299, respectivement.

[260] Pour tenir compte des prestations dont la valeur revient au producteur, nous suivons à nouveau les mêmes étapes. Les points de départ sont les mêmes taux CSI de 0,338 et 0,663 pour

Taking only into account the performer's share (divided by 2), removing ArtistI's share (subtracting 0.023), the performances owned by other performers (multiplied by 0.95), the MDS copies (multiplied by 0.964) and adjusting for the repertoire (multiplied by 0.9372) leads to rates of 0.125 and 0.265, respectively. The final rates for lower revenues are thus 0.278 (0.153 + 0.125) and 0.564 (0.299 + 0.265) per cent for revenues not exceeding \$625,000 and revenues above \$625,000 but not exceeding \$1.25 million, respectively.

[261] The rates for low music use stations are set in the same way. The starting rates are CSI low music use rates, unadjusted for repertoire. The adjustments described in paragraph 259 lead to final "sound recording" rates of 0.068, 0.13 and 0.218 respectively for revenues not exceeding \$625,000, above \$625,000 but not exceeding \$1.25 million, and above \$1.25 million. The adjustments described in paragraph 260 lead to "performances" rates of 0.045, 0.104 and 0.187, respectively. The final low music use rates are 0.113 (0.068 + 0.045), 0.234 (0.13 + 0.104) and 0.405 (0.218 + 0.187), respectively.

[262] Our task would have been considerably simpler had all collectives representing performers and sound recording makers formed some sort of alliance for the purposes of these proceedings, as CMRRA and SODRAC (and others) have done in the past. That would have made it unnecessary for us to speculate on the content of individual recording deals based on the terms of boiler-plate contracts and on certain assumptions about the extent to which these agreements truly represent what occurs in the

cent qui s'appliquent aux tranches de revenus inférieurs. En tenant compte de la part de l'artiste-interprète uniquement (taux divisé par 2), en éliminant la part d'ArtistI (taux duquel on soustrait 0,023), en tenant compte des prestations appartenant à d'autres artistes-interprètes (taux multiplié par 0,95), des copies SDMN (taux multiplié par 0,964) et de l'ajustement de repertoire (taux multiplié par 0,9372), nous arrivons à des taux de 0,125 et 0,265 respectivement. Les taux finaux sont donc de 0,278 (0,153 + 0,125) pour cent dans le cas des revenus n'excédant pas 625 000 \$ et de 0,564 (0,299 + 0,265) pour cent dans le cas des revenus supérieurs à 625 000 \$ mais n'excédant pas 1,25 million de dollars.

[261] Les taux applicables aux stations utilisant peu de musique sont fixés de la même façon. Les taux de départ sont les taux CSI de faible utilisation de musique non rajustés en fonction du repertoire. Les rajustements décrits dans le paragraphe 259 donnent des taux « enregistrements » finaux de 0,068, 0,13 et 0,218 respectivement pour les revenus ne dépassant pas 625 000 \$, ceux supérieurs à 625 000 \$ mais ne dépassant pas 1,25 million de dollars, et ceux supérieurs à 1,25 million de dollars. Les rajustements décrits dans le paragraphe 260 donnent quant à eux des taux « prestations » de 0,045, 0,104 et 0,187, respectivement. Les taux finaux de faible utilisation de la musique sont 0,113 (0,068 + 0,045), 0,234 (0,13 + 0,104) et 0,405 (0,218 + 0,187), respectivement.

[262] Notre tâche aurait été considérablement simplifiée si toutes les sociétés de gestion représentant les artistes-interprètes et les producteurs avaient formé une alliance quelconque pour les besoins de l'espèce, tel que la CMRRA et la SODRAC (et d'autres) l'ont fait dans le passé. Nous n'aurions plus eu besoin d'émettre des hypothèses sur le contenu des contrats d'enregistrement individuels d'après les modalités des contrats types et sur la mesure dans laquelle ces ententes représentent vraiment

market. Had AVLA/SOPROQ, ArtistI, ACTRA/PRS and AFM presented a united front, these issues would have become largely irrelevant. We can understand the need for these collectives to get some legal and interpretive issues clarified before sitting at the same table. We can only hope that this decision may provide these clarifications.

Very Low Use Rate Category

[263] Some talk stations have a music use level that is lower than 5 per cent. The CAB submits that these stations pay more than their use of music justifies. It proposes the creation of a new, very low music category, at half the rate of low-use stations. The CAB contends stations can easily identify and measure production and other compensable music to determine if the 5 per cent threshold applies.

[264] Re:Sound argues that the administration of the tariff would be complicated with the addition of a new music use threshold. It submits that for a significant proportion of low-use stations, music use fluctuates above and below 5 per cent on a daily basis. SOCAN and CSI agree with Re:Sound.

[265] In 2005, the Board eliminated the talk category because of the difficulties associated with the administration of a “no music use” category. Although the administration cost of a “5 per cent” category might be lower, we agree with Re:Sound that they are not insignificant.

[266] There are just as many reasons (if not more) to create a very high music use category as there are to create one for very low music use.

ce qui se produit dans le marché. Si AVLA/SOPROQ, ArtistI, ACTRA/PRS et AFM avaient fait front commun, ces questions seraient devenues en grande partie sans pertinence. Nous pouvons comprendre que ces sociétés cherchent à obtenir des éclaircissements sur des questions juridiques et d’interprétation avant de s’asseoir à la même table. Nous pouvons seulement espérer que la présente décision apportera ces éclaircissements.

Taux de très faible utilisation de la musique

[263] Certaines stations à prépondérance verbale ont un niveau d’utilisation de la musique inférieur à 5 pour cent. L’ACR soutient que ces stations paient plus que leur utilisation de la musique ne le justifie. Elle propose la création d’une nouvelle catégorie pour la très faible utilisation de musique, pour laquelle le taux serait la moitié du taux applicable aux stations utilisant peu de musique. L’ACR allègue que les stations peuvent facilement identifier et mesurer la musique de production et la partie autre musique donnant droit à rémunération pour déterminer si le seuil de 5 pour cent s’applique.

[264] Ré:Sonne soutient que l’ajout d’un nouveau seuil d’utilisation de musique compliquerait l’administration du tarif. Elle fait valoir que l’utilisation de musique fluctue tous les jours au-dessus et en dessous du seuil de 5 pour cent dans une proportion importante des stations utilisant peu de musique. La SOCAN et CSI sont d’accord avec Ré:Sonne.

[265] En 2005, la Commission a éliminé la catégorie verbale à cause des difficultés associées à l’administration d’une catégorie « aucune utilisation de la musique ». Certes, le coût d’administration d’une catégorie « 5 pour cent » pourrait être plus faible, mais nous convenons avec Ré:Sonne qu’il n’est pas négligeable.

[266] Il y a autant de raisons (sinon plus) de créer une catégorie « très grande utilisation de la musique » que de créer une catégorie « très faible

This however would lead to an unduly complicated tariff. In certifying the current tariff, we have made decisions that tended to be consistent with the objective of harmonization and simplification of the tariffs as they relate to radio stations. Creating a very low-use category would go contrary to this objective and therefore, we will not do so.

Indexation of Tiers

[267] The CAB proposes that the revenue-tier levels be indexed to inflation starting in 2008. We will not do that. The *Act* sets at \$100 the amount stations pay Re:Sound on the first \$1.25 million of advertising revenues. The Re:Sound rate we certify adopts the same tier level of \$1.25 million to define the lower revenue tier to which the reduced rate would apply in the absence of this subsection in the *Act*. Indexing the limit of the category would *de facto* introduce a third rate category, between \$1.25 million and whatever indexed level we would set except for those few stations that may be able to segregate their advertising production revenues pursuant to *Astral (Appeal)*. This is contrary to our objective of simplification. In addition, because of the current low rate of inflation, any benefits this would provide to the broadcasters are very small. In this case, our position is that simplification in the administration of the tariffs should be our primary objective. This issue however should be reexamined from time to time as economic conditions evolve.

Rate Base

[268] The CAB proposes that advertising revenues, as defined in the *Regulations*, be used as the rate base for all tariffs, thus allowing radio stations to exclude the fair market value of production revenues from the rate base.

utilisation de la musique ». Cela mènerait toutefois à un tarif inutilement compliqué. En homologuant le tarif actuel, nous avons pris des décisions qui se voulaient compatibles avec l'objectif d'harmonisation et de simplification des tarifs afférents aux stations de radio. La création d'une catégorie « très faible utilisation de la musique » serait contraire à cet objectif et nous ne le ferons donc pas.

Indexation des tranches

[267] L'ACR propose que les seuils des tranches de revenu soient indexés en fonction de l'inflation à partir de 2008. Nous ne le ferons pas. La *Loi* fixe à 100 \$ le montant que les stations paient à Ré:Sonne sur la première tranche de 1,25 million de dollars de recettes publicitaires. Le taux de Ré:Sonne que nous homologuons utilise le même seuil de 1,25 million de dollars pour délimiter la tranche inférieure de revenu à laquelle le taux réduit s'appliquerait, en l'absence de ce paragraphe de la *Loi*. L'indexation de la limite de la catégorie introduirait *de facto* une troisième catégorie de taux, se situant entre 1,25 million de dollars et le niveau indexé que nous fixerions sauf pour les quelques stations qui pourraient être en mesure de ventiler leurs recettes de production publicitaire conformément à *Astral (Appel)*. Cette façon de faire est contraire à notre objectif de simplification. De plus, en raison du faible taux d'inflation actuel, les avantages qu'en tireraient les radiodiffuseurs seraient très minces. En l'espèce, nous sommes d'avis que la simplification de l'administration des tarifs devrait être notre premier objectif. Cette question devrait toutefois être réexaminée au fil de l'évolution des conditions économiques.

Assiette tarifaire

[268] L'ACR propose que les recettes publicitaires, telles qu'elles sont définies dans le *Règlement*, servent d'assiette tarifaire pour tous les tarifs, ce qui permettrait aux stations de radio d'exclure la juste valeur marchande des revenus de production de l'assiette tarifaire.

[269] SOCAN requests the Board reintroduce the definition of gross income that was in use until *Commercial Radio (2005)*. It also wants us to clarify that revenues pursuant to turn-key contracts are included in the rate base. SOCAN argues that, in any event, the revenues radio stations receive from turn-key contracts are revenues from the sale of air-time, not production services. SOCAN provided evidence that the change in the definition of “advertising revenues” could result in a significant decrease in the total royalties paid by broadcasters, close to 10 per cent.

[270] Re:Sound also requests that a common rate base be established for all collectives, based on gross income. This, Re:Sound claims, would standardize and simplify the tariff. Alternatively, if the Board were to use advertising revenues as the rate base, Re:Sound requests that broadcasters be allowed to deduct the fair value of production services, but only in excess of the fair value of the air-time purchased through the turn-key contract.

[271] CSI requests that its rate base be left unchanged, at gross income. CSI however adds that it would agree to the addition of wording in the definition of gross income that would allow broadcasters to exclude amounts received for the production of commercial advertisements.

[272] In its statement of case, AVLA/SOPROQ appears to agree with the CAB’s proposal to use advertising revenues as the rate base for all collectives. Finally, ArtistI is asking for gross income to be used as the rate base for its tariff.

[273] The rate base for Re:Sound’s commercial radio tariffs has always been advertising

[269] La SOCAN demande à la Commission de réintroduire la définition de revenus bruts qui était utilisée avant la décision *Radio commerciale (2005)*. Elle veut aussi que nous précisions que les revenus obtenus en vertu des contrats clés en mains sont inclus dans l’assiette tarifaire. La SOCAN soutient que, de toute façon, les revenus que les stations de radio obtiennent des contrats clés en mains découlent de la vente de temps d’antenne, pas de la vente de services de production. La SOCAN a déposé des éléments de preuve selon lesquels le changement de la définition de « recettes publicitaires » pourrait entraîner une réduction importante (près de 10 pour cent) des redevances totales payées par les radiodiffuseurs.

[270] Ré:Sonne demande aussi qu’une assiette tarifaire commune, basée sur les revenus bruts, soit établie pour toutes les sociétés de gestion, ce qui, selon elle, uniformiserait et simplifierait le tarif. Sinon, si la Commission devait utiliser les recettes publicitaires comme assiette tarifaire, Ré:Sonne demande que les radiodiffuseurs puissent déduire la juste valeur des services de production uniquement dans la mesure où cette valeur excède la juste valeur du temps d’antenne acheté au moyen de contrats clés en mains.

[271] CSI demande que son assiette tarifaire reste basée sur les revenus bruts. CSI ajoute toutefois qu’elle accepterait l’ajout d’un libellé dans la définition des revenus bruts qui permettrait aux radiodiffuseurs d’exclure les montants obtenus pour la production de publicités commerciales.

[272] Dans son énoncé de cause, AVLA/SOPROQ semble accepter la proposition de l’ACR d’utiliser les recettes publicitaires comme assiette tarifaire pour toutes les sociétés de gestion. Enfin, ArtistI demande que les revenus bruts soient utilisés comme assiette tarifaire pour son tarif.

[273] L’assiette tarifaire pour les tarifs de la radio commerciale de Ré:Sonne a toujours été les

revenues as defined in the *Regulations*. Prior to 2003, SOCAN's commercial radio tariffs were based on "gross income".

[274] In 2005, the Board certified tariffs for both SOCAN and Re:Sound with respect to the years 2003-2007 using advertising revenues as the rate base. SOCAN had maintained that "gross income" could be broader than "advertising revenues". However, in its 2005 decision, the Board stated that its understanding was that both definitions represented the same rate base and that if proved to be incorrect, SOCAN would have the opportunity to demonstrate this at a later date.⁷⁷

[275] Following the 2005 decision, some stations took the position that the regulatory definition of advertising revenues excludes the fair market value of production services provided to advertisers, and contended they had overpaid royalties to Re:Sound since 1998 and to SOCAN since 2003. On October 24, 2008, the Federal Court concluded "that the value of production services in such a situation is not included in "advertising revenues".⁷⁸ On January 18, 2010, the Federal Court of Appeal ruled that while production income is not part of advertising revenues, the value of production services is not the same as production income.⁷⁹ As a result, some of the arguments the parties advanced concerning the choice of rate base were rendered moot. Still, we think it useful to review them.

[276] While Re:Sound and SOCAN acknowledged the trial judge's ruling, they believed that there is no evidence to support a fair market value of production services other than zero. The exclusion of any amount from the rate base on account of the value of production services would be arbitrary and inappropriate.

recettes publicitaires telles qu'elles sont définies dans le *Règlement*. Avant 2003, les tarifs de la radio commerciale de la SOCAN étaient basés sur les « revenus bruts ».

[274] En 2005, la Commission a homologué des tarifs pour la SOCAN et Ré:Sonne à l'égard des années 2003 à 2007 en utilisant les recettes publicitaires comme assiette tarifaire. La SOCAN avait maintenu que les « revenus bruts » pourraient être plus vastes que les « recettes publicitaires ». Toutefois, dans sa décision de 2005, la Commission a indiqué qu'à son avis les deux définitions représentaient la même assiette tarifaire et que s'il s'avérait qu'elle était dans l'erreur, la SOCAN aurait l'occasion d'en faire la preuve à une date ultérieure.⁷⁷

[275] À la suite de la décision de 2005, certaines stations ont fait valoir que la définition réglementaire des recettes publicitaires excluait la juste valeur marchande des services de production fournis aux publicitaires et a maintenu qu'elle avait payé trop de redevances à Ré:Sonne depuis 1998 et à la SOCAN depuis 2003. Le 24 octobre 2008, la Cour fédérale a conclu « qu'il n'y a pas lieu d'inclure dans les "recettes publicitaires" dans une telle situation la valeur des services de production ». ⁷⁸ Le 18 janvier 2010, la Cour d'appel fédérale décidait que les recettes de production ne sont pas des recettes publicitaires mais que la valeur des services de production et les recettes de production sont deux choses différentes.⁷⁹ Par conséquent, certaines prétentions des parties portant sur le choix d'assiette tarifaire sont désormais caduques. Nous croyons néanmoins utile de les examiner.

[276] Bien que Ré:Sonne et la SOCAN acceptaient la décision de première instance, elles estimaient que rien dans la preuve n'indique que la juste valeur marchande des services de production pourrait être différente de zéro. L'exclusion de tout montant de l'assiette tarifaire en raison de la valeur des services de production serait arbitraire et inopportune.

[277] Having reviewed the radio stations' responses to certain interrogatories, Mr. Alan Mak concluded that stations do not perceive production to be a distinct revenue-generating function. Moreover, most radio stations indicated that air-time rates are not discounted for customers who do not require production services. This suggested to Mr. Mak that the fair market value of the production service is nil.

[278] Professor Hejazi examined the appropriateness of deducting the fair market value of production services from advertising revenues. In his opinion there is no economic justification to apply such an adjustment because there is no recorded accounting value for the production services. He added that since radio stations do not bill differently whether advertisers have air-ready commercials or not, the bargaining price or the fair market value of the production service is zero.

[279] We disagree with Professor Hejazi that the current fair economic value of production services is zero. While costs may be incurred without direct associated revenues (such as when a hotel offers free airport shuttle service), it does not mean that there is no economic value resulting from the service offered. Many businesses offer specific services that are not explicitly remunerated. The costs of these services are being nevertheless recouped in some other way, for instance when these "free" services happen to stimulate the sale of other services.

[280] Revenues associated with production services are not advertising revenues. They do not derive their value from the use of music per se. It is therefore difficult to argue that these revenues should remain in the rate base.

[277] Après avoir examiné les réponses des stations de radio à certaines demandes de renseignements, M. Alan Mak a conclu que les stations ne considèrent pas que la production est une fonction génératrice de revenus distincts. Qui plus est, la plupart des stations ont indiqué qu'aucun escompte sur les taux applicables au temps d'antenne n'est accordé aux clients qui n'ont pas besoin de services de production. Cela a amené M. Mak à penser que la juste valeur marchande des services de production est nulle.

[278] M. Hejazi a examiné s'il était pertinent de déduire la juste valeur marchande des services de production des recettes publicitaires. À son avis, rien ne justifie sur le plan économique l'application d'un tel rajustement parce qu'aucune valeur comptable n'est enregistrée pour les services de production. Il a ajouté que comme les stations ne facturent pas différemment selon que les publicitaires ont des publicités prêtes à être diffusées ou non, le prix de négociation ou la juste valeur marchande des services de production se situe à zéro.

[279] Contrairement à M. Hejazi, nous ne sommes pas d'avis que la juste valeur économique des services de production se situe à zéro. Si des coûts peuvent être engagés sans qu'il y ait des revenus directs associés (par exemple un hôtel qui offre un service de navette aéroportuaire gratuit), il ne faut pas en déduire pour autant qu'aucune valeur économique ne découle du service offert. De nombreuses entreprises offrent des services particuliers qui ne sont pas explicitement rémunérés. Les coûts de ces services sont néanmoins récupérés d'une manière ou d'autre, par exemple lorsque ces services « gratuits » stimulent la vente d'autres services.

[280] Les revenus associés aux services de production ne sont pas des recettes publicitaires. Ils ne tirent pas leur valeur de l'utilisation de la musique en soi. Il est donc difficile de soutenir que ces revenus devraient demeurer dans l'assiette tarifaire.

[281] Professor Hejazi reviewed five methodologies proposed by Standard in 2006, as part of a submission to the Board, to estimate the fair market value of production services. These are based on:

1. The fee charged to the advertiser when an ad produced by Standard is used on other radio stations.
2. The fee actually charged by third party production houses in the same market to produce a similar ad.
3. The cost of producing the spot, and the applicable wage scales of Standard radio employees.
4. The actual costs incurred by Standard in 2005 for producing spots for advertisers.
5. The 15 per cent agency discount or commission.

[282] Professor Hejazi concluded that each of these methodologies is flawed, and none represent valid measures to derive the fair market value. The first two methodologies cannot be used because neither commercials produced to be aired on other stations, or by third party production houses, is a perfect substitute for in-house production. The third and fourth methodologies are problematic because costs cannot be measured with sufficient accuracy, and even if they were, costs do not necessarily translate into fair market value. The 15 per cent commission referred to in the fifth methodology covers other factors than production services, such as the fact that agencies are registered and can back-stop the station's receivables from the advertiser in the case of non-payment.

[281] M. Hejazi a examiné cinq méthodologies proposées par Standard en 2006, dans le cadre d'une présentation à la Commission, pour estimer la juste valeur marchande des services de production. Ces méthodologies sont basées sur les éléments suivants :

1. Les frais demandés au publicitaire lorsqu'une publicité produite par Standard est utilisée dans d'autres stations de radio.
2. Les frais effectivement demandés par les maisons de production tierces dans le même marché pour produire une publicité similaire.
3. Le coût de production du message publicitaire et les échelles salariales applicables des employés radio de Standard.
4. Les coûts effectifs engagés par Standard en 2005 pour produire des messages pour les publicitaires.
5. La commission ou le rabais de 15 pour cent consenti aux agences.

[282] M. Hejazi a conclu que toutes ces méthodologies sont erronées et qu'aucune ne représente des mesures valides de la juste valeur marchande. Les deux premières méthodologies ne peuvent pas être utilisées parce que ni les publicités produites pour être mises en ondes dans d'autres stations ni celles produites par des maisons de production tierces ne sont un substitut parfait de la production à l'interne. La troisième et la quatrième posent problème parce que les coûts ne peuvent pas être mesurés avec suffisamment de précision et, même si on le pouvait, les coûts ne se traduisent pas nécessairement en une juste valeur marchande. La commission de 15 pour cent mentionnée dans la cinquième méthodologie couvre d'autres facteurs que les services de production, par exemple le fait que les agences sont enregistrées et qu'elles peuvent prendre en charge les comptes à recevoir des stations auprès des publicitaires en cas de non-paiement.

[283] We agree with Professor Hejazi's conclusion that none of these proposed methodologies can be used to determine the fair market value of production services. We note however that the 15 per cent agency discount could represent the maximum estimation of the fair market value since production services are one of the benefits that radio stations receive from working with advertising agencies.

[284] As an additional potential avenue to measure the fair market value of production services, both Professor Hejazi and Mr. Mak examined the CAB's responses to interrogatories. Professor Hejazi concluded that it is overwhelmingly the case that advertisers with air-ready commercials are charged the same price as those that do not. Responses to interrogatories also show that production costs of these services are not clearly tracked.

[285] Mr. Mak comes to similar conclusions with respect to the general trends observed in the responses to interrogatories. The Fairchild Radio Group was the only exception that separately records and reports revenues and costs of its production services and provides information about the price billed to an advertiser for the production services. Even there, the production fee is not charged to all customers; in any event, it constitutes between 2 and 10 per cent of total revenues.

[286] The *Astral* decisions interpret the *Regulations* and nothing more; they do not constrain us to exclude the costs, value or revenues associated with production services from the rate base. As a matter of principle, we believe that they should be. However, there is no evidence in these proceedings that would allow us to proceed with the adjustment, precisely because of the way production services are bundled with advertising contracts. Thus, in practice, they cannot be excluded from the rate base. We do not

[283] Nous sommes d'accord avec M. Hejazi lorsqu'il conclut qu'aucune de ces méthodologies proposées ne peut servir à déterminer la juste valeur marchande des services de production. Nous notons toutefois que le rabais de 15 pour cent consenti aux agences pourrait représenter l'estimation maximale de cette valeur étant donné que les services de production sont un des avantages que les stations obtiennent à travailler avec des agences de publicité.

[284] Dans le but de trouver une autre façon qui puisse mesurer la juste valeur marchande des services de production, MM. Hejazi et Mak ont tous deux examiné les réponses de l'ACR aux demandes de renseignements. M. Hejazi a conclu que, dans la très grande majorité des cas, le même prix est demandé aux publicitaires qui ont des publicités prêtes à être diffusées qu'à ceux qui n'en ont pas. Les réponses montrent aussi que les coûts de production de ces services ne sont pas clairement établis.

[285] M. Mak aboutit aux mêmes conclusions en ce qui concerne les tendances générales observées dans les réponses aux demandes de renseignements. La seule exception était le Fairchild Radio Group, qui consigne et déclare de façon séparée les coûts et les revenus tirés de ses services de production et donne des renseignements sur le prix facturé aux publicitaires pour ces services. Et encore, les frais de production ne sont pas facturés à tous les clients. Quoi qu'il en soit, ils représentent entre 2 et 10 pour cent des revenus totaux.

[286] Les arrêts *Astral* interprètent le *Règlement*, sans plus; ils ne nous obligent pas à exclure de l'assiette tarifaire les coûts, la valeur ou les revenus associés aux services de production. En principe, nous croyons qu'ils devraient l'être. Toutefois, le dossier en l'espèce ne contient aucune preuve nous permettant de procéder au rajustement, justement à cause de la façon dont les services de production sont liés aux contrats de publicité. Par conséquent, en pratique, ils ne peuvent pas être exclus de l'assiette tarifaire.

expect to be able to unbundle the value of these services until and unless the industry changes its current business practices.

[287] When the Board changed the rate base in its 2005 Decision from gross income to advertising revenues, it was of the opinion that both definitions represented the same rate base. In our opinion this is essential in reaching our decision regarding the appropriate rate base. SOCAN's rate base was modified to achieve uniformity among the different radio tariffs. It was not the Board's objective then to reduce royalties to be collected by the collectives. If we were now to achieve uniformity by applying advertising revenues as the base rate for CSI, AVLA/SOPROQ and ArtistI, royalties would be unintentionally decreased for all of these collectives. In our opinion, it is more appropriate to therefore use gross income as the rate base for all tariffs, including the Re:Sound tariff.

[288] Thus, we will use gross income as the tariff rate base for all the collectives including Re:Sound. However, the Re:Sound gross income rate base will factor in the statutory discount on the first \$1.25 million of advertising revenues. Accordingly, radio stations will pay to Re:Sound \$100 on the first \$1.25 million of advertising revenues, as well as the set percentage of their gross income from which advertising revenues will be subtracted until the statutory threshold is surpassed. Thereafter, the radio stations will include advertising revenues as part of their gross income.

Internet-Related Activities

[289] Our goal is to achieve tariffs that are uniform and easy to administer as possible. Hence, we would prefer to certify a tariff that

Nous ne prévoyons pas pouvoir dégager la valeur de ces services tant et aussi longtemps que l'industrie ne changera pas ses pratiques actuelles.

[287] Lorsque la Commission, dans sa décision de 2005, a changé l'assiette tarifaire pour la faire passer des revenus bruts aux recettes publicitaires, elle était d'avis que les deux définitions représentaient la même assiette tarifaire. À notre avis, il est essentiel de considérer cet élément pour rendre notre décision concernant l'assiette appropriée. L'assiette de la SOCAN a été modifiée pour des raisons d'uniformité entre les différents tarifs radio. La Commission ne cherchait pas alors à réduire les redevances qui seraient perçues par les sociétés de gestion. Si nous devons maintenant atteindre l'uniformité en appliquant les recettes publicitaires comme assiette tarifaire pour CSI, AVLA/SOPROQ et ArtistI, les redevances seraient réduites de façon non intentionnelle pour toutes ces sociétés. À notre avis, il est donc plus indiqué d'utiliser les revenus bruts comme assiette tarifaire pour tous les tarifs, y compris celui de Ré:Sonne.

[288] Nous utiliserons donc les revenus bruts comme assiette tarifaire pour toutes les sociétés de gestion, y compris Ré:Sonne. Toutefois, l'assiette tarifaire des revenus bruts de Ré:Sonne tiendra compte de l'escompte réglementaire accordé sur la première tranche de 1,25 million de dollars de recettes publicitaires. En conséquence, les stations de radio paieront à Ré:Sonne 100 \$ sur la première tranche de 1,25 million de dollars de recettes publicitaires, en plus du pourcentage fixé de leurs revenus bruts desquels les recettes publicitaires seront soustraites jusqu'à ce que le seuil réglementaire soit dépassé. Par la suite, les stations de radio incluront les recettes publicitaires dans leurs revenus bruts.

Activités liées à Internet

[289] Notre objectif est d'atteindre des tarifs qui sont, autant que possible, uniformes et faciles à administrer. Par conséquent, nous préférierions

targets the same activities, with a single rate base, for all collectives. However, this is not possible in this instance, since the ambit of the collectives' proposals filed is not identical.

[290] The proposed tariffs of SOCAN and Re:Sound target over-the-air broadcasting; we cannot go beyond that.

[291] The proposed tariffs of AVLA/SOPROQ and ArtistI target all of a station's broadcasting activities without further specification. This includes most or all of a radio station's Internet transmissions. Yet, these collectives do not ask that these transmissions be targeted in the tariff; presumably, they want to licence those rights through negotiations, as they are entitled under the general regime. Given the total absence of evidence allowing us to set a fair rate in this respect, we prefer to leave the matter to the market, at least for the time being.

[292] This leaves CSI's request that the tariff continue to apply to simulcasting, which we grant. The CAB is asking that to the extent that the CSI tariff applies to Internet activities, it provide for the same deductions as in SOCAN Tariff 22.B. There is no need to do so. Tariff 22.B is not limited to simulcasting; it targets all of a station's Internet activities. The discount accounts for the presence of pages without any audio content on a radio station's Web site. Simulcast only concerns the station's broadcast (i.e. 100% audio) signal.

Individual Stations or Networks

[293] AVLA/SOPROQ proposed that revenues be calculated on a network or business basis instead of on a radio station basis. The CAB saw this proposal from AVLA/SOPROQ as an attempt to do an end-run around income-based tiering.

[294] We agree with the CAB. AVLA/SOPROQ did not present evidence necessary to justify such

homologuer pour l'ensemble des sociétés de gestion un tarif visant les mêmes activités et reposant sur la même assiette tarifaire. Toutefois, cela n'est pas possible en l'espèce, puisque les sociétés ont déposé des projets n'ayant pas la même portée.

[290] Les projets de la SOCAN et de Ré:Sonne visent la radiodiffusion hertzienne : nous ne pouvons aller au-delà.

[291] Les projets d'AVLA/SOPROQ et d'ArtistI visent toutes les activités de radiodiffusion des stations sans préciser lesquelles. Cela comprend pratiquement toutes les transmissions Internet des stations de radio. Pourtant, ces sociétés ne demandent pas que le tarif vise ces transmissions; on peut penser qu'elles désirent gérer ces droits par le biais de négociations, comme le permet le régime général. Vue l'absence totale de preuve nous permettant d'établir un taux équitable à cet égard, nous préférons nous en remettre au marché, du moins pour l'instant.

[292] Reste la demande de CSI que le tarif continue de viser la diffusion simultanée, à laquelle nous faisons droit. L'ACR demande que dans la mesure où le tarif CSI s'applique aux activités Internet, il prévoie les mêmes déductions que le tarif 22.B de la SOCAN. Cela n'est pas nécessaire. Le tarif 22.B vise non seulement la diffusion simultanée, mais aussi toutes les activités Internet de la station. L'escompte tient compte de l'offre de pages sans aucun contenu sonore sur le site Web d'une station de radio. La diffusion simultanée ne concerne que le signal de radiodiffusion (à 100 % sonore) de la station.

Stations individuelles ou réseaux

[293] AVLA/SOPROQ a proposé que les revenus soient calculés par réseau ou par entreprise plutôt que par station de radio. L'ACR a vu dans cette proposition de AVLA/SOPROQ une tentative de contourner l'étagement fondé sur les revenus.

[294] Nous sommes d'accord avec l'ACR. AVLA/SOPROQ n'a pas présenté la preuve

an adjustment. It may be difficult to define networks and radio companies in this context. Finally, such an adjustment would have needed a review of the impact on the total royalties paid and whether it would be appropriate to accordingly adjust the rates. We therefore reject the AVLA/SOPROQ proposal and maintain the current “per station” tariffs.

Final Certified Tariffs and Royalties Generated

[295] The annexed [table](#) summarizes the rates we are certifying for all collectives, in percentage points.

[296] Using the financial evidence provided by the CAB,⁸⁰ we estimate that the rates we certify will generate approximately \$85 million in royalties for all five collectives for the year 2009. This estimate takes into account the reduced payment of \$100 per year to Re:Sound on the first \$1.25 million of advertising revenues. Of the total amount, about \$51 million would go to SOCAN, \$13 million to Re:Sound, \$11 million to CSI, \$10 million to AVLA/SOPROQ and \$200,000 to ArtistI.

[297] Using again the financial evidence provided by the CAB, total revenues of radio stations are slightly over \$1.5 billion for 2009. With total royalties amounting to \$85 million, the effective total royalty rate of radio stations is 5.7 per cent. This is the measure of the proportion of revenues that are paid in royalties to all collective societies, when the lower rates for low income and low music use stations, as well as the Re:Sound reduced payment of \$100, are taken into account.

[298] Using the rates certified for 2007, we estimate that radio stations would have paid

nécessaire pour justifier un tel ajustement. Il pourrait être difficile de définir un réseau ou une entreprise radiophonique dans ce contexte. Enfin, il aurait fallu examiner les effets de ce rajustement sur les redevances totales payées et voir s’il y avait lieu de rajuster les taux en conséquence. Nous rejetons donc la proposition de AVLA/SOPROQ et maintenons les tarifs « par station » actuels.

Tarifs finaux homologués et redevances générées

[295] Le [tableau](#) en annexe résume les taux, exprimés en points de pourcentage, que nous homologuons pour toutes les sociétés de gestion.

[296] En utilisant les données financières présentées par l’ACR,⁸⁰ nous estimons que les taux que nous homologuons généreront environ 85 millions de dollars en redevances pour l’ensemble des cinq sociétés de gestion en 2009. Cette estimation tient compte du paiement réduit de 100 \$ par année fait à Ré:Sonne sur la première tranche de 1,25 million de dollars de recettes publicitaires. Sur le montant total, environ 51 millions de dollars iraient à la SOCAN, 13 millions de dollars à Ré:Sonne, 11 millions de dollars à CSI, 10 millions de dollars à AVLA/SOPROQ et 200 000 \$ à ArtistI.

[297] Encore une fois d’après les données financières présentées par l’ACR, les revenus totaux des stations de radio s’élèvent à un peu plus de 1,5 milliard de dollars en 2009. Si le montant total des redevances est de 85 millions de dollars, le taux de redevances total effectif des stations de radio s’établit à 5,7 pour cent. Ce pourcentage correspond à la proportion des revenus qui sont payés en redevances à l’ensemble des sociétés de gestion lorsque le taux plus bas pour les stations à faible revenu et les stations utilisant peu de musique et que le paiement réduit de 100 \$ à Ré:Sonne sont pris en compte.

[298] En utilisant les taux homologués pour 2007, nous estimons que les stations de radio

royalties in the amount of about \$72 million for 2009. This decision thus increases by \$13 million the amount of royalties that will be paid by radio stations. We recognize that this is an important increase, even though it is barely one-fifth of the increase the collectives asked for.⁸¹ We have not made any change to the fundamental value of music. The increase in royalties is essentially the result of the introduction of two new rates, for the reproduction of sound recordings and of performers' performances, which broadcasters already used but for which they had yet to pay. We have also increased the CSI rate, to account for the higher value of music already set for SOCAN in earlier decisions and for the increased use of its repertoire.

VIII. TARIFF WORDING

[299] The following comments may help the reader to better understand the wording of the tariff. As is now the rule with any new tariff, as this is in part, we consulted the parties twice on this matter before reaching a final decision.

Years Covered

[300] The tariff's application periods are staggered: 2008-2010 for SOCAN, 2008-2011 for Re:Sound and AVLA/SOPROQ, 2008-2012 for CSI and 2009-2011 for ArtistI. This is inherent in the regimes governing the proposed tariffs filed by the collectives. We cannot certify a SOCAN tariff for 2011: the proposed tariff was only filed in late March, 2010 and the 60-day period during which potential users can object has not expired. We cannot certify an ArtistI tariff for 2008 since it did not file a proposed tariff for that year. The tariff we certify deals with all the years for which the Board was seized at the time of issuing the decision.

auraient payé des redevances d'environ 72 millions de dollars en 2009. La présente décision accroît donc de 13 millions de dollars le montant des redevances qui seront payées par les stations de radio. Nous reconnaissons que c'est une augmentation importante, même si elle correspond à peine au cinquième de l'augmentation que les sociétés de gestion ont demandée.⁸¹ Nous n'avons apporté aucun changement à la valeur fondamentale de la musique. L'augmentation des redevances découle essentiellement de l'introduction de deux nouvelles redevances, pour la reproduction des enregistrements sonores et des prestations, que les radiodiffuseurs utilisaient déjà sans rien payer. Nous avons aussi accru le taux CSI pour tenir compte de la valeur accrue de la musique déjà établie pour la SOCAN dans des décisions antérieures et pour l'utilisation accrue de son répertoire.

VIII. LIBELLÉ DU TARIF

[299] Les précisions ci-dessous visent à aider le lecteur à mieux comprendre le libellé du tarif. Comme le veut désormais la règle lorsqu'il est question d'un nouveau tarif – c'est le cas ici, en partie – nous avons consulté à deux reprises les parties avant de rendre une décision finale.

Années visées par le tarif

[300] Les périodes visées par le tarif sont échelonnées : 2008-2010 dans le cas de la SOCAN, 2008-2011 dans le cas de Ré:Sonnet et AVLA/SOPROQ, 2008-2012 dans le cas de CSI et 2009-2011 dans le cas d'ArtistI. Cela découle des règles régissant le dépôt de tarifs par ces sociétés de gestion. Nous ne pouvons homologuer un tarif SOCAN pour 2011 : la société a déposé son projet de tarif à la fin du mois de mars 2010, et la période de 60 jours dont disposent les utilisateurs potentiels pour s'opposer au projet est toujours en vigueur. Nous ne pouvons pas non plus homologuer un tarif ArtistI pour 2008, puisque la société n'a pas déposé de projet de tarif pour l'année en question. Le tarif que nous homologuons se rapporte à toutes les années pour lesquelles la Commission était saisie au moment de rendre sa décision.

Rate Base

[301] As we explained earlier, gross income is the tariff's rate base. We use the expression as defined in earlier SOCAN and CSI tariffs. The wording of the provision is somewhat cumbersome and could be simplified. That being said, we kept changes to a minimum to make it clear that we wish the provision to be interpreted as it used to be before some stations attempted to carve out from the rate base gross amounts received by a station pursuant to turn-key contracts with advertisers. In order to leave no doubt in this respect, we specifically provide in paragraph (a) of the definition that this form of income is to be included in the rate base.

[302] The only other notable change concerns paragraph (c). The earlier version of this provision specified the station's obligation to provide upon request documents confirming that revenues carved out of the rate base pursuant to the provision did qualify. As this is in the nature of a reporting provision, we moved it with the other administrative and reporting provisions in the tariff.

[303] As explained earlier, the rate base includes simulcast income only in respect of CSI.

Qualifying For Low Use

[304] Currently, stations that use music in SOCAN's repertoire less than 20 per cent of air time pay royalties at a lower rate to both SOCAN and Re:Sound. Stations that use CSI's repertoire for less than 20 per cent of air time also are entitled to a lower rate on the royalties payable to CSI. Both the CAB and the collectives agree that low use should attract lower royalties in all cases. The collectives proposed a number of formulas, some of which would require

Assiette tarifaire

[301] Comme nous l'avons expliqué antérieurement, le revenu brut fait office d'assiette tarifaire. Nous employons l'expression telle qu'elle est définie dans les tarifs antérieurs de la SOCAN et de CSI. Le libellé de la disposition, un peu lourd, pouvait être simplifié. Cela étant dit, nous n'avons apporté que des changements mineurs de manière à ce que la disposition soit interprétée de la même façon qu'avant que certaines stations ne tentent d'exclure de l'assiette tarifaire les revenus bruts découlant des contrats de publicité clés en mains. Afin que la disposition soit sans équivoque, l'alinéa a) de la définition énonce clairement que cette forme de revenu fait partie de l'assiette tarifaire.

[302] Le seul autre changement digne de mention se rapporte à l'alinéa c). La version antérieure de la disposition faisait mention de l'obligation, pour une station, de fournir sur demande des documents attestant que les revenus exclus de l'assiette tarifaire en vertu de la disposition répondaient bien aux critères d'exclusion. Comme cette disposition s'apparente à une obligation de rapport, nous l'avons intégrée à la rubrique traitant des autres dispositions administratives et obligations en matière de rapport.

[303] Ainsi qu'il a été expliqué antérieurement, l'assiette tarifaire englobe les revenus de la diffusion simultanée uniquement dans le cas de CSI.

Critères de faible utilisation

[304] À l'heure actuelle, une station qui utilise le répertoire de la SOCAN moins de 20 pour cent du temps d'antenne verse à la SOCAN ainsi qu'à Ré:Sonne des redevances plus modestes. Une station qui utilise le répertoire de CSI moins de 20 pour cent du temps de radiodiffusion se voit également accorder un taux moins élevé aux fins du calcul des redevances versées à CSI. L'ACR et les sociétés de gestion s'entendent sur le fait que, dans tous les cas, les stations utilisant peu

separate calculations. Keeping track of a station's use of each repertoire is at least burdensome, and conceivably impossible. Some measure of simplification is required.

[305] We have split low uses in two categories. The use of the SOCAN repertoire will be the benchmark for SOCAN and CSI and the use of published sound recordings for all other collectives.

[306] There is no need to explain why a station should qualify for SOCAN low-use on the basis of its actual use of the repertoire of SOCAN. Qualifying for CSI low-use on the same basis also makes sense. CSI's repertoire represents close to 90 per cent of air play. Every protected musical work enjoys both the communication and reproduction rights. The fact that CSI owns less music than SOCAN is already accounted for in the rate for normal use, which is the starting point to set the low-use rate. The approach is also simpler as it eliminates one calculation.

[307] Currently, Re:Sound low-use is based on the use of SOCAN's repertoire. This is fair only if a close link exists between what is in that repertoire and the protected sound recordings commercial radio plays. That link is inherently questionable, since almost all American sound recordings do not qualify for the purposes of section 19 of the *Act*, while virtually all music found on American sound recordings played on commercial radio are in SOCAN's repertoire.

de musique devraient payer des redevances moins élevées. Les sociétés de gestion ont proposé un certain nombre de formules, dont certaines exigent des calculs distincts. Faire le suivi de l'utilisation que fait une station de chacun des répertoires est une tâche ardue, voire impossible. Des mesures d'allègement s'imposent.

[305] Nous avons défini deux catégories de faible utilisation. L'utilisation du répertoire de la SOCAN servira de point de référence dans le cas de la SOCAN et de CSI, et l'utilisation des enregistrements sonores publiés servira de point de référence pour ce qui est des autres sociétés de gestion.

[306] Nul besoin d'expliquer pourquoi il est légitime de se fonder sur l'utilisation du répertoire de la SOCAN pour établir si une station peut faire partie de la catégorie des stations à faible utilisation aux yeux de la SOCAN. Il est tout aussi sensé de recourir au même critère pour définir la faible utilisation dans le cas de CSI. Le répertoire de CSI représente près de 90 pour cent du temps de radiodiffusion. Toute œuvre musicale protégée est assortie d'un droit de communication et d'un droit de reproduction. Le taux fixé pour une utilisation normale – point de départ pour établir le taux de faible utilisation – prend déjà en considération le fait que le répertoire musical de CSI est moins vaste que celui de la SOCAN. L'approche est également plus simple du fait qu'elle supprime un calcul.

[307] À l'heure actuelle, la faible utilisation à l'égard de Ré:Sonne prend appui sur l'utilisation du répertoire de la SOCAN. Cette façon de faire ne s'avère juste que s'il existe un lien étroit entre le contenu de ce répertoire et les enregistrements sonores protégés que les stations de radio commerciale diffusent. Le lien est en soi discutable, puisque la quasi-totalité des enregistrements sonores américains ne sont pas admissibles au sens de l'article 19 de la *Loi*, tandis que pratiquement tous les enregistrements sonores américains diffusés par la radio commerciale font partie du répertoire de la SOCAN.

[308] Furthermore, whatever the link may now be between the SOCAN and Re:Sound repertoires, it can only grow weaker with time. A classical music station uses little SOCAN music but plays mostly sound recordings that are still protected if they were fixed in a Rome country. On the other hand, oldies stations play a fair amount of public domain recordings of protected music, and this will only increase with time. Consequently, the low-use tariff for Re:Sound should be a function of some measure of use of published sound recordings.

[309] Re:Sound low-use should be a function of the use of all published sound recordings, not just of recordings qualifying pursuant to section 20 of the *Act*, for three reasons. First, the fact that American sound recordings do not qualify for so-called neighbouring rights royalties is already accounted for in the rate for normal use, the starting point to set the low-use rate. Second, the evidence tends to establish that Re:Sound's repertoire includes virtually all protected sound recordings heard on commercial radio stations. Third, given how difficult it can be to determine on a case by case basis what qualifies and what does not, using a simple measure (is the sound recording published?) makes the tariff simpler to administer.

[310] The repertoire of AVLA/SOPROQ represents 94 per cent of air play. This much higher number than for Re:Sound is due in part to the fact that the eligible repertoire extends beyond recordings made in a Rome country, to include recordings that are released in a Rome country within 30 days of being published in a non-Rome country.⁸² Virtually all non-Rome

[308] Qui plus est, peu importe le lien qui existe actuellement entre le répertoire de la SOCAN et celui de Ré:Sonne, il ne peut qu'aller en s'amenuisant. Une station de musique classique a peu recours au répertoire de la SOCAN mais diffuse principalement des enregistrements sonores qui sont tout de même protégés s'ils ont été fixés dans un pays partie à la Convention de Rome. D'un autre côté, les stations axées sur les vieux succès diffusent passablement d'enregistrements du domaine public, et la situation ne fera que prendre de l'ampleur avec le temps. Par conséquent, le critère de faible utilisation propre à Ré:Sonne devrait être fonction d'une mesure de l'utilisation d'enregistrements sonores publiés.

[309] Le critère de faible utilisation de Ré:Sonne devrait être fonction de l'utilisation de l'ensemble des enregistrements sonores publiés, et non pas seulement des enregistrements admissibles au sens de l'article 20 de la *Loi*, et ce, pour trois raisons. Dans un premier temps, le fait que les redevances dites de droits voisins ne s'appliquent pas dans le cas des enregistrements sonores américains est déjà pris en considération dans le taux pour une utilisation normale, qui est le point de départ utilisé pour fixer le taux de faible utilisation. Dans un deuxième temps, les données semblent indiquer que le répertoire de Ré:Sonne comprend pratiquement tous les enregistrements sonores protégés diffusés par les stations de radio commerciale. Dans un troisième temps, étant donné qu'il peut être ardu de déterminer au cas par cas si les enregistrements sonores sont admissibles, le recours à une mesure simple – l'enregistrement sonore est-il publié? – simplifie l'administration du tarif.

[310] Le répertoire de AVLA/SOPROQ représente 94 pour cent du temps d'antenne. La proportion est beaucoup plus élevée pour AVLA/SOPROQ que pour Ré:Sonne en partie en raison du fait que le répertoire admissible de AVLA/SOPROQ va au-delà des enregistrements faits dans un pays partie à la Convention de Rome. En effet, il comprend des enregistrements

music that commercial radio plays is released in a Rome country simultaneously. As a result, measuring low use as a function of all published sound recordings also makes sense in the case of AVLA/SOPROQ.

[311] ArtistI's repertoire is essentially composed of performances fixed on published sound recordings of musical works. Because Canada protects any performance fixed on a sound recording released in a Rome country within 30 days of publication in a non-Rome country,⁸³ virtually all performances fixed on non-Rome recordings that receive any air play on commercial radio are protected in Canada. As for Re:Sound, the low-use rate is already discounted for repertoire. It would appear therefore simpler and fair to use all published sound recordings to determine the low-use threshold.

[312] Until now, radio stations could also qualify for the CSI low-use rate if they did not copy musical works on a hard drive. Information supplied by the parties at the request of the Board confirms that no station relies solely on that provision to qualify for the low-use rate. Consequently, that provision can be removed. The CAB asks that the tariff expressly provide that a station that does not copy musical works need not pay the CSI tariff. That rule is implicit in all tariffs and need not be stated explicitly here.

rendus publics dans un pays partie à la Convention de Rome dans les 30 jours suivant leur publication dans un pays qui n'est pas partie à la Convention.⁸² Pratiquement tous les enregistrements provenant de pays qui ne sont pas partie à la Convention et diffusés dans les stations de radio commerciale sont simultanément rendus publics dans un pays partie à la Convention. Il en résulte que dans le cas de AVLA/SOPROQ, il paraît logique de mesurer la faible utilisation par rapport à l'ensemble des enregistrements sonores publiés.

[311] Le répertoire d'ArtistI est essentiellement composé de prestations fixées sous la forme d'enregistrements sonores publiés d'œuvres musicales. Puisque au Canada, la réglementation protège toutes les prestations fixées sous la forme d'enregistrements sonores publiés dans un pays partie à la Convention de Rome dans les 30 jours suivant leur publication dans un pays qui n'est pas partie à la Convention,⁸³ presque toutes les prestations fixées dans un pays qui n'est pas partie à la Convention et qui sont diffusées à la radio commerciale jouissent d'une protection au Canada. À l'instar de Ré:Sonne, le taux de faible utilisation est déjà réduit en fonction du répertoire. Il semble dès lors plus simple et plus juste de prendre appui sur la totalité des enregistrements sonores publiés pour déterminer le seuil de faible utilisation.

[312] Jusqu'à ce jour, les stations de radio pouvaient également prétendre au taux de faible utilisation de CSI si elles ne copiaient pas les œuvres musicales sur un disque dur. L'information transmise par les parties à la demande de la Commission permet de conclure qu'aucune station ne bénéficie du taux de faible utilisation uniquement sur la base de cette disposition. Par conséquent, la disposition peut être retirée. L'ACR souhaite que le tarif énonce explicitement qu'une station qui ne copie pas d'œuvres musicales n'est pas tenue de payer le tarif CSI. Cette règle est implicite dans tous les tarifs; nul besoin donc de l'explicitier ici.

Definition of Performer's Performance

[313] ArtistI proposed a definition of “performer's performance” that did not reflect the definition found in the *Act*. To the extent possible, we rely on the statutory definition. The sole purpose of the definition we use is to exclude performances that are not previously fixed so as to reflect the limited ambit of subparagraph 15(1)(b)(ii).

Calculating Royalties Using a “Reference Month”

[314] Currently, a station pays on March 1 royalties that are due for that month on the basis of its January income: in that instance, January is the “reference month”, used both to calculate royalties and to determine reporting obligations. As a result, a station obtains a free licence for its first two months of operation. Some collectives asked that this come to an end.

[315] The Board inquired of the parties whether they considered the problem to be serious or marginal. CSI raised a number of instances where it claimed the provision had created difficulties. In fact, as the CAB pointed out, almost all these instances related to enforcement difficulties that have nothing to do with the use of the reference month to calculate royalties.

[316] The Board also asked whether the problem, if it exists, might be resolved by requiring that royalties be calculated using the income of the actual month of broadcast but be payable at the end of the following month so as to allow stations to calculate their royalties. This is similar to the approach used in the retransmission tariffs.

Définition de « prestation »

[313] ArtistI proposait une définition de « prestation » qui ne cadrerait pas avec celle donnée dans la *Loi*. Autant que possible, nous nous appuyons sur la définition aux termes de la *Loi*. Nous recourons à notre définition uniquement dans le but d'exclure les prestations qui n'ont pas été fixées antérieurement, de manière à refléter la portée limitée du sous-alinéa 15(1)(b)(ii).

Calcul des redevances au moyen d'un « mois de référence »

[314] À l'heure actuelle, une station paie, le 1^{er} mars, les redevances exigibles pour le mois de mars en fonction des revenus qu'elle a touchés en janvier. Dans ce cas, janvier est le « mois de référence », et c'est sur ce mois de référence que le calcul des redevances et les obligations en matière de rapport sont fondés. Il en résulte qu'une station jouit d'une licence gratuite les deux premiers mois suivant son ouverture. Certaines sociétés de gestion ont demandé à ce que cette façon de faire cesse.

[315] La Commission a demandé aux parties si elles considéraient le problème sérieux ou peu important. CSI a fait mention d'un certain nombre de cas où, à son avis, la disposition a donné lieu à des difficultés. En réalité, comme l'a souligné l'ACR, presque tous ces exemples avaient trait à des difficultés à l'égard de la mise en œuvre qui n'avaient rien à voir avec l'utilisation du mois de référence dans le calcul des redevances.

[316] La Commission a également demandé aux parties si le problème soulevé, pour autant qu'il existe, pouvait être résolu en exigeant que les redevances soient calculées en fonction des revenus touchés durant le mois de diffusion mais qu'elles soient payables à la fin du mois suivant, question de laisser le temps aux stations de

SOCAN agreed. The CAB seemed to favour the current system. Others did not comment.

[317] We continue to believe that the current approach is preferable. It requires that royalties be paid in advance, something more in accord with current practices in most copyright markets. Furthermore, since broadcasters are unlikely to earn much income during their first two months of operations, the issue probably remains marginal.

Authorizing Uses by Others

[318] Subsection 3(2) of the tariff entitles a station to authorize certain uses that facilitate the station's own licensed uses. This provision is borrowed from earlier CSI tariffs and allows, for example, a MDS to reproduce a CSI work if the reproduction is used to send to the station the copy it will use in turn in its broadcast operations. We have extended the provision to all collectives except AVLA/SOPROQ, since these collectives informed us that such a provision would go beyond the scope of the rights they are mandated to license under the proposed tariff. As helpful as the provision might be to facilitate the stations' operations, we cannot licence uses that a collective does not administer.

Tailoring the Special Provisions of Paragraph 68.1(1)(a)

[319] Re:Sound's proposed tariff included a provision that attempts to limit the ambit of the regulatory definition of "advertising revenues".

déterminer le montant des redevances à verser. Il s'agit d'une approche similaire à celle utilisée dans le cas des tarifs de retransmission. La SOCAN s'est dite en faveur d'une telle méthode. L'ACR a semblé préférer le système actuel. Les autres parties n'ont pas formulé de commentaires.

[317] Nous continuons de préconiser l'actuelle façon de faire. Selon cette méthode, les redevances sont versées à l'avance, ce qui cadre davantage avec les pratiques observées dans la plupart des marchés des droits d'auteur. En outre, puisque les revenus des radiodiffuseurs sont généralement peu élevés durant leurs deux premiers mois d'activité, le problème est, selon toute vraisemblance, secondaire.

Autorisation d'utilisation par un tiers

[318] Le paragraphe 3(2) du tarif confère le droit aux stations d'autoriser certaines utilisations qui facilitent les utilisations auxquelles elles sont autorisées en vertu de leur licence. Cette disposition a été puisée dans les tarifs antérieurs de CSI. À titre d'exemple, elle permet à un SDMN de reproduire une œuvre de CSI si la reproduction en question est faite en vue d'envoyer à la station une copie qu'elle utilisera par la suite aux fins de ses activités de radiodiffusion. Nous avons élargi la disposition de manière à englober toutes les sociétés de gestion, sauf AVLA/SOPROQ, puisque ces deux sociétés nous ont informés que la disposition allait au-delà de la portée des droits qu'elles peuvent accorder en vertu du projet de tarif. Même si la disposition s'avère utile et qu'elle pourrait faciliter les activités des stations, nous ne pouvons autoriser des utilisations qu'une société de gestion n'administre pas.

Adaptation des dispositions spéciales prévues à l'alinéa 68.1(1)a)

[319] Le projet de tarif de Ré:Sonne comprenait une disposition qui visait à restreindre la portée de la définition réglementaire de « recettes

Quite apart from whether this would be desirable, a tariff cannot limit the ambit of a regulation.

Music Use Information

[320] The discussion surrounding music use information raised three main issues.

[321] The first is whether radio stations should provide sequential lists of the music they play and if so, how this would interface with other music use information requirements. Everyone agrees that sequential lists should be provided where available. They ensure more accurate payouts and generate significant savings in music use monitoring. That being said, to require all stations to provide these lists may not be practical in this market, at least not at this time. While the SRG report confirms that the number of smaller stations using programming software has increased, we do not know whether all stations currently operate with a computerized system, or whether those that do are able to generate sequential lists. Also, compatibility issues may exist that cannot be resolved in the short term.

[322] The Board asked the parties whether stations that provide playlists should be exempt from responding to any further music information requests on the part of the collectives. Generally speaking, collectives agreed that a station should be so dispensed only if the playlist contains all the information to which a collective is entitled when a “paper” request is made.

publicitaires ». Peu importe si une telle mesure est souhaitable, un tarif ne peut restreindre la portée d’un règlement.

L’information sur l’utilisation de la musique

[320] La discussion entourant l’information sur l’utilisation de la musique a mis en lumière trois grandes questions.

[321] Première question : Les stations de radio devraient-elles fournir des listes séquentielles des œuvres musicales qu’elles diffusent et, le cas échéant, comment cette disposition s’articulerait-elle avec les autres exigences de communication de l’information sur l’utilisation de la musique? Toutes les parties sont en faveur de la présentation de listes séquentielles lorsqu’elles existent. Ces listes permettent d’établir le montant des versements avec plus d’exactitude et de réaliser des économies considérables au regard du suivi de l’utilisation des répertoires. Cela étant dit, exiger de toutes les stations qu’elles fournissent de telles listes n’est peut-être pas pratique dans ce marché, du moins pas pour le moment. Le rapport de SRG confirme que le nombre de stations de petite taille qui recourent à un logiciel de programmation s’est accru, mais nous ne savons pas si l’ensemble des stations utilisent un système informatique ni si celles qui y ont recours sont en mesure de produire des listes séquentielles. Par ailleurs, il se pourrait qu’il existe des problèmes de compatibilité ne pouvant être résolus à court terme.

[322] La Commission a demandé aux parties si les stations qui fournissent des listes de diffusion devraient être exemptées de répondre à toute autre demande d’information sur l’utilisation de musique provenant des sociétés de gestion. En règle générale, les sociétés se sont dites en faveur d’une telle exemption seulement si la liste fournie par la station contient toute l’information qu’une société de gestion est en droit de demander lorsqu’une demande « papier » est faite.

[323] We agree that a station should not be exempt from complying with a music use information request if it provides sequential lists that contain less than the minimum required. Therefore, the tariff will provide that if a list is available and does not comply with paragraph 10(1)(a), the station must provide the list but is still subject to requests for information on repertoire use.

[324] Re:Sound proposed that a station be required to make an election at the beginning of the year. We think on the contrary that if a station can provide a list, it should not have the option to withhold it.

[325] Re:Sound also suggested that sequential lists should be mandatory for stations using electronic systems and should be provided in a standard format to be agreed upon by the parties. We disagree. In this decision, we wish to leave a fair measure of flexibility to stations, for one last time. As for format, parties are free to agree on one, but we cannot compel them to come to such an agreement, as this may involve some form of illegal subdelegation. For the same reason, we cannot, as AVLA/SOPROQ suggested, allow the collectives to determine whether a playlist is “satisfactory”.

[326] The second issue is whether the requirement to provide music use information should be increased. Currently, SOCAN and Re:Sound are entitled to a total of 14 days information per year. CSI is entitled to its own 14 days, though the Board stated from the outset its expectation all three collectives cooperate with each other. The CAB asked that reporting obligations remain capped at 14 days in total and

[323] Nous sommes d'accord avec les sociétés de gestion sur le fait qu'une station ne devrait pas être exemptée de répondre aux demandes d'information si elle fournit des listes séquentielles qui ne contiennent pas l'information minimale requise. Par conséquent, le tarif stipulera que si une liste existe mais qu'elle ne répond pas aux exigences de l'alinéa 10(1)a), alors la station doit fournir la liste mais elle a tout de même l'obligation de répondre aux autres demandes d'information sur l'utilisation des répertoires.

[324] Ré:Sonne a proposé que les stations soient tenues de faire un choix au début de l'année. Nous croyons au contraire que si une station est en mesure de fournir une liste, elle ne devrait pas avoir la liberté de ne pas la communiquer.

[325] Ré:Sonne a également proposé que les listes séquentielles deviennent une exigence obligatoire pour les stations qui recourent à un système électronique et que ces listes soient présentées dans un format normalisé sur lequel s'entendraient les parties. Nous ne sommes pas en faveur d'une telle mesure. Dans la présente décision, nous souhaitons laisser, pour une dernière fois, une certaine souplesse aux stations de radio. En ce qui a trait au format de la liste, les parties sont libres d'en convenir, mais nous ne pouvons les obliger à parvenir à une entente à cet égard puisque cela pourrait donner lieu à une certaine forme de subdélégation illégale. Pour la même raison, nous ne pouvons retenir la proposition de AVLA/SOPROQ et permettre aux sociétés de gestion de juger si une liste de diffusion est « satisfaisante » ou non.

[326] Deuxième question : Devrait-on accroître le nombre total de jours pour lesquels les sociétés de gestion peuvent demander des renseignements sur l'utilisation de musique? Pour le moment, la SOCAN et Ré:Sonne ont droit à 14 jours au total par année. CSI a droit à ses propres 14 jours, malgré que la Commission ait mentionné dès le départ qu'elle souhaitait voir les trois sociétés de gestion travailler en collaboration. L'ACR a

that more time be allowed to report. The collectives countered that the current requirement is insufficient for comprehensive distribution and falls well below both international standards and other existing tariffs, including satellite radio, pay audio and online music.

[327] We agree that the current requirement is insufficient, if only because of the rising expectation on the part of rightsholders that royalties “follow the dollar”. We therefore increase the number of reporting days to 28. We will limit the impact of this increase by providing that music use information is to be shared among all collectives.

[328] The third issue is whether the requirement to provide information should be limited to what is available to a station. According to the CAB, the date and time of broadcast, title of work, name of performers or performing groups and duration are always available, the name of author and composer, title of album and label are sometimes available, and the Universal Product Code (UPC) and the International Standard Recording Code (ISRC) never are. Since CSI is already entitled to be informed of the UPC and ISRC “if included in the station’s computerized logging system”, we inquired about the extent to which that information is actually supplied. CSI answered that it never gets the information.

[329] The CAB’s answers lead us to conclude that broadcasters do not currently comply with the tariffs. Radio stations are already required to provide at a minimum the date and time of the broadcast, the title of the work, the name of its

demandé à ce que le plafond de 14 jours au total demeure en place et à ce que les stations de radio disposent d’un plus long délai pour établir leurs rapports. Les sociétés de gestion ont répliqué que l’exigence dans sa forme actuelle ne permet pas une distribution adéquate et qu’elle ne correspond pas aux normes internationales et aux autres tarifs en vigueur, notamment ceux définis pour la radio par satellite, la radio payante et la musique en ligne.

[327] Nous convenons que l’exigence dans sa forme actuelle n’est pas suffisante, compte tenu du fait que les titulaires des droits s’attendent de plus en plus à ce que la distribution des redevances se fasse selon le principe de la chaîne. C’est pourquoi nous portons le nombre de jours de déclaration à 28. Nous limiterons l’incidence de cette augmentation en obligeant les sociétés de gestion à communiquer l’information sur l’utilisation de musique à l’ensemble de leurs consœurs.

[328] Troisième question : L’exigence devrait-elle être limitée aux renseignements dont dispose la station? D’après l’ACR, la date et l’heure de diffusion, le titre de l’œuvre, le nom de l’interprète ou du groupe d’interprètes et la durée de l’œuvre sont toujours fournis, le nom de l’auteur et du compositeur, le titre de l’album et le nom de la maison de disques sont parfois fournis et le code universel des produits (UPC) et le code international normalisé des enregistrements (ISRC) ne le sont jamais. Puisque CSI est déjà autorisée à demander le UPC et le ISRC « si ces données sont incluses dans le système informatique de la station », nous avons demandé à la société dans quelle mesure ces renseignements lui étaient transmis. Elle nous a répondu que les stations ne lui communiquaient jamais cette information.

[329] Les réponses données par l’ACR nous permettent de conclure qu’actuellement, les radiodiffuseurs ne respectent pas les tarifs. Les stations de radio sont déjà tenues de fournir au moins la date et l’heure de diffusion, le titre de

author and composer and, where applicable (not where available), the title of the album, the name of the performer or performing group and the record label. Yet the CAB informs us that the name of author and composer, title of album and label are not always available. Furthermore, the answers of CSI and of the CAB taken together would tend to show that broadcasters are resisting updating their databases to suit the collectives' purposes.

[330] The CAB argued once more that stations should not be compelled, beyond reasonable means, to provide information that requires additional significant expenditures to generate. Once more, we conclude that in the long run, all of the information mentioned above is necessary to ensure that repertoire use is properly monitored (something necessary to ensure the fairness of future tariffs) and that royalties are paid to the appropriate rightsholders. In the long run, then, what the CAB proposes is not acceptable.

[331] For one last time, we are willing to allow radio stations some measure of flexibility. The reporting requirements will remain as in the past and as a result, stations will not be required to report the UPC and ISRC if these are not included in their computer logging system. We agree that comparing radio stations to services that were digitized from the beginning (satellite radio, online music) is at best imperfect. We also know that sooner, rather than later, we intend radio stations to comply with similar information requirements as in those tariffs, especially if, as the record seems to indicate and a future panel will no doubt wish to confirm, radio stations in other countries already comply with similar requirements as a matter of course. We remain convinced that it is the broadcaster's responsibility to request and obtain from their music suppliers the information collectives are

l'œuvre, le nom de l'auteur et du compositeur et, le cas échéant – c'est-à-dire peu importe si les stations ont ou non l'information – le titre de l'album, le nom de l'interprète ou du groupe d'interprètes et le nom de la maison de disques. Pourtant, l'ACR affirme que le nom de l'auteur et du compositeur, le titre de l'album et le nom de la maison de disques ne sont pas toujours fournis. Qui plus est, les réponses de CSI et de l'ACR donnent à penser que les radiodiffuseurs ne sont pas ouverts à l'idée de mettre à jour leurs bases de données pour satisfaire aux besoins des sociétés de gestion.

[330] L'ACR a soutenu une fois de plus que les stations ne devraient pas être contraintes, au-delà des limites du raisonnable, à fournir des renseignements qui entraînent des dépenses additionnelles. Nous parvenons une fois de plus à la conclusion qu'à long terme, il est essentiel de recueillir tous les renseignements mentionnés ci-dessus afin que l'utilisation des répertoires fasse l'objet d'un suivi adéquat (condition essentielle à l'établissement de tarifs justes dans l'avenir) et que les redevances soient versées à qui de droit. À long terme donc, la proposition de l'ACR n'est pas acceptable.

[331] Pour une dernière fois, nous sommes disposés à accorder aux stations de radio une certaine souplesse. Les obligations de rapport seront les mêmes que par le passé et donc, les stations n'auront pas à fournir le UPC ou le ISRC s'ils ne se trouvent pas dans leur système informatique. Nous reconnaissons que la comparaison entre les stations de radio et les services qui sont depuis le début numérisés (radio par satellite, musique en ligne) est boiteuse. Nous avons malgré tout l'intention d'amener, le plus rapidement possible, les stations à se conformer à des exigences de communication de l'information semblables à celles énoncées dans les tarifs définis pour ces services, en particulier si, comme semblent en témoigner les données du dossier, les stations de radio d'autres pays sont déjà soumises à des exigences similaires, ce qu'une future formation souhaitera sans doute confirmer.

entitled to under a tariff and to input all the information included on or with a physical CD when digitizing their library. The fact the Canadian Broadcasting Corporation, which operates 2 talk networks, already provides a complete sequential list of music use for the entire year shows it is possible to do so with the proper equipment even for talk, news and sports stations.

Adjustments

[332] Re:Sound, AVLA/SOPROQ and ArtistI asked that they be allowed to collect royalty underpayments indefinitely, but that stations may no longer ask a refund for overpayments after 12 months. According to these collectives, it is up to the station to discover an overpayment since the information required to establish this always is in the hands of the broadcasters. It would be unsustainable to have to pay back royalties which have already been distributed. In contrast, any limitation for underpayments could incite broadcasters to misstate their revenues, thereby enhancing the need for auditing and other inefficiencies. We agree with the last point but not with the others. No existing tariff provides for such a time limit. Normal limitation time periods should suffice to minimize disruptions in the collectives' internal operations.

Audits

[333] Currently, the CSI tariff specifies that the collective is entitled to have access to the

Nous demeurons convaincus qu'il en va de la responsabilité des radiodiffuseurs d'obtenir de leurs fournisseurs de musique l'information que les sociétés de gestion sont en droit d'exiger conformément à un tarif et d'inclure toute l'information jointe sur ou à un CD lorsqu'ils numérisent leur musicothèque. La Société Radio-Canada, qui exploite deux stations de radio à prépondérance verbale, fournit déjà une liste séquentielle exhaustive des œuvres musicales diffusées durant l'année entière, ce qui témoigne du fait qu'il est possible pour les stations de radio, même les stations à prépondérance verbale, les stations de nouvelles et les stations de sports, de procéder ainsi avec le matériel adéquat.

Ajustements

[332] Ré:Sonne, AVLA/SOPROQ et ArtistI ont demandé l'autorisation de pouvoir recueillir en tout temps le moins-perçu, mais souhaitent par ailleurs que les stations n'aient plus le droit de demander le remboursement d'un trop-perçu au-delà d'une période de douze mois. D'après ces sociétés, il revient à la station de signaler tout versement excédentaire puisque l'information sur laquelle est fondé le montant des versements est toujours entre les mains des radiodiffuseurs. Il serait impensable de devoir rembourser des redevances qui ont déjà été distribuées. En revanche, imposer des restrictions quant au remboursement du moins-perçu pourrait inciter les radiodiffuseurs à rapporter incorrectement leurs revenus, ce qui se traduirait par un besoin accru de vérifications et un manque d'efficacité. Nous sommes d'accord sur le dernier point soulevé, mais pas sur les autres. Aucun tarif en vigueur à l'heure actuelle ne prévoit un tel délai. Le délai normal de prescription devrait s'avérer suffisant pour que les activités des sociétés de gestion soient le moins possible perturbées.

Vérifications

[333] À l'heure actuelle, le tarif de CSI précise que la société de gestion jouit du droit d'accès

broadcast day recordings of a low-use station. AVLA/SOPROQ, and ArtistI asked that this provision also apply to them. The SOCAN-Re:Sound tariff is silent in this respect. The provision is unnecessary and potentially counter-productive. A low-use station that does not comply with the audit provisions remains a low-use station. A station that does not comply with the definition of a low-use station, which includes agreeing to make the recordings available, no longer is a low-use station.

Notices

[334] More recent tariffs allow information to be sent by file transfer protocol and payments to be made by electronic bank transfer. All agree with respect to information. Collectives ask that bank transfers be left to agreements between collectives and stations. Electronic bank transfers can be inconvenient to manage and transaction costs are quite high, particularly given the number of unique payments generated by the commercial radio tariff as compared with tariffs governing smaller groups of licensees. SOCAN already allows commercial radio stations to pay in this manner. ArtistI proposed setting a minimum. It is preferable to leave the use of electronic bank transfer to agreements between collectives and stations.

Transitional Provisions

[335] This tariff is a significant departure from the previous tariffs. To help broadcasters absorb the increase of the rates more easily, the tariff allows them to pay additional amounts owed for past periods free of interest, over a period of one

aux enregistrements des journées de radiodiffusion d'une station à faible utilisation. AVLA/SOPROQ et ArtistI souhaitent bénéficier du même droit. Le tarif SOCAN-Re:Sonne ne contient pas de disposition à cet égard. La disposition est sans utilité et va même potentiellement à l'encontre du but recherché. Une station à faible utilisation qui ne respecte pas la disposition de vérification demeure quand même une station à faible utilisation. Une station qui ne satisfait pas à la définition de « station à faible utilisation », laquelle stipule entre autres que ces stations doivent donner accès à leurs enregistrements, ne peut plus être qualifiée de station à faible utilisation.

Avis

[334] Certains tarifs les plus récents autorisent l'utilisation d'un protocole de transfert de fichier pour l'acheminement de l'information et le recours aux virements bancaires en ligne pour les paiements. Toutes les sociétés de gestion approuvent le premier point, mais elles souhaitent que l'utilisation des virements bancaires fasse l'objet d'ententes. Les virements bancaires en ligne peuvent s'avérer difficiles à gérer et les frais d'opération sont assez élevés, surtout vu le nombre de versements uniques générés par le tarif applicable aux stations de radio commerciale comparativement aux tarifs visant peu d'utilisateurs. La SOCAN permet déjà aux stations de radio commerciale de payer par virement bancaire en ligne. ArtistI a proposé l'établissement d'un seuil minimal. Il est préférable de laisser les sociétés de gestion et les stations de radio s'entendre sur l'utilisation des virements bancaires en ligne.

Dispositions transitoires

[335] Ce tarif diverge largement des tarifs antérieurs. Dans le but d'aider les radiodiffuseurs à absorber la hausse des taux, le tarif leur permet d'étaler sur un an les versements des sommes additionnelles dues pour des périodes antérieures,

year with one exception. The amounts owed to ArtistI is modest enough that radio stations ought to pay them all at once.

et ce, sans intérêt. Il y a toutefois une exception à cette disposition : puisque les sommes dues à ArtistI sont peu élevées, les stations de radio devront faire un seul et unique versement.

Le secrétaire général par intérim,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gilles McDougall', written in a cursive style.

Gilles McDougall
Acting Secretary General

ENDNOTES

1. R.S.C. 1985, c. C-42.
2. *Act*, ss. 3(1)(f) and 3(1) *in fine*.
3. *Act*, s. 67.1(4).
4. *Act*, s. 19(1).
5. The issue apparently was settled in *Neighbouring Rights Collective of Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2003 FCA 302, [2004] 1 F.C.R. 303 at para. 11 (C.A.). See also *Act* at subsection 23(2).
6. *Act*, ss. 19(2)(a), 68(2)(a)(iii).
7. For a detailed explanation of these conditions and of other aspects of the remuneration rights, see *NRCC – Tarif 1.A (Commercial Radio) for the Years 1998 to 2002* (13 August 1999) Copyright Board [Decision \[NRCC 1.A \(1999\)\]](#).
8. *Act*, s. 3(1) *in limine* and *in fine*.
9. *Act*, s. 18(1)(b) *in fine*.
10. *Act*, s. 15(1)(b)(ii) and *in fine*.
11. For the purposes of the SOCAN and Re:Sound tariffs, a low-use station is one that uses the SOCAN repertoire less than 20 per cent of broadcast time.
12. For the purposes of the CSI tariff, a low-use station is one that uses the CSI repertoire less than 20 per cent of broadcast time.
13. By contrast, subsection 19(3) of the *Act* provides that makers and performers share equally in neighbouring rights royalties.

NOTES

1. L.R.C. 1985, ch. C-42.
2. *Loi*, art. 3(1)(f) et 3(1) *in fine*.
3. *Loi*, art. 67.1(4).
4. *Loi*, art. 19(1).
5. La question a apparemment été tranchée dans *Société canadienne de gestion des droits voisins c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2003 CAF 302, [2004] 1 R.C.F. 303 au para. 11 (C.A.). Voir aussi le paragraphe 23(2) de la *Loi*.
6. *Loi*, art. 19(2)a), 68(2)a)(iii).
7. Pour une explication détaillée de ces conditions et des autres aspects des droits à rémunération, voir *SCGDV – Tarif 1.A (Radio commerciale) pour les années 1998 à 2002* (13 août 1999) [Décision](#) de la Commission du droit d’auteur [*SCGDV 1.A (1999)*].
8. *Loi*, art. 3(1) *in limine* et *in fine*.
9. *Loi*, art. 18(1)b) et *in fine*.
10. *Loi*, art. 15(1)b)(ii) et *in fine*.
11. Aux fins des tarifs de la SOCAN et de Ré:Sonne, une station utilisant peu de musique utilise le répertoire de la SOCAN moins de 20 pour cent de son temps d’antenne.
12. Aux fins du tarif CSI, une station utilisant peu de musique utilise le répertoire CSI moins de 20 pour cent de son temps d’antenne.
13. En revanche, le paragraphe 19(3) de la *Loi* prévoit que le producteur et l’artiste-interprète se partagent à parts égales les redevances de droits voisins.

14. By contrast, the Board has consistently ruled on the relative value of the communication rights in music and in sound recordings since 1999: see *NRCC I.A (1999)*, *supra* note 7 at 32.
15. Ripping involves a technique by which the tracks on a CD are converted to WAV files (linear or encoded) or to encoded MP3 files or to some other proprietary format depending on the preferences of the station and the requirements of their playout system; see Wilkinson Report, Exhibit CAB-5 at para. 25.
16. R.S.Q., c. S-32.1, s. 8.
17. *SOCAN-NRCC Tariff I.A (Commercial Radio) for the Years 2003 to 2007 [Re-determination]* (22 February 2008) Copyright Board [Decision](#) [*Commercial Radio (2008)*].
18. This is a term associated with the hardware and software used to deliver audio programming in the radio industry. These systems are commonly referred to as automation systems, program delivery systems or playout systems.
19. *CMRRA/SODRAC Inc. (Commercial Radio Stations) for the Years 2001 to 2004* (28 March 2003) Copyright Board [Decision](#) at 4, 9-10 [*CSI – Commercial Radio (2003)*].
20. Sinclair Report, Exhibit CAB-4 at 13; Sinclair, transcripts vol. 4 at 895.
21. *Ibid.* Sinclair Report at 9, 13.
22. *Ibid.* Sinclair Report at 2; SRG Report, Exhibit CAB-3 at 5, 32; Technical Considerations Reply Report, Exhibit CAB-15 at 17; Vidler, transcripts vol. 3 at 633; Murphy, transcripts vol. 4 at 919. This said, stations in medium and large markets are
14. En revanche, depuis 1999, la Commission a toujours établi de la même façon la valeur relative du droit de communiquer de la musique et un enregistrement sonore. Voir *SCGDV I.A (1999)*, *supra* note 7 à la p. 32.
15. Technique qui consiste à convertir les plages d'un CD en fichiers WAV (linéaires ou codés), en fichiers MP3 codés ou dans un autre format exclusif, selon les préférences des stations et la configuration de leur système de lecture (voir le rapport de M. Wilkinson, pièce CAB-5 au para. 25).
16. L.R.Q., ch. S-32.1, art. 8.
17. *SOCAN-SCGDV – Tarif I.A (Radio commerciale) pour les années 2003 à 2007 [Réexamen]* (22 février 2008) [Décision](#) de la Commission du droit d'auteur [*Radio commerciale (2008)*].
18. Cette expression sert à désigner le matériel et les logiciels dont l'industrie de la radio se sert pour distribuer des émissions. On parle aussi couramment de système d'automatisation, de système de distribution d'émissions et de système de lecture.
19. *CMRRA/SODRAC inc. (Stations de radio commerciales) pour les années 2001 à 2004* (28 mars 2003) [Décision](#) de la Commission du droit d'auteur aux pp. 4, 9-10 [*CSI – Radio commerciale (2003)*].
20. Rapport de M. Sinclair, pièce CAB-4 à la p. 13; Témoignage de M. Sinclair, transcriptions, vol. 4 à la p. 895.
21. *Ibid.* Rapport de M. Sinclair aux pp. 9, 13.
22. *Ibid.* Rapport de M. Sinclair à la p. 2; Rapport du SRG, pièce CAB-3 aux pp. 5 et 32; *Technical Considerations Reply Report*, pièce CAB-15 à la p. 17; M. Vidler, transcriptions, vol. 3, à la p. 633; M. Murphy, transcriptions, vol. 4 à la

- more likely than those in smaller markets to rip CDs into their digital playback system, see SRG Report, *supra* at 32-33. Stations that use non-current music often obtain their material on a CD obtained from a variety of sources, including music packaged on CDs or preloaded hard drives by music services, see Sinclair Report, *ibid.* at paras. 27-28.
23. Murphy Addendum Report, Exhibit AVLA/SOPROQ-14.A, attached patent at para. 0027.
24. Murphy, transcripts vol. 4 at 1015.
25. *SOCAN – Tariff 22.A (Internet – Online Music Services) for the Years 1996 to 2006* (18 October 2007) Copyright Board [Decision](#) at paras. 15-16 [*Tariff 22.A*].
26. *CMRRA/SODRAC Inc. (Online Music Services) for the Years 2005 to 2007* (16 March 2007) Copyright Board [Decision](#) at para. 9 [*CSI – Online Music Services (2007)*]; for a more detailed description of streaming techniques but in the context of simulcasting, see also *SOCAN – Tariff 22 (Transmission of Musical Works to Subscribers Via a Telecommunications Service not covered under Tariff Nos. 16 or 17) [Phase I: Legal Issues]* (27 October 1999) Copyright Board [Decision](#) at 18.
27. Murphy Report, *supra* note 23 at para. 8, attached patent; Murphy, Radio Broadcasting Technology, Exhibit AVLA/SOPROQ-27 at 14-20, 22.
28. Murphy, transcripts vol. 4 at 947, 949-51, 956-57.
- p. 919. Cela dit, les stations des marchés de moyenne et de grande taille sont plus enclines à extraire le contenu de CD pour le transférer sur leur système de lecture numérique que les stations des plus petits marchés (rapport du SRG, *supra* aux pp. 32-33). Les stations qui utilisent autre chose que la musique de l'heure se procurent souvent leur matériel à partir de diverses sources, notamment de CD de musique ou de disques durs contenant déjà de la musique assemblée par des services musicaux (Rapport de M. Sinclair, *ibid.* aux paras. 27-28).
23. Rapport complémentaire de M. Murphy, pièce AVLA/SOPROQ-14.A, brevet en annexe au para. 0027.
24. Témoignage de M. Murphy, transcriptions, vol. 4 à la p. 1015.
25. *SOCAN – Tarif 22.A (Internet – Services de musique en ligne) pour les années 1996 à 2006* (18 octobre 2007) [Décision](#) de la Commission du droit d'auteur aux paras. 15-16 [*Tarif 22.A*].
26. *CMRRA/SODRAC inc. (Services de musique en ligne) pour les années 2005 à 2007* (16 mars 2007) [Décision](#) de la Commission du droit d'auteur au para. 9 [*CSI – Services de musique en ligne (2007)*]; voir aussi *SOCAN – Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17) [Phase I : Questions juridiques]* (27 octobre 1999) [Décision](#) de la Commission du droit d'auteur à la p. 18, pour obtenir une description détaillée des techniques de diffusion en continu employées dans le contexte de la diffusion simultanée.
27. Rapport de M. Murphy, *supra* note 23 au para. 8, brevet en annexe; M. Murphy, *Radio Broadcasting Technology*, pièce AVLA/SOPROQ-27 aux pp. 14-20, 22.
28. Témoignage de M. Murphy, transcriptions, vol. 4 aux pp. 947, 949-951, 956-57.

29. Wilkinson, transcripts vol. 4 at 881.
29. Témoignage de M. Wilkinson, transcriptions, vol. 4 à la p. 881.
30. Canada acceded to the *Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations* (1961), known as the Rome Convention, in 1997. Ratified by 88 countries, this international convention allows Canadian performers and sound recording producers to be eligible to receive royalties when their works are performed or broadcast in member countries.
30. Le Canada a adhéré à la *Convention sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion* (de 1961), connue sous le nom de Convention de Rome, en 1997. Ratifiée par plus de 88 pays, cette convention internationale permet aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores canadiens de recevoir des redevances en cas d'exécution ou de radiodiffusion de leurs œuvres dans les autres pays membres.
31. Unless, of course, the performer decides later on to allow the label to use the fixation for additional purposes that were not contemplated at the time the fixation was authorized.
31. À moins, bien sûr, que l'artiste-interprète décide plus tard de permettre à la maison de disques d'utiliser la fixation à des fins additionnelles qui n'étaient pas prévues au moment où la fixation a été autorisée.
32. *Guilde des musiciens du Québec c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2002 CanLII 49345 (QC T.A.A.); *Guilde des Musiciens du Québec et Association des Hôtels du Grand Montréal (AHGM) et al.*, (9 July 1990) 1990 CRAAAP 7 [*Guilde et AHGM (1990)*]; *Guilde des Musiciens du Québec et Association des Hôtels du Grand Montréal (AHGM) et al.*, (25 November 1991), 1991 CRAAAP 20 [*Guilde et AHGM (1991)*].
32. *Guilde des musiciens du Québec c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2002 CanLII 49345 (QC T.A.A.); *Guilde des Musiciens du Québec et Association des Hôtels du Grand Montréal (AHGM) et al.*, (9 juillet 1990) 1990 CRAAAP 7 [*Guilde et AHGM (1990)*]; *Guilde des Musiciens du Québec et Association des Hôtels du Grand Montréal (AHGM) et al.*, (25 novembre 1991) 1991 CRAAAP 20 [*Guilde et AHGM (1991)*].
33. *Association des producteurs de films et de télévision du Québec c. Laporte*, [2004] R.J.D.T. 490 at paras. 32-33 (Sup. Ct.); *Association des réalisatrices et réalisateurs du Québec et Association des producteurs de films et de télévision du Québec*, 2008 CRAAAP 418 (CanLII) at 14-25 (QC T.A.A.).
33. *Association des producteurs de films et de télévision du Québec c. Laporte*, [2004] R.J.D.T. 490 aux paras. 32-33 (Cour sup.); *Association des réalisatrices et réalisateurs du Québec et Association des producteurs de films et de télévision du Québec*, 2008 CRAAAP 418 (CanLII) aux pp. 14-25 (QC T.A.A.).
34. See Hugues Richard & Laurent Carrière, *Canadian Copyright Act – Annotated*, looseleaf (Toronto: Carswell, 2009) at paras. 5.3.4, 5.3.6; Normand Tamaro, *The 2009*
34. Voir Hugues Richard & Laurent Carrière, *Canadian Copyright Act – Annotated*, feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 2009 aux paras. 5.3.4, 5.3.6; Normand Tamaro,

- Annotated Copyright Act* (Toronto: Thomson Carswell, 2008) at 431.
35. S.C. 1997, c. 24 [*1997 Copyright Amendment Act*].
36. *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3 at para. 29.
37. For a similar opinion, see Richard & Carrière, *supra* note 34 at paras. 5.3.4, 5.3.6.
38. J.S. McKeown, *Fox on Copyright and Industrial Designs*, looseleaf, 4th ed. (Toronto: Thomson Carswell, 2007) at 21-11 [*Fox*].
39. *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336.
40. *Ibid.* at paras. 42, 44-47.
41. *Ibid.* at para. 44.
42. *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.*, (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 at para. 35 (F.C.T.D.), cited in *Fox*, *supra* note 38 at 21-15; see also *EROS-Équipe de Recherche Opérationnelle en Santé inc. v. Conseillers en Gestion et Informatique C.G.I. inc.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 105 at para. 87. (F.C.T.D.) [*EROS-Équipe*]; *Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195 at paras. 22-23; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363 at para. 37.
43. [1954] Ex. C.R. 382, per Cameron J.
44. *Ibid.* at 394; see also, *Fox*, *supra* note 38 at 9-3; Kevin Garnett, Gillian Davies and Gwilym Harbottle, *Copinger and Skone James on Copyright*, 15th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2005) at para. 3-79
- The 2009 Annotated Copyright Act*, Toronto, Thomson Carswell, 2008 à la p. 431.
35. L.C. 1997, ch. 24 [*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, 1997*].
36. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3 au para. 29.
37. Une opinion similaire est formulée dans Richard & Carrière, *supra* note 34 aux paras. 5.3.4, 5.3.6.
38. J.S. McKeown, *Fox on Copyright and Industrial Designs*, feuilles mobiles, 4^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007 à la p. 21-11 [*Fox*].
39. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.
40. *Ibid.* aux paras. 42, 44-47.
41. *Ibid.* au para. 44.
42. *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.*, (1995), 62 C.P.R. (3 éd.) 257 au para. 35 (C.F., 1^{ère} instance), cité dans *Fox*, *supra* note 38 à la p. 21-15; voir également *EROS-Équipe de Recherche Opérationnelle en Santé inc. c. Conseillers en Gestion et Informatique C.G.I. inc.* (2004), 35 C.P.R. (4^e) 105 au para. 87 (C.F., 1^{ère} instance) [*EROS-Équipe*]; *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195 aux paras. 22-23; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 R.C.S. 363 au para. 37.
43. [1954] Ex. C.R. 382, motifs du juge Cameron.
44. *Ibid.* à la p. 394; voir également *Fox*, *supra* note 38 à la p. 9-3; Kevin Garnett, Gillian Davies and Gwilym Harbottle, *Copinger and Skone James on Copyright*, 15^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2005 au para. 3-79

[*Copinger and Skone James*]. To some, that proposition is questionable, since some forms of copyright protection clearly preexist any fixation: see e.g. *Act*, s.15(1)(a).

45. See e.g. *Copinger and Skone James, ibid.* at para. 718; *MAI Systems v. Peak*, 991 F.2d 511, 1993 U.S. App. LEXIS 7522, 26 U.S.P.Q.2D (BNA) 1458 (9th Cir.1993) at 518-19; Sunny Handa, *Copyright Law in Canada* (Markham: Butterworths, 2002) at 238.
46. *Supra* note 42. This case involved the creation by the defendant of software containing the plaintiffs' copyrighted forms that served to assess the health care needs of elderly individuals. The Court concluded that the use of the software, which showed the forms on screen, was infringing because the on-screen forms were not ephemeral and they reproduced the plaintiff's work in a material form as "the image was not one that appeared and disappeared.": see para. 114.
47. *Ibid.* at para. 113.
48. 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).
49. The CAB uses the term "non-material".
50. The CAB Brief on Legal Issues at 6.
51. Murphy Addendum Report, Exhibit AVLA/SOPROQ-14.A at para. 26.
52. Murphy, transcripts vol. 4 at 955, 961.
53. *CSI – Online Music Services (2007)*, *supra* note 26 at para. 9; *Tariff 22.A*, *supra* note 25 at paras. 15, 95 and endnote 22; *SOCAN*

[*Copinger and Skone James*]. Pour certains, cet énoncé est discutable puisque certaines formes de protection du droit d'auteur existent clairement avant la fixation : voir par exemple *Loi*, art. 15(1)a).

45. Voir par exemple, *Copinger and Skone James, ibid.* au para. 718; *MAI Systems c. Peak*, 991 F.2d 511, 1993 U.S. App. LEXIS 7522, 26 U.S.P.Q.2D (BNA) 1458 (9th Cir.1993) aux pp. 518-519; Sunny Handa, *Copyright Law in Canada*, Markham, Butterworths, 2002 à la p. 238.
46. *Supra* note 42. Cette affaire traitait de la création, par l'une des défenderesses, d'un logiciel contenant les formulaires de la demanderesse protégés par le droit d'auteur qui servaient à évaluer les besoins de personnes âgées en matière de soins de santé. La Cour a conclu que l'utilisation du logiciel, qui montrait les formulaires à l'écran, violait le droit d'auteur parce que l'affichage des formulaires à l'écran n'était pas éphémère et qu'il s'agissait d'une reproduction d'une partie importante de l'œuvre de la demanderesse puisqu'il « ne s'agi[ssait] pas d'une image qui appara[issait] et dispara[issait]. » : voir para. 114.
47. *Ibid.* au para. 113.
48. 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).
49. L'ACR utilise l'expression « non matériel ».
50. Mémoire de l'ACR sur les questions juridiques à la p. 6.
51. Rapport complémentaire de M. Murphy, pièce AVLA/SOPROQ-14.A au para. 26.
52. Témoignage de M. Murphy, transcriptions, vol. 4 aux pp. 955 et 961.
53. *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, *supra* note 26 au para. 9; *Tarif 22.A*, *supra* note 25 aux paras. 15, 95 et note en fin de

- (2005-2009), NRCC (2007-2010) and CSI (2006-2009) in Respect of Multi-Channel Subscription Satellite Radio Services (8 April 2009) Copyright Board [Decision](#) at para. 102 [*Satellite Radio Services*].
54. *Ibid.* at paras. 90-91, 97-98.
55. *Tariff 22.A*, *supra* note 25 at para. 16.
56. *CSI (Commercial Radio Stations) for the Years 2005 and 2006* and *SODRAC (Community Radio Stations) for the Years 2006 to 2010* (31 March 2006) Copyright Board [Decision](#).
57. Sinclair, transcripts vol. 3 at 891-92.
58. SOR/98-447 [the “Regulations”].
59. *SOCAN-NRCC Tariff 1.A (Commercial Radio) for the Years 2003 to 2007* (14 October 2005) Copyright Board [Decision](#) at 40 [*Commercial Radio (2005)*].
60. *Application by Standard Radio Inc. for a ruling re: the “Regulations Defining Advertising Revenues” and Royalties to be paid under SOCAN-NRCC Commercial Radio Tariff, 2003-2007* (30 November 2006) Copyright Board [Decision](#) [*Standard Application*].
61. *Astral Media Radio Inc. et al. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada and The Neighbouring Rights Collective of Canada*, 2008 FC 1198, [2009] 3 F.C.R. 415 [*Astral (Trial)*].
62. *Neighbouring Rights Collective of Canada v. Astral Media Radio Inc.*, 2010 FCA 16 at para. 41 [*Astral (Appeal)*].
- texte 22; *SOCAN (2005-2009), SCGDV (2007-2010) et CSI (2006-2009) à l’égard des services de radio satellitaire à canaux multiples par abonnement* (8 avril 2009) [Décision](#) de la Commission du droit d’auteur au para. 102 [*Radio satellitaire*].
54. *Ibid.* aux paras. 90-91, 97-98.
55. *Tarif 22.A*, *supra* note 25 au para. 16.
56. *CSI (Stations de radio commerciales) pour les années 2005 et 2006* et *SODRAC (Stations de radio communautaires) pour les années 2006 à 2010* (31 mars 2006) [Décision](#) de la Commission du droit d’auteur.
57. Témoignage de M. Sinclair, transcriptions, vol. 3 aux pp. 891-892.
58. DORS/98-447 [le « Règlement »].
59. *SOCAN-SCGDV – Tarif 1.A (Radio commerciale) pour les années 2003 à 2007* (14 octobre 2005) [Décision](#) de la Commission du droit d’auteur à la p. 40 [*Radio commerciale (2005)*].
60. *Requête de Standard Radio Inc. pour une décision re : le « Règlement sur la définition de recettes publicitaires » et les redevances à verser à la SOCAN et la SCGDV à l’égard de la radio commerciale pour les années 2003 à 2007* (30 novembre 2006) [Décision](#) de la Commission du droit d’auteur [*Requête de Standard*].
61. *Astral Media Radio Inc. et al. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, et la Société canadienne de gestion des droits voisins*, 2008 CF 1198, [2009] 3 R.C.F. 415 [*Astral (première instance)*].
62. *Neighbouring Rights Collective of Canada v. Astral Media Radio Inc.*, 2010 FCA 16 au para. 41 [*Astral (Appel)*].

63. *Ibid.* at para. 28.
64. *Standard Application*, *supra* note 60 at para. 14.
65. *Ibid.* at paras. 16-18.
66. *NRCC Tariff 3 (Use and Supply of Background Music) for the Years 2003-2009* (20 October 2006) Copyright Board [Decision](#) at paras. 93-117.
67. *Supra* note 17 at para. 74.
68. *Supra* note 59 at 16-17.
69. *Commercial Radio (2008)* at para. 88.
70. *Commercial Radio (2005)* at 24-25.
71. *Ibid.* at 30-33.
72. *Supra* note 19 at 4 and 13.
73. See also *NRCC I.A (1999)* at 33.
74. SRG Report, Exhibit CAB-3 at 33 (Table 7-4).
75. *Ibid.* at 34 (Table 7-6), 36 (Table 7-8), 38 (Table 7-11).
76. *Ibid.* at 41 (Table 7-14).
77. *Supra* note 59 at 40.
78. *Astral (Trial)*.
79. *Astral (Appeal)*.
80. Armstrong Report, Exhibit CAB-29.
81. Had the Board granted the collectives what they asked for, royalties would have increased by about \$65 million to \$137 million, according to the CAB's estimates.
63. *Ibid.* au para. 28.
64. *Requête de Standard*, *supra* note 60 au para. 14.
65. *Ibid.* aux paras. 16-18.
66. *Tarif 3 de la SCGDV (Utilisation et distribution de musique de fond) pour les années 2003-2009* (20 octobre 2006) [Décision](#) de la Commission du droit d'auteur aux paras. 93-117.
67. *Supra* note 17 au para. 74.
68. *Supra* note 59 aux pp. 16-17.
69. *Radio commerciale (2008)* au para. 88.
70. *Radio commerciale (2005)* aux pp. 24-25.
71. *Ibid.* aux pp. 30-33.
72. *Supra* note 19 aux pp. 4 et 13.
73. Voir aussi *SCGDV I.A (1999)* à la p. 33.
74. Rapport du SRG, pièce CAB-3, tableau 7-4 à la p. 33.
75. *Ibid.* tableau 7-6 à la p. 34, tableau 7-8 à la p. 36 et tableau 7-11 à la p. 38.
76. *Ibid.* tableau 7-14 à la p. 41.
77. *Supra* note 59 à la p. 40.
78. *Astral (première instance)*.
79. *Astral (Appel)*.
80. Rapport de M. Armstrong, pièce CAB-29.
81. Si la Commission avait accordé aux sociétés de gestion ce qu'elles demandaient, les redevances auraient augmenté d'environ 65 millions de dollars pour s'établir à 137 millions de dollars, selon les estimations de l'ACR.

82. *Act*, s. 18(3).

82. *Loi*, art. 18(3).

83. *Act*, s. 15(3).

83. *Loi*, art. 15(3).

ANNEX / ANNEXE

Rates Certified by the Board, In Percentage of Gross Income
Taux homologués par la Commission, en pourcentage des revenus bruts

	SOCAN	Re:Sound Ré:Sonne	CSI	AVLA/ SOPROQ	ArtistI
Low Music Use Stations Stations utilisant peu de musique					
For revenues not exceeding \$625,000 Pour des revenus ne dépassant pas 625 000 \$	1.5	0.75	0.135	0.113	0.003
For revenues above \$625,000 but not exceeding \$1.25M Pour des revenus supérieurs à 625 000 \$ mais ne dépassant pas 1,25 million de dollars	1.5	0.75	0.259	0.234	0.005
For revenues above \$1.25M Pour des revenus supérieurs à 1,25 million de dollars	1.5	0.75	0.434	0.405	0.008
Other Stations / Autres stations					
For revenues not exceeding \$625,000 Pour des revenus ne dépassant pas 625 000 \$	3.2	1.44	0.304	0.278	0.006
For revenues above \$625,000 but not exceeding \$1.25M Pour des revenus supérieurs à 625 000 \$ mais ne dépassant pas 1,25 million de dollars	3.2	1.44	0.597	0.564	0.011
For revenues above \$1.25M Pour des revenus supérieurs à 1,25 million de dollars	4.4	2.1	1.238	1.192	0.023

Note: The Re:Sound rates are subject to subparagraph 68.1(1)(a)(i) of the *Act* which sets the amount broadcasters pay on advertising revenues not exceeding \$1.25 million at \$100 per year.

Note : Les taux de Ré:Sonne sont assujettis au sous-alinéa 68.1(1)a)(i) de la *Loi* qui fixe le montant que les radiodiffuseurs paient sur les recettes publicitaires ne dépassant pas 1,25 million de dollars à 100 \$ par année.