

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

FILE: 70.2-1999-2

DOSSIER : 70.2-1999-2

Copyright Act, Section 70.2

Loi sur le droit d'auteur, article 70.2

Application, pursuant to subsection 70.2(1) of the *Copyright Act*, to fix the royalties for a licence and their related terms and conditions.

Demande de fixation des droits et modalités d'une licence en vertu du paragraphe 70.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*

SOCIETY FOR REPRODUCTION RIGHTS OF AUTHORS, COMPOSERS AND PUBLISHERS IN CANADA (SODRAC) v. MUSIQUEPLUS INC.

SOCIÉTÉ DU DROIT DE REPRODUCTION DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS AU CANADA (SODRAC) c. MUSIQUEPLUS INC.

DECISION OF THE BOARD

DÉCISION DE LA COMMISSION

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

Mr. Justice John H. Gomery
Mr. Stephen J. Callary
Mrs. Sylvie Charron

M. le juge John H. Gomery
M. Stephen J. Callary
M^e Sylvie Charron

Date of Decision

Date de la décision

November 16, 2000

Le 16 novembre 2000

Ottawa, November 16, 2000

Ottawa, le 16 novembre 2000

File: 70.2-1999-2

Application, pursuant to subsection 70.2(1) of the *Copyright Act*, to fix the royalties for a licence and their related terms and conditions.

Reasons for the decision

I. INTRODUCTION

On August 31, 1999, pursuant to subsection 70.2(1) of the *Copyright Act* [the *Act*], the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) asked the Board to set the royalties and related terms and conditions for a licence for the use of its repertoire by MusiquePlus inc. between September 1, 1999 and August 31, 2002. On November 22, 1999, the Board issued an interim decision authorizing MusiquePlus inc. to use the repertoire in consideration of a monthly royalty of \$1 and compliance with a number of conditions.

These reasons settle the dispute between the parties. From the outset, their limited scope should be emphasized. This is the first time that the Board deals with the reproduction right for musical works, as opposed to performance or communication rights. It is also the first time that the Board addresses a matter governed by section 70.2 of the *Act*. It is not certifying a tariff applicable to all users within a given group; it settles a dispute between a collective society and a user unable to reach an agreement which would have prevented the Board from disposing of the matter. As a result, the Board has opted to endorse the understandings reached by the parties without feeling the need to consider their appropriateness.

Finally, the determinations reached in these reasons are solely based on the record of these proceedings. In spite of abundant evidence,

Dossier : 70.2-1999-2

Demande de fixation des droits et modalités d'une licence en vertu du paragraphe 70.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*

Motifs de la décision

I. INTRODUCTION

Le 31 août 1999, s'appuyant sur le paragraphe 70.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* [la *Loi*], la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada (SODRAC) demandait à la Commission de fixer les redevances et modalités d'une licence pour l'utilisation de son répertoire par MusiquePlus inc. entre le 1^{er} septembre 1999 et le 31 août 2002. Le 22 novembre 1999, la Commission rendait une décision provisoire autorisant MusiquePlus inc. à utiliser ce répertoire moyennant une redevance de 1 \$ par mois et le respect de certaines conditions.

Les présents motifs disposent du litige entre ces parties. D'entrée de jeu, il faut souligner leur portée limitée. C'est la première fois que la Commission traite du droit de reproduire une œuvre musicale, par opposition au droit de l'exécuter ou de la communiquer. C'est aussi la première fois qu'elle traite d'une affaire régie par l'article 70.2 de la *Loi*. Elle n'homologue pas un tarif applicable à tout un groupe d'utilisateurs; elle tranche un litige entre une société de gestion et un utilisateur incapables d'en arriver à une entente qui aurait dessaisi la Commission. La décision reflète donc l'essentiel des consensus intervenus entre les parties, sans qu'on ait senti le besoin de s'interroger sur leur à-propos.

Enfin, les conclusions exposées sont fondées uniquement sur le dossier de la présente affaire. Malgré une preuve abondante, bien des

many questions remain unanswered. It would have been useful to learn more about the aggregate royalties that MusiquePlus inc. pays for the broadcast of video-clips and the underlying intellectual property. It would also have been useful to be better informed of the nature of the rights which the rights holders purport to assign in this manner.

Therefore, any attempt at characterizing the present reasons as a precedent, whether generally or in the matter of reproduction rights, would be ill-advised.

II. LEGISLATIVE FRAMEWORK

Subsection 3(1) of the *Act* spells out the various components of copyright, including the right to reproduce and to communicate a work. These are “distinct rights in theory and practice ... sufficiently distinct that they are generally assigned separately, and administered by different entities.”¹

Pursuant to section 70.2 of the *Act*, the Board can fix the royalties for a licence and their related terms and conditions, at the request of a user or of a collective society that administers a licensing scheme, when the user and the collective cannot agree on the terms of that licence. The decision sets the terms and conditions for a minimum one-year period. Subsection 70.3(1) provides that the Board shall not proceed when advised that an agreement touching the matter in issue has been reached.

It may be noted that section 30.8 of the *Act* allows a programming undertaking to make ephemeral recordings under certain conditions. Subsection (8) provides that the section does not apply where a licence for making such copies is available from a collective society; consequently, it is not necessary to take this provision into account for the purposes of these proceedings.

questions sont restées sans réponse. Il aurait été utile d’en apprendre davantage sur l’ensemble des redevances que MusiquePlus inc. verse pour la diffusion de vidéoclips et objets du droit d’auteur sous-jacents. Il aurait été aussi utile d’en savoir plus long sur la nature des droits que les titulaires prétendent ainsi céder.

Il serait donc hasardeux de vouloir accorder aux présents motifs un caractère de précédent, que ce soit en général ou en matière de droit de reproduction.

II. LE CADRE JURIDIQUE

Le paragraphe 3(1) de la *Loi* énumère les multiples volets du droit d’auteur, dont le droit de reproduire l’œuvre et celui de la communiquer. Il s’agit là de «droits distincts en théorie et en pratique ... suffisamment distincts pour être ordinairement cédés séparément et administrés par des organismes différents.»¹

L’article 70.2 de la *Loi* confie à la Commission le pouvoir d’établir les droits et modalités afférentes à une licence en cas de mésentente entre la société de gestion qui administre un système d’octroi de licences et un utilisateur et à la demande de l’un d’eux. La décision établit les modalités pour une durée minimale d’un an. Le paragraphe 70.3(1) prévoit que le dépôt d’un avis faisant état d’une entente conclue avant la fixation opère dessaisissement.

Par ailleurs, l’article 30.8 de la *Loi* permet à une entreprise de programmation d’effectuer des enregistrements éphémères à certaines conditions. Le paragraphe (8) stipule que l’article ne s’applique pas si on peut obtenir, par l’intermédiaire d’une société de gestion, une licence autorisant à effectuer ces copies; il n’est donc pas nécessaire de tenir compte de cette disposition pour les fins de la présente affaire.

III. THE FACTS

The record of these proceedings together with a visit to the premises of MusiquePlus inc. establish the following facts, most of which are not in dispute.

SODRAC

SODRAC is a collective society which administers the reproduction right in musical works. It acts for thousands of Canadian rights owners and administers in Canada the constantly evolving repertoire of a number of foreign societies. Unlike the situation in the performance rights sector,² SODRAC is not alone in the business of the collective administration of reproduction rights. While its Canadian repertoire is essentially comprised of works in French, the Canadian Musical Reproduction Rights Agency (CMRRA) acts on behalf of a majority of Canadian rights holders for works in English. Indeed, SODRAC does not invariably hold all of the rights on titles that are part of its repertoire.

MusiquePlus and MusiMax

MusiquePlus inc. operates two French-language specialty television services: MusiquePlus and MusiMax (the services). The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission licensed the former in December 1987, the latter in 1996. These services derive their revenues from advertising and subscriptions. MusiquePlus inc. is a partner in TV MaxPlus Production inc. (TV MaxPlus), which produces programs designed mainly for the services, and occasionally retailed to other broadcasters.

At the core of the services' programming is the video-clip featuring a musical work. Programs that consist of back-to-back video-clips account for 77 per cent of air time.³ Other programs also

III. LES FAITS

Le dossier de la présente affaire et une visite des lieux chez MusiquePlus inc. ont permis d'établir les faits suivants, dont la plupart ne sont pas contestés.

La SODRAC

La SODRAC est une société de gestion du droit de reproduction des œuvres musicales. Elle agit pour le bénéfice de milliers d'ayants droit canadiens et administre en territoire canadien le répertoire, en évolution constante, de plusieurs sociétés étrangères. Contrairement à ce qui existe en matière de droits d'exécution,² la SODRAC n'exerce pas de monopole sur le marché de la gestion du droit de reproduction. Ainsi, son répertoire canadien contient l'essentiel des œuvres en français, mais c'est l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux (ACDRM) qui agit pour le compte du plus grand nombre de titulaires canadiens de droits sur des œuvres en anglais. Elle ne détient même pas toujours tous les droits sur les titres faisant partie de son répertoire.

MusiquePlus et MusiMax

MusiquePlus inc. exploite deux services spécialisés de télévision de langue française : MusiquePlus et MusiMax (les services). Le premier obtenait une licence du Conseil de la radio-télévision et des télécommunications canadiennes en décembre 1987, le second, en 1996. Les services vivent de revenus de publicité et d'abonnements. MusiquePlus inc. est associée à TV MaxPlus Production inc. (TV MaxPlus), une société de production d'émissions destinées d'abord aux services, mais parfois revendues à d'autres radiodiffuseurs.

L'élément de base de la programmation des services est le vidéoclip présentant une œuvre musicale. Les émissions composées uniquement de vidéoclips occupent 77 pour cent du temps

have a high musical content. Given the absence of more reliable data, the Board accepts SODRAC's analysis that music represents 90 per cent of the services' air time. For the same reasons, and after considering the many adjustments made to the data, the Board accepts the evidence submitted by SODRAC to the effect that its repertoire represents 27.67 per cent of air time at MusiquePlus, and 32.37 per cent at MusiMax.

While their programming cycles are not identical, both services rely heavily on program repetition during their broadcast day. With a few exceptions, MusiquePlus repeats twice the programming originally delivered between noon and 8 p.m. MusiMax also repeats original programming, albeit on a less rigid rotation pattern. MusiquePlus airs weekly 64 hours of "original" programming (excluding repeats over the week) and MusiMax, 60 hours.

Reproduction of musical works

Because of the manner in which they operate, the services make a lot of copies of musical works. In fact, they broadcast only copies they have made.

For instance, each video-clip received is first reproduced on a new magnetic tape and given the getup and formatting required for broadcast. A backup copy is made if extensive use of the clip is anticipated. Those clips that are expected to be in lesser use are often grouped on the same tape. These copies are stored for an indefinite period of time in the video library of MusiquePlus inc.,⁴ which also copies third-party programming broadcast by the services.

d'antenne.³ À cela s'ajoute le contenu musical (élevé) des autres émissions. En l'absence de données plus fiables, la Commission accepte la conclusion de la SODRAC que la musique occupe 90 pour cent du temps d'antenne des services. Pour les mêmes motifs, et compte tenu des nombreux correctifs effectués pour bonifier les données, la Commission retient la preuve de la SODRAC selon laquelle son répertoire occupe 27,67 pour cent du temps d'antenne chez MusiquePlus, et 32,37 pour cent chez MusiMax.

Bien que les cycles de programmation des services ne soient pas identiques, l'un et l'autre misent énormément sur la répétition d'émissions durant la journée de diffusion. À quelques exceptions près, MusiquePlus reprend intégralement à deux reprises la programmation offerte d'abord entre 12h et 20h. MusiMax reprend aussi la programmation originale de la journée, mais selon une rotation moins rigide. MusiquePlus diffuse chaque semaine 64 heures de programmation «originale» (en omettant les répétitions durant la semaine) et MusiMax, 60 heures.

La reproduction d'œuvres musicales

À cause de la façon dont ils opèrent, les services font beaucoup de copies d'œuvres musicales. D'ailleurs, ils diffusent uniquement des copies qu'ils ont confectionnées.

Ainsi, chaque vidéoclip reçu est transféré sur une nouvelle bande magnétique; on l'accompagne alors de l'habillage et du formatage nécessaires pour sa diffusion. Une copie de sécurité est effectuée si on prévoit utiliser beaucoup le clip. Les clips qu'on prévoit utiliser moins sont souvent combinés sur une même bande. Ces copies sont conservées pendant une période indéfinie dans la vidéothèque de MusiquePlus inc.,⁴ qui copie aussi les émissions produites par des tiers diffusées sur les ondes des services.

All of these copies are, subsequently and as necessary, recopied during the first eight-hour broadcast cycle of the MusiquePlus service, reproduced in programs featuring clips or clip excerpts, incorporated within programs produced by TV MaxPlus, digitized in the video server used for editing and broadcasting MusiMax programming, and even digitized in a computer when a show sold to a third party must be reformatted to meet the latter's requirements. MusiquePlus inc. stores in its video library copies of programs with an editorial content aired by the services as well as original tapes subsequently used for making programs.

MusiquePlus inc. also copies musical works when producing clip compilations for in-flight viewing and includes a number of musical or clip excerpts on the Internet site of MusiquePlus.

A decision of the Board authorizes MusiquePlus inc. to communicate musical works that form part of the SOCAN repertoire.⁵ It also holds a licence from the Audio Visual Licensing Agency (AVLA) for the reproduction and communication of the video-clip as a cinematographic work. It has never held a licence from a collective society allowing it to reproduce musical works.

IV. THE PARTIES' ARGUMENTS

SODRAC seeks to receive 1.58 per cent of the revenues of MusiquePlus and 1.8 per cent of those of MusiMax. It also requests inclusion in the licence of several conditions dealing with, among other things, the fixation, reproduction, use and storage of authorized copies. Its claims are essentially based on an evaluation prepared by its consultant, Mr. Paul Audley.

Selon les besoins, toutes ces copies sont ensuite copiées de nouveau lors de la première diffusion du cycle de huit heures du service MusiquePlus, reproduites dans les émissions comprenant des clips ou extraits de clips, incorporées aux émissions produites par TV MaxPlus, numérisées dans le serveur vidéo utilisé pour monter et diffuser la programmation du service MusiMax ou encore, numérisées sur ordinateur lorsqu'une émission vendue à un tiers doit être reformattée pour répondre aux exigences de ce dernier. MusiquePlus inc. conserve dans sa vidéothèque copies des émissions à contenu éditorial diffusées sur les ondes des services et des tournages originaux ayant ensuite servi au montage d'émissions.

De façon incidente, MusiquePlus inc. copie des œuvres musicales lorsqu'elle produit des compilations de clips pour visionnement à bord d'avions et incorpore certains extraits musicaux ou de clips sur le site Internet du service MusiquePlus.

Une décision de la Commission autorise MusiquePlus inc. à communiquer les œuvres musicales faisant partie du répertoire de la SOCAN.⁵ Elle détient par ailleurs une licence de l'*Audio Visual Licensing Agency* (AVLA) pour la reproduction et la communication de l'œuvre cinématographique que constitue le vidéoclip. Elle n'a jamais détenu de licence d'une société de gestion lui permettant de reproduire des œuvres musicales.

IV. LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

La SODRAC demande à recevoir 1,58 pour cent des revenus de MusiquePlus et 1,8 pour cent de ceux de MusiMax. Elle demande aussi à ce que la licence soit assortie de plusieurs conditions visant entre autres la fixation, la reproduction, l'utilisation et la conservation des copies autorisées. Elle fonde l'essentiel de ses prétentions sur l'évaluation préparée par son expert-conseil, M. Paul Audley.

While acknowledging its obligation to pay royalties to SODRAC, MusiquePlus inc. argues, based on the testimony of Mr. Farès Khouri, an economist, that the amounts sought are unreasonable. It proposes instead a flat rate of 0.15 per cent. It also questions SODRAC's right to control the use of the reproductions it authorizes or to be remunerated for such use.

The parties agree to take as a starting point the royalties that SODRAC receives from the TVA and TQS networks, adjusted to take into account the fact that the services make greater use of music than TVA or TQS. They also agree that the royalties should be based on the revenues of the services.⁶ There is no need to explain how the experts reached these conclusions.

Where the experts disagree is on the adjustments they would subsequently make. Mr. Audley would increase the rate to take into account the fact that the services make greater use of foreground music (by contrast to background or production music) than conventional television. He justifies this by arguing that music is necessarily worth more when it is the cornerstone of programming than when it is used as an accompanying component. Mr. Khouri would lower the rate to take into account the fact that the services air the same programs several times. He claims that a repeated program has essentially no residual value.

The parties also disagree on the value to be assigned to intermediate copies. SODRAC argues that the large number of copies made of the same clip (six or more) must be taken into account; MusiquePlus inc. claims that intermediate copies have no intrinsic value.

MusiquePlus inc. reconnaît devoir verser des redevances à la SODRAC, mais soutient, en se fondant sur le témoignage de M. Farès Khouri, économiste, que les sommes demandées sont déraisonnables. Elle avance plutôt un taux uniforme de 0,15 pour cent. Elle met aussi en cause le droit de la SODRAC de contrôler l'utilisation des reproductions qu'elle autorise ou d'être rémunérée pour cette utilisation.

Les parties s'entendent pour utiliser comme point de départ les redevances que la SODRAC reçoit des réseaux TVA et TQS, ajustées pour tenir compte du fait que les services utilisent plus de musique que TVA ou TQS. Elles conviennent que les redevances soient fonction des revenus des services.⁶ Il n'est pas nécessaire d'expliquer comment les experts en arrivent à ce résultat.

Là où les experts divergent, c'est à l'égard des ajustements qu'ils apporteraient par la suite. Monsieur Audley hausserait le taux pour tenir compte du fait que les services utilisent beaucoup plus de musique de premier plan (par opposition aux musiques dites de fond ou de production) que la télévision conventionnelle. Il justifie cette mesure en soutenant que la musique vaut nécessairement plus cher lorsqu'elle est la pierre angulaire de la programmation que lorsqu'on l'utilise comme élément d'accompagnement. Monsieur Khouri réduirait le taux pour tenir compte du fait que les services diffusent les mêmes émissions à plusieurs reprises. Il soutient que la valeur de l'émission qu'on répète est déjà épuisée pour l'essentiel.

Les parties ne s'entendent pas non plus sur la valeur à accorder aux copies intermédiaires. La SODRAC soutient qu'il faut tenir compte du très grand nombre de copies effectuées du même clip (six ou plus); MusiquePlus inc. prétend que les copies intermédiaires n'ont pas de valeur intrinsèque.

Finally, there is disagreement on the issue of fair dealing. MusiquePlus inc. requests an adjustment in this respect; SODRAC maintains that the requirements for availing oneself of this exception are not met.

V. ANALYSIS

Had it been necessary to do so, the Board would have rejected the approach put forward by Mr. Khouri because of the many difficulties it involves. His is a three-step approach. First, he calculates a minute rate payable for the use of sound recordings. Second, the amount of minutes to which the rate is applicable is determined (he excludes repeat use). Finally, he proposes a process to be used for collection of the royalties.

A review of previous Board decisions dealing with commercial television reveals a diametrically opposite approach: the starting point is always the tariff applicable to commercial stations, calculated as a percentage of the revenues of broadcasters. There has never been an attempt to determine the amount that a specific broadcaster should pay for one minute of music.⁷ In any event, considering that the experts come essentially to the same conclusions, further analysis of their reports is not necessary.

The parties concur that MusiquePlus inc. needs access to the repertoire of SODRAC. By far the most important element of production of the services is the video-clip, which relies on musical content for its very existence. The services use the reproduction right in such way as to generate, by virtue of the licence, significantly greater added value, compared to conventional broadcasters.

Un désaccord existe enfin sur la question de l'utilisation équitable. MusiquePlus inc. demande un ajustement à ce titre; la SODRAC soutient que les conditions permettant de se réclamer de cette exception ne sont pas remplies.

V. ANALYSE

Si c'eût été nécessaire, la Commission aurait rejeté la démarche proposée par M. Khouri à cause des nombreuses difficultés qu'elle soulève. Cette démarche comporte trois étapes. Premièrement, on établit un taux minuitaire qui devrait être payé pour l'utilisation des enregistrements sonores. Deuxièmement, on détermine à quelle quantité de minutes appliquer ce taux (on élimine les utilisations répétitives). Troisièmement, on décide comment s'y prendre pour percevoir les redevances.

L'examen des décisions antérieures de la Commission en matière de télévision commerciale expose une démarche tout à fait contraire : on utilise toujours comme point de départ le tarif applicable aux stations commerciales, lui-même établi à un pourcentage des revenus des télédiffuseurs. On n'a jamais cherché à établir combien tel ou tel diffuseur devrait payer pour une minute de musique.⁷ Cela dit, compte tenu que pour l'essentiel, les experts en arrivent aux mêmes conclusions, il n'est pas nécessaire d'analyser davantage leurs rapports.

Les parties s'entendent pour dire que MusiquePlus inc. a besoin du répertoire de la SODRAC. L'élément de production le plus important des services, et de loin, c'est le vidéoclip, qui ne saurait exister sans la musique qu'il contient. La façon dont les services utilisent le droit de reproduction leur permet de dégager, grâce à la licence, une valeur ajoutée beaucoup plus importante que les télédiffuseurs traditionnels.

The principal issues to be decided here are the importance to be given to the number of copies made, the value of intermediate copies, and proposed adjustments with respect to foreground music and repeat programs. The Board intends to reject any adjustment for these factors.

The number of copies is of little importance, especially since SODRAC does not seek payment on this basis, but according to the revenues generated by broadcasting activities. For the same reason, there is no need to evaluate intermediate copies, although it would be a fallacy to claim that they are of little or no value. The business model of the services depends upon reproduction, which allows them to generate profit. It may be noted that programming costs represent a much smaller share of their expenditures than that of other French-language specialty services.⁸ These savings are largely attributable to the use of the reproduction right, and to repeat programming:

Counsel for the appellant emphasized several times that, in acting as it did, his client had not obtained any unjust enrichment at the respondent Bishop's expense. That is not only irrelevant but incorrect. If the appellant recorded Bishop's work, it did so because it was in its interests to do so. It thereby ensured that its broadcasts would be of a better quality and could later be rebroadcast more cheaply. It is quite understandable that the appellant should have to pay for these benefits.⁹

Likewise, there is no need to reduce the rate on the ground that the services rerun the same programs and frequently repeat the most popular clips. First, if reruns occur, it is because the services see them as a means of generating additional income. A rate based on income takes this factor into account. Popular reruns generate

Les principaux débats qu'il faut trancher portent sur l'importance à donner au nombre de copies, la valeur des copies intermédiaires et les ajustements au titre de la musique de premier plan et de la répétition d'émissions. La Commission entend rejeter tout ajustement à ces titres.

Ainsi, le nombre de copies importe peu, d'autant plus que la SODRAC veut se faire payer non pas en fonction de cela, mais en fonction des revenus générés par l'activité de diffusion. Pour le même motif, il n'est pas nécessaire de débattre de la valeur des copies intermédiaires et ce, bien qu'il soit fallacieux de prétendre qu'il s'agit de copies sans grande valeur. Le modèle d'exploitation des services dépend de l'activité de reproduction, qui lui permet de dégager des profits. Qui plus est, le pourcentage de leurs dépenses affecté aux coûts de programmation est de beaucoup inférieur à celui des autres services spécialisés de langue française.⁸ Ces économies sont attribuables dans une large mesure à l'exercice du droit de reproduction et à la répétition de la programmation :

[TRADUCTION] Le procureur de l'appelante a insisté à plusieurs reprises sur le fait qu'en agissant de la sorte, elle ne s'était pas enrichie sans cause aux dépens de l'intimée Bishop. Cela est faux en plus d'être non pertinent. Si l'appelante a copié l'œuvre de Bishop, c'est parce qu'il était dans son intérêt de le faire. Elle faisait ainsi en sorte que ses émissions soient de meilleure qualité et puissent ensuite être rediffusées à plus faible coût. Il est donc normal qu'elle paye pour ces avantages.⁹

De même, il n'y a pas lieu d'escompter le taux au motif que les services rediffusent les mêmes émissions et répètent fréquemment les clips les plus populaires. Premièrement, s'il y a rediffusion, c'est que les services y voient un moyen de dégager des revenus supplémentaires. Un taux de redevances fondé sur les revenus

more revenue; unpopular ones generate less. Second, some repetitions have greater value because they are familiar and remind the viewer that an event is pending (the start of a program, for instance); again, the adopted formula takes this into account. Third, as already noted, the fact that the services are able to rerun a copy, instead of starting from scratch, allows them to benefit from significant savings.¹⁰ Fourth, as Mr. Khouri admits, the target audience of the services frequently wants to hear the same works repeated.¹¹ Fifth, it may be presumed that viewers attach greater value to the broadcast they are watching, no matter whether or not it is a rerun, than to an alternative program.¹² Sixth, licences negotiated freely usually limit the number of authorized broadcasts, which shows that reruns have value.

The Board does not propose to take into account the fact that the services use a high proportion of foreground music. This is a relevant factor for purposes of distribution: SODRAC and many other collectives remunerate foreground music more than accompaniment music. This being said, the fact that licensees agree among themselves to proceed in this manner in the allocation of royalties does not automatically imply that the same should be done in setting the rate payable by the user, for the reasons that follow.

First, accepting this factor for the sole reason that it applies to the allocation process would be to rely entirely on one of the parties in the choice of one of the key components in setting a rate. Second, it has not been shown that it is relevant from the user point of view. Third, applying this factor is likely to give rise to practical difficulties which might themselves negate any related benefit. At least, this cannot be envisaged without a reliable means of

tiennent compte de ce facteur. La rediffusion populaire produit plus de revenus; celle qui ne l'est pas en produit moins. Deuxièmement, certaines répétitions ont une grande valeur parce qu'elles sont familières et indiquent au spectateur l'imminence d'un événement (le début d'une émission, par exemple); encore une fois, la formule retenue en tient compte. Troisièmement, comme on l'a déjà souligné, le fait de pouvoir rediffuser la copie plutôt que de tout reprendre à neuf permet aux services de réaliser des économies importantes.¹⁰ Quatrièmement, de l'aveu même de M. Khouri, l'auditoire cible des services veut réentendre fréquemment les mêmes œuvres.¹¹ Cinquièmement, il coule de source que le téléspectateur accorde plus de valeur à la diffusion qu'il visionne, qu'il s'agisse ou non de la première, qu'à toute autre.¹² Sixièmement, les licences librement transigées limitent le nombre de diffusions permises; c'est donc que les rediffusions ont de la valeur.

La Commission n'entend pas non plus tenir compte du fait que les services utilisent beaucoup de musique de premier plan. La distinction est pertinente au plan de la distribution : la SODRAC et bien d'autres sociétés de gestion rémunèrent davantage la musique de premier plan que la musique d'accompagnement. Cela dit, le fait que les titulaires s'entendent entre eux pour procéder ainsi dans la répartition des redevances n'implique pas automatiquement qu'il faille agir de même dans l'établissement du taux payé par l'utilisateur et ce, pour les motifs qui suivent.

Premièrement, accepter la distinction au seul motif qu'on la pratique en matière de répartition, ce serait s'en remettre entièrement à l'une des parties pour le choix d'un des éléments clés dans l'établissement du taux. Deuxièmement, on n'a pas démontré que la distinction soit pertinente du point de vue de l'utilisateur. Troisièmement, l'application de la distinction risque de soulever des difficultés d'ordre pratique qui pourraient fort bien à elles

identifying the uses of musical works and sound recordings. Fourth, there are, as already mentioned, certain forms of production music (such as the theme in a newscast) that merit special treatment because of their power to draw an audience, giving rise to further complications at a practical level.

The Board does not intend, finally, to take into account the laws and regulations which make it mandatory for the services to use more Francophone material. Their obligations towards rights holders with regard to the remainder of the repertoire are accordingly diminished. In any case, the Board has always refused to discount the value of a repertoire for this reason alone.

There remains the issue of fair dealing. Sections 29.1 and 29.2 of the *Act* provide, among other things, that fair dealing for the purpose of criticism, review or news reporting does not infringe copyright if the source and, if provided, the name of the author, are mentioned. MusiquePlus inc. argues that four of its programs, representing seven per cent of the air time of MusiquePlus, constitute fair dealing.

The programs concerned are focussed on criticism, review and news reporting. It is therefore probable that they involve instances of fair dealing. Nevertheless, there should be no reduction of the magnitude requested for the following reasons.

First, even if it is accepted that the programs mentioned fill the air time indicated, the instances of fair dealing involved necessarily represent much less than the seven per cent share of air time. To begin with, nothing shows

seules anéantir tout avantage en découlant. À tout le moins, on ne saurait l'envisager avant la mise en place d'un outil fiable recensant l'usage des œuvres musicales et enregistrements sonores. Quatrièmement, il y a, on l'a dit, des musiques de production (le thème d'une émission de nouvelles, par exemple) auxquelles il faudrait alors songer à accorder une attention spéciale à cause de leur pouvoir d'attraction de l'auditoire, d'où des complications supplémentaires sur le plan pratique.

La Commission n'entend pas enfin tenir compte du cadre réglementaire qui oblige les services à utiliser plus de matériel francophone. Leurs obligations éventuelles à l'égard des titulaires de droits sur le reste du répertoire s'en trouvent diminuées d'autant. Et de toute façon, la Commission s'est toujours refusée à escompter la valeur d'un répertoire pour ce seul motif.

Reste la question de l'utilisation équitable. Les articles 29.1 et 29.2 de la *Loi* prévoient entre autres que l'utilisation équitable d'une œuvre aux fins de critique ou de compte rendu ou encore, pour la communication des nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés la source et, si ce renseignement y figure, le nom de l'auteur. MusiquePlus inc. soutient que quatre émissions, représentant sept pour cent du temps d'antenne du service MusiquePlus, sont des exemples d'utilisation équitable.

Les émissions en question se livrent à la critique, au compte rendu et à la nouvelle. Il est donc probable qu'elles impliquent des utilisations équitables. Néanmoins, il n'y a pas lieu d'accorder un rabais de l'ampleur demandée pour les motifs qui suivent.

Premièrement, même si les émissions mentionnées occupent le temps d'antenne indiqué, l'utilisation équitable qui en résulte représente nécessairement beaucoup moins que sept pour cent du temps d'antenne. D'abord, il

that all of the uses that could be termed fair dealing are actually so. After viewing the programs, the Board notes that the name of the author is seldom mentioned; this must be done if the information has been provided, as one may presume occurs.¹³ Further, these programs involve uses of works that do not qualify as fair dealing, since the works in question (production music, for example) are not being criticized, reviewed or reported upon. Finally, although music usually accounts for 90 per cent of the services' air time, the notion of fair dealing implies a lower rate of music use during the program concerned, precisely to make room for criticism, review or reporting.

Second, it may be assumed that TVA and TQS also practice fair dealing with the SODRAC repertoire, but such uses have not been discounted when calculating the use of the repertoire by these two networks.

As we shall see later, the Board will adjust the formula it applies to calculate the rate so as to take into account the instances of fair dealing that actually occur. This rounding off results in a rebate of one fifth of one per cent.

Calculation

The licence rate should then be the average of the percentage of the revenues earned by TQS and TVA and paid to SODRAC, adjusted for the relative use of the SODRAC repertoire. The data provided by the parties to the Board correspond sufficiently to allow those put forward by SODRAC to be used; they are more complete, and there is no prejudice to MusiquePlus inc.

n'est pas dit que toutes les utilisations qui pourraient être équitables le sont. Un visionnement a permis d'établir qu'on mentionne rarement le nom de l'auteur, ce qui doit être fait si le renseignement figure dans la source. Or, on est en droit de penser que cette mention existe dans bon nombre de cas.¹³ Ensuite, ces émissions comportent des utilisations qui ne sont pas équitables, puisque ce ne sont pas ces œuvres (la musique de production, par exemple) que l'on critique, commente ou annonce. Enfin, si la musique représente 90 pour cent du temps d'antenne des services, la notion même d'utilisation équitable implique une utilisation de musique moindre durant l'émission visée, précisément pour faire place à la critique, à la nouvelle ou au compte rendu.

Deuxièmement, on peut tenir pour acquis que TVA et TQS se livrent elles aussi à des utilisations équitables du répertoire de la SODRAC; or, ces usages n'ont pas été escomptés dans le calcul d'utilisation du répertoire par ces deux réseaux.

Comme on le verra plus loin, la Commission arrondit le résultat de la formule qu'elle utilise pour dériver le taux de la redevance dans le but de tenir compte des utilisations équitables qui se produisent réellement. Le résultat est un escompte d'un cinquième de un pour cent.

Calcul

Le taux de la licence devrait donc être la moyenne du pourcentage de leurs revenus que versent TQS et TVA à la SODRAC, corrigé pour tenir compte de l'utilisation relative faite du répertoire de la SODRAC. Les données dont la Commission dispose sont suffisamment semblables pour pouvoir utiliser celles mises de l'avant par la SODRAC, qui sont les seules complètes, sans porter préjudice à MusiquePlus inc.

These data give rise to certain methodological difficulties. For example, a four-year average is used to obtain a repertoire use rate for TVA and TQS, but only a three-year average to calculate the use rate of the services. Since this approach is to the advantage of the services, there is no harm in using the data put forward by SODRAC.

Also, SODRAC uses for its calculations simple averages that are not weighted according to viewing or revenue. Yet, TQS' revenues represent at most 25 per cent of those of TVA. As for the revenues of the services, they stood at \$13.5 million for MusiquePlus and \$5.3 million for MusiMax for the fiscal year ending August 31, 1999.

Weighting based on revenues yields the following figures:

Ces données soulèvent certaines difficultés sur le plan de la méthodologie. Par exemple, on utilise une moyenne de quatre années pour en arriver à un taux d'utilisation du répertoire par TVA et TQS, mais on n'utilise que trois années pour en arriver aux taux d'utilisation des services. Comme cette démarche joue en faveur des services, il n'y a pas de mal à se servir des données que la SODRAC propose.

Par ailleurs, la SOCRAC utilise dans ses calculs des moyennes simples; elles ne sont pas pondérées en fonction de l'écoute ou des revenus. Or, les revenus de TQS sont tout au plus le quart de ceux de TVA. Quant aux revenus des services, ils étaient de 13,5 millions de dollars pour MusiquePlus et de 5,3 millions de dollars pour MusiMax, pour l'exercice financier se terminant le 31 août 1999.

En pondérant en fonction des revenus, on obtient ce qui suit :

| CALCULATION OF THE ROYALTY RATE CALCUL DU TAUX DE REDEVANCES | | | | |
|--|---|------|--------------|----------|
| | TVA | TQS | Musique Plus | MusiMax |
| 1. Use of the SODRAC repertoire (% of air time) Utilisation du répertoire SODRAC (% du temps d'antenne) | 8.35 | 5.32 | 27.64 | 32.37 |
| 2. Royalties paid to SODRAC (% of revenues) Redevances versées à la SODRAC (% des revenus) | 0.24 | 0.21 | | |
| 3. Revenue ratios/Rapports de revenus | 4/5 | 1/5 | 13.5/18.8 | 5.3/18.8 |
| 4. Weighted average use of the SODRAC repertoire (% of air time) [1 × 3] Moyenne pondérée d'utilisation du répertoire SODRAC (% du temps d'antenne) [1 × 3] | 6.68 | 1.06 | 19.84 | 9.13 |
| 5. Weighted average of royalties paid to SODRAC (% of revenues) [2 × 3] Moyenne pondérée des redevances versées à la SODRAC (% des revenus) [2 × 3] | 0.18 | 0.05 | | |
| 6. Royalty: $\frac{[(5 \text{ TQS} + 5 \text{ TVA}) \times (4 \text{ Mpls} + 4 \text{ Mmax})]}{(4 \text{ TQS} + 4 \text{ TVA})}$ Redevance : $\frac{[(5 \text{ TQS} + 5 \text{ TVA}) \times (4 \text{ Mpls} + 4 \text{ Mmax})]}{(4 \text{ TQS} + 4 \text{ TVA})}$ | $\frac{0.233 \times 28.97}{7.74} = 0.872\%$ | | | |

Rounding to 0.87 per cent is a means of taking into account the fair dealing which the services claim to practice. The setting of a single rate for the two services avoids the possibility of assigning revenues to the account of the service having a lower rate for the sole purpose of reducing the amount of the royalties.

The total royalties for the fiscal year ending August 31, 1999 would thus be \$163,560.

The Internet

Although each service operates an Internet site, it appears that only the MusiquePlus site contains copies of musical works. MusiquePlus inc. requests that the licence apply to all copying activity based on a single formula. SODRAC requests \$1,200 per site annually, or one per cent of revenues for a licence allowing a surfer to hear copies carried on a site, not to include downloading. The only comparison to what is proposed is a licence issued to a record retailer, at a price lower than that requested in these proceedings.

It is premature to deal with the issue of downloading. First, it appears that this is not as yet allowed by the services. Second, downloading is already the subject of a proposed tariff from SODRAC; to address the issue at this point would be tantamount to denying SODRAC a right clearly granted to it exclusively under the *Act*.

It is however appropriate to deal with the issue of copies available for listening on the Internet site of the services. At present, these sites are used to attract viewers. Consequently, the value of the copy made should be assessed on the basis of the viewing value of the program towards which an attempt is made to attract the visitor, rather than according to its listening value on the site. The formula to be adopted already fulfills that objective.

L'arrondissement à 0,87 pour cent permet de tenir compte des utilisations équitables auxquelles les services disent se livrer. L'établissement d'un taux unique pour les deux services évite toute tentation d'imputer des revenus au compte du service dont le taux est moins élevé dans le seul but de réduire le montant des redevances.

Le montant des redevances pour l'exercice financier se terminant le 31 août 1999 serait ainsi de 163 560 \$.

L'Internet

Chaque service exploite un site Internet, mais il semble que seul le site de MusiquePlus contienne des copies d'œuvres musicales. MusiquePlus inc. demande à ce que la licence s'applique à toutes les activités de copie, en fonction de la même formule. La SODRAC demande 1 200 \$ par site par année ou un pour cent des revenus pour une licence permettant l'écoute des copies portées au site, mais non leur téléchargement. Le seul point de comparaison offert est une licence émise à un détaillant de disques, pour un prix moindre que celui demandé dans la présente affaire.

Il serait prématuré de traiter de la question du téléchargement. D'une part, le dossier semble établir que les services ne le permettent pas encore. D'autre part, la question fait déjà l'objet d'une demande de tarif de la part de la SODRAC; en traitant ici du téléchargement, on nierait à la SODRAC un droit que la *Loi* lui accorde clairement, et à elle seule.

Il convient toutefois de traiter des copies pouvant être écoutées à partir du site Internet des services. Ces sites servent pour l'instant à attirer des téléspectateurs. Par conséquent, la valeur de la copie effectuée devrait se mesurer en fonction de l'écoute qui en résulte pour l'émission vers laquelle on tente d'attirer le visiteur, non en fonction de l'écoute effectuée sur le site. La formule retenue répond déjà à ce besoin.

Music compilations intended for airlines

The parties agree that the royalties in respect of compilations intended for airlines should be based on the proportion of the SODRAC repertoire used in a given compilation. SODRAC requests a base rate of six per cent, while MusiquePlus inc. would set it at one per cent.

Compilations designed for airlines contain video-clips only. AVLA collects six per cent of the revenues from the sale of such compilations. Setting the base rate of the SODRAC licence at the same level is tantamount to ruling, implicitly, on two issues in respect of which the record of these proceedings is much too incomplete: the relative value of the reproduction right for video-clips and of the underlying musical work, and that of the reproduction right granted by AVLA compared to the communication right. Having said this, applying the formula chosen by the Board would result in a royalty rate of approximately three per cent if all of the music used by the services belonged to SODRAC.¹⁴ It is this rate, therefore, which will be used for the purposes of musical compilations.

The parties agree to determine how much of SODRAC's repertoire is used in a compilation by using the duration of the compilation as the standard. They also agree on how to exchange relevant information. MusiquePlus inc. will first provide SODRAC with information allowing SODRAC to determine what it owns. SODRAC will then provide to MusiquePlus inc. a list of works that are part of its repertoire. Finally, MusiquePlus inc. will calculate and pay royalties using the information received from SODRAC.

Les compilations musicales destinées aux lignes aériennes

Les parties s'entendent pour que la redevance pour les compilations destinées aux lignes aériennes soit fonction de la proportion du répertoire de la SODRAC utilisée dans une compilation donnée. La SODRAC demande un taux de base de six pour cent, alors que MusiquePlus inc. l'établirait à un pour cent.

Les compilations destinées aux lignes aériennes contiennent uniquement des vidéoclips. L'AVLA perçoit six pour cent des revenus provenant des ventes de ces compilations. Établir le taux de base de la licence de la SODRAC à ce même niveau implique de se prononcer, du moins implicitement, sur deux questions à l'égard desquelles le dossier de la présente affaire est par trop incomplet : la valeur relative du droit de reproduction du vidéoclip et de l'œuvre musicale sous-jacente, et celle du droit de reproduction consenti par l'AVLA par rapport au droit de communication. Par ailleurs, l'application de la formule que la Commission a retenue aurait entraîné un taux de redevances d'environ trois pour cent si toute la musique utilisée par les services appartenait à la SODRAC.¹⁴ C'est donc ce taux qui servira pour les fins des compilations musicales.

Les parties se sont entendues pour établir la proportion du répertoire de la SODRAC utilisée dans une compilation en fonction de sa durée. Les parties se sont aussi entendues sur un mécanisme d'échange de renseignements. MusiquePlus inc. remet d'abord à la SODRAC des renseignements permettant à la SODRAC d'établir ce qui lui appartient. La SODRAC remet ensuite à MusiquePlus inc. la liste des œuvres faisant partie de son répertoire. MusiquePlus inc. verse enfin les redevances, calculées en fonction des renseignements qu'elle a reçus de la SODRAC.

Under the licence, only the making of a master tape is allowed; copies made by the airlines are not authorized. This is logical in that the licence pertains exclusively to MusiquePlus inc. It is up to the airlines to go to SODRAC if they need a licence in this regard.

Sale of programs

MusiquePlus inc. asks that it be allowed to reproduce its programs for sale to other broadcasters in exchange for one per cent of the proceeds of such sales. SODRAC is reluctant to grant a blanket licence for the sale of such programs on the ground that the price of the licences it issues in this market fluctuates according to certain criteria such as duration or the number of airings. SODRAC adds that the Board cannot oblige it to grant a blanket licence covering all of its repertoire, especially in this context.

The Board has the power to issue the licence requested. The conditions set out in paragraph 70.1(a) and subsection 70.2(1) of the *Act* are fulfilled: SODRAC administers a licensing scheme covering the contemplated use and MusiquePlus inc. wants a licence. It is the blanket character of the licence requested that SODRAC challenges, arguing that it would not be appropriate.

The Board will allow the resale of programs first produced for broadcast by the services. The factors to which SODRAC refers (duration, number of broadcasts, size of the target audience) are precisely those that MusiquePlus inc. will take into account in its negotiations with potential buyers. MusiquePlus inc. agrees to pay a percentage of the sale price, regardless of the fact that the program buyer might already be a SODRAC licensee. SODRAC states that it issues gratuitously licences to producers of programs designed for one of its licence holders.

La licence permet uniquement la confection d'une bande maîtresse; les copies effectuées par les lignes aériennes ne sont pas visées. Il est normal qu'il en soit ainsi, puisque la licence vise uniquement les revenus de MusiquePlus inc. Il revient aux lignes aériennes de s'adresser à la SODRAC si elles ont besoin d'une licence à cet égard.

La vente d'émissions

MusiquePlus inc. demande qu'on lui permette de reproduire ses émissions pour les vendre à d'autres diffuseurs moyennant un pour cent des revenus provenant de ces ventes. La SODRAC ne veut pas accorder de licence générale concernant la vente d'émissions, au motif que les prix des licences qu'elle émet dans ce marché varient en fonction de paramètres comme la durée ou le nombre de diffusions. La SODRAC ajoute que la Commission ne peut la forcer à accorder une licence générale visant tout son répertoire, particulièrement dans une situation comme celle-ci.

La Commission peut émettre la licence demandée. Les conditions prescrites à l'alinéa 70.1 a) et au paragraphe 70.2(1) de la *Loi* sont remplies : la SODRAC administre un régime de licences visant l'usage envisagé et MusiquePlus inc. veut une licence. Ce à quoi la SODRAC s'oppose, c'est au caractère général de la licence demandée, affirmant qu'il ne serait pas approprié.

La Commission entend permettre la revente d'émissions d'abord produites pour être diffusées sur les ondes des services. Les facteurs auxquels la SODRAC fait allusion (durée, nombre de diffusions, importance de l'auditoire cible) sont précisément ceux dont MusiquePlus inc. tiendra compte dans ses négociations avec des acheteurs potentiels. Celle-ci accepte de verser un pourcentage du prix de vente, sans égard au fait que l'acheteur de l'émission pourrait détenir une licence de la SODRAC. Or, la SODRAC dit émettre à titre gratuit les

It is thus difficult to understand in what respect the licence contemplated might be prejudicial to SODRAC.

On the other hand, it appears that neither MusiquePlus inc. nor TV MaxPlus currently produce programs designed exclusively for third parties. Under these circumstances, it seems to be preferable to limit the scope of the licence to the known activities of MusiquePlus inc.

The latter will be free to sell these programs to whoever it thinks fit, without having to first ensure that the buyer holds a SODRAC licence. However, it will be required to keep SODRAC informed of program sales, so that SODRAC can take any measures it deems necessary.

With regard to royalties, they should be the same as those that apply to compilations intended for airlines. The parties agree to determine how much of SODRAC's repertoire is used in a program by using as the dominator music airtime for programs containing less than 50 per cent of music, and program airtime in all other cases. The information exchange mechanism will be the same as for compilations.

Setting limitations to contemplated uses: the destination right

MusiquePlus inc. claims that SODRAC, in an attempt to limit the purposes for which copies made pursuant to the licence might be used, seeks to introduce the notion of a destination right. SODRAC argues that it merely seeks to include in the licence terms and conditions that are customary in the business. The Board agrees with SODRAC. What follows will suffice to dispose of this question for the purpose of the present decision.

licences destinées aux producteurs d'émissions destinées à un de ses titulaires de licences. Il est donc difficile de comprendre en quoi la licence envisagée pourrait porter préjudice à la SODRAC.

D'autre part, il semble que ni MusiquePlus inc., ni TV MaxPlus ne produisent pour l'instant d'émissions destinées uniquement à des tiers. Dans ces circonstances, il semble préférable de limiter la portée de la licence aux activités connues de MusiquePlus inc.

Cette dernière est libre de vendre ces émissions à qui bon lui semble, sans devoir s'assurer au préalable que l'acquéreur détient une licence de la SODRAC. Toutefois, obligation est faite à MusiquePlus inc. d'informer la SODRAC des ventes d'émissions, de façon à permettre à la SODRAC de prendre les mesures qui s'imposent, le cas échéant.

Quant aux redevances, il convient qu'elles soient les mêmes que pour les compilations destinées aux lignes aériennes. Les parties se sont entendues pour établir la proportion du répertoire de la SODRAC utilisée dans une émission en fonction du temps d'antenne de la musique pour les émissions à faible contenu musical (moins de 50 pour cent) et en fonction du temps d'antenne de l'émission dans tous les autres cas. Le mécanisme d'échange de renseignements est le même que pour les compilations.

L'établissement de limites à l'usage envisagé et la question du droit de destination

MusiquePlus inc. prétend qu'en tentant de limiter ce à quoi les copies fabriquées conformément à la licence peuvent servir, la SODRAC cherche à introduire la notion de droit de destination. La SODRAC soutient pour sa part qu'elle cherche simplement à inclure dans la licence des modalités habituelles dans le commerce. La Commission abonde dans le sens de la SODRAC. Les paragraphes qui suivent suffisent à disposer de la question pour les fins de la décision.

Some foreign copyright legislation makes any assignment of copyright contingent upon specifying, among other things, the extent and purpose (or destination) of the rights being assigned. The conditions of contracts dealing with the destination of copies can thus be enforced against third parties, despite the principle of privity of contract.¹⁵ The rights holder is in a position to demand additional royalties from third parties when there is a change in the destination of an otherwise legally acquired copy (for example, when a copy sold for private listening is used to effect a public performance).

These concepts are not relevant to the present proceedings. SODRAC is not requesting that MusiquePlus inc. pay for copies it acquires from third parties, but only for those copies that it acknowledges making itself. Neither does it ask to be paid for any subsequent changes of destination of the copies made pursuant to this licence, presuming that MusiquePlus inc. might dispose of them. It does not request, finally, control of the use of copies made by parties other than MusiquePlus inc., but only control of the use made by MusiquePlus inc. of the copies it makes.

Since what is involved here is a contractual issue, a determination must be made as to whether SODRAC can, contractually, seek to oversee the use made by MusiquePlus inc. of the copies it makes. In this regard, the principle of freedom of contract should prevail: the contracting parties may stipulate anything upon which they may agree, as long as it is not contrary to law or public policy.

In any event, the evidence presented in these proceedings tends to demonstrate the opposite of what MusiquePlus inc. argues. First of all, copyright includes the right to prohibit use. Anyone having this power is consequently able

Certaines législations sur le droit d'auteur subordonnent la transmission de droits à la condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité entre autres quant à sa destination. Les clauses portant sur la destination des exemplaires deviennent ainsi opposables à l'égard des tiers, mettant en veilleuse le principe de l'effet relatif des contrats.¹⁵ On permet ainsi au titulaire de droits d'exiger de tiers des redevances supplémentaires lorsque change la destination d'une copie par ailleurs légitimement acquise (par exemple, lorsqu'une copie vendue pour permettre l'écoute en privé est utilisée pour effectuer une exécution publique).

Ces principes ne sont pas pertinents à la présente affaire. La SODRAC ne demande pas que MusiquePlus inc. paye pour les supports qu'elle acquiert de tiers, mais uniquement pour les copies qu'elle reconnaît effectuer. Elle ne demande pas non plus d'être payée pour l'éventuel changement de destination de copies confectionnées en application de la présente licence et dont MusiquePlus inc. disposerait par la suite. Elle ne demande pas enfin de contrôler l'usage des copies faites par d'autres que MusiquePlus inc., mais uniquement de contrôler l'usage que MusiquePlus inc. fait des copies qu'elle confectionne.

S'agissant alors d'une question contractuelle, il faut déterminer si la SODRAC peut, par le biais du droit des contrats, chercher à encadrer l'usage que MusiquePlus inc. fait des copies qu'elle confectionne. À cet égard, le principe de la liberté des contrats semble devoir prévaloir : les parties contractantes peuvent prévoir les conditions qui leur conviennent, pour autant qu'elles ne soient pas contraires à la loi ou à l'ordre public.

Le dossier de la présente affaire tend par ailleurs à démontrer le contraire de ce que MusiquePlus inc. avance. D'abord, le droit d'auteur comprend le droit d'interdire. Celui qui peut interdire doit donc pouvoir établir les conditions auxquelles il

to establish the conditions under which permission to use is granted. Further, Canadian copyright law appears to allow, but does not require, the setting up of such contractual conditions when it refers, in subsection 13(4) of the *Act*, to licence assignments for “any interest in the right”.¹⁶ Finally, agreements by which MusiquePlus inc. acquires programming, like those under which it licenses its own, appear to include provisions dealing with the uses that may be made of a copy.

MusiquePlus inc. also argues that if SODRAC can proceed in this manner by virtue of the law of contract, it follows that, since what is involved is not a right created by the *Act*, this matter is beyond the competence of the Board under section 70.2. Courts of law have interpreted very broadly the power of the Board to establish the terms and conditions of a tariff.¹⁷ Since what is involved here is an arbitration, the Board finds itself substituted to the will of the parties. It can accordingly impose on them whatever they could have agreed to themselves.

Using a work for advertising purposes

The parties agree to allow the making of copies intended for self-promotion only. They also agree not to allow the use of works that are not already included in a program. SODRAC proposes the synchronization of the work with the same images as appear in the audiovisual work it intends to promote.¹⁸ MusiquePlus inc. would like to be able to synchronize any musical work used in a program with images excerpted from the same program.

The Board accepts that it cannot grant more than SODRAC could. Agreements entered into with Canadian rights owners do not appear to limit the uses for which a licence may be issued. Agreements entered into with foreign collective societies seem, however, to provide that contracting societies “notify the other in writing of any limitation or reservation in the contents

permet. Ensuite, le droit d’auteur canadien semble bien permettre, sans l’exiger, l’établissement de conditions contractuelles lorsqu’il parle, au paragraphe 13(4) de la *Loi*, de cessions de licences pour «un intérêt quelconque dans ce droit».¹⁶ Enfin, tant les contrats par lesquels MusiquePlus inc. acquiert une licence que ceux par lesquels elle en cède une, semblent comporter des clauses traitant de l’usage qui peut être fait de la copie.

MusiquePlus inc. soutient par ailleurs que si la SODRAC peut agir ainsi par le truchement du droit des contrats alors, ne s’agissant pas d’un droit prévu par la *Loi*, cela échappe à la compétence de la Commission au titre de l’article 70.2. Les tribunaux judiciaires ont interprété de façon très libérale le pouvoir de la Commission d’établir des modalités de tarifs.¹⁷ S’agissant ici d’un régime d’arbitrage, la Commission se trouve substituée à la volonté des parties. Elle peut donc imposer ce dont les parties auraient pu convenir.

Utilisation de l’œuvre à des fins publicitaires

Les parties s’entendent pour permettre uniquement les copies destinées à l’auto-promotion. Elles s’entendent aussi pour ne pas permettre le montage d’une œuvre qui n’est pas utilisée dans l’émission. La SODRAC voudrait que l’œuvre soit synchronisée aux mêmes images que dans l’œuvre audiovisuelle qu’elle entend promouvoir.¹⁸ MusiquePlus inc. voudrait pouvoir synchroniser n’importe quelle musique utilisée dans une émission avec des images extraites de la même émission.

La Commission convient qu’elle ne peut accorder davantage que la SODRAC. Les contrats passés avec les ayants droit canadiens ne semblent pas limiter les usages pour lesquels une licence peut être émise. Les contrats passés avec les sociétés étrangères semblent par ailleurs comporter une disposition portant que les sociétés contractantes notifient par écrit

of its repertoire and in its administrative rights”. Only eight out of a total of 39 reciprocal agency agreements on file contain such a statement or provisions to like effect.¹⁹ Both the Board and MusiquePlus inc. are entitled to presume that SODRAC is able to authorize use for purposes of self-promotion where no documents to the contrary have been filed. Consequently, SODRAC will be required to provide such documentation to MusiquePlus inc. so that it can act accordingly.

The possibility of synchronizing selected segments of a program with the music already contained therein allows the highlighting of moments that are most likely to incite the viewer to view the complete work. Since SODRAC’s revenues are based on those of the services, it is in SODRAC’s interest that this be done. Furthermore, the Board does not see how such practices might be prejudicial to the moral right of the composer of a musical work who has already agreed to the incorporation of the work in the program being promoted. For these reasons, the licence will authorize the use requested by MusiquePlus inc.

Coming into force

The parties agree that the licence is to come into force on September 1, 1999, that is on the day following the filing of SODRAC’s application. The Board has never had to decide whether or not a decision rendered pursuant to subsection 70.2(2) of the *Act* comes into force on the date of the filing of the request; it has limited itself to speaking in terms of uncertainties in such cases.²⁰ However, the Board has already come to the conclusion in this decision that it can impose on the parties whatever they could have agreed to. There is no doubt that the parties could, here and now, agree to a licence coming into force on September 1, 1999.

«toute limitation ou réserve existant dans la consistance de son répertoire et dans ses droits d’administration». Seulement huit des 39 contrats de représentation réciproque déposés au dossier sont accompagnés d’une telle déclaration ou contiennent des dispositions au même effet.¹⁹ La Commission, tout comme MusiquePlus inc., est en droit de présumer que la SODRAC peut autoriser l’utilisation à des fins d’auto-promotion si une documentation pertinente n’a pas été déposée. Obligation est donc faite à la SODRAC de fournir cette documentation à MusiquePlus inc., afin qu’elle se gouverne en conséquence.

La possibilité de synchroniser certaines séquences d’une émission à de la musique déjà contenue dans l’émission permet d’en montrer les moments les plus susceptibles d’amener le téléspectateur à visionner l’œuvre complète. Les revenus de la SODRAC étant fonction de ceux des services, elle a intérêt à ce que cela se fasse. La Commission ne voit pas par ailleurs en quoi une telle pratique pourrait porter atteinte au droit moral du compositeur de l’œuvre musicale qui a déjà consenti à ce qu’on incorpore son œuvre dans l’émission qu’on cherche à promouvoir. Pour ces motifs, la licence autorise l’utilisation demandée par MusiquePlus inc.

Prise d’effet

Les parties s’entendent pour que la licence prenne effet le 1^{er} septembre 1999, soit le lendemain du dépôt de la demande de la SODRAC. La Commission n’a jamais eu à se prononcer sur la possibilité que la décision rendue en application du paragraphe 70.2(2) de la *Loi* puisse prendre effet à la date du dépôt de la demande; elle s’est donc contentée de parler d’incertitude à cet égard.²⁰ Or, la Commission a déjà conclu dans la présente décision qu’elle peut imposer ce dont les parties auraient pu convenir. Il ne fait pas de doute que les parties pourraient aujourd’hui convenir d’une licence prenant effet le 1^{er} septembre 1999.

MusiquePlus inc. requests that the royalty for the period from September 1, 1999 to the date of this decision be that established in the interim decision of November 22, 1999, or \$1 a month. It perceives this as a way of penalizing SODRAC for having failed to fulfil certain information requirements incumbent upon it under section 70.11 of the *Act*. SODRAC initially provided an incomplete repertoire and only filed its complete repertoire close to the date of the hearings. The Board refuses to act in this manner. To begin with, the obligation incumbent upon SODRAC is to respond within a reasonable time to reasonable requests for information regarding its repertoire. Considering the extent of the information requested and the fact that this was unprecedented for both parties, it is not clear that SODRAC behaved in an unreasonable fashion. Even if such were the case, a penalty in the order of \$200,000 would be out of proportion with the alleged fault.

Interest

Usually, the Board includes in its decisions the payment of interest to account for the time elapsed between the effective date of the decision and the date on which it is issued. It also provides for interest on late payments. In this instance, however, SODRAC has not asked for interest and the Board will not follow its usual practice.

VI. WORDING OF THE LICENCE

The Board has reviewed the text proposed by SODRAC, mainly for the purpose of eliminating repetitions and accurately reflecting its decision. Each party received a draft of the licence so as to avoid any changes with unforeseen consequences. Their numerous suggestions have greatly helped to simplify and clarify the

MusiquePlus inc. demande que la redevance pour la période du 1^{er} septembre 1999 à la date de la présente décision soit celle établie dans la décision provisoire du 22 novembre 1999, soit 1 \$ par mois. Elle y voit un moyen de sanctionner la SODRAC pour avoir manqué aux obligations de renseignement qui lui incombent en vertu de l'article 70.11 de la *Loi*. La SODRAC a d'abord fourni un répertoire incomplet, et n'a déposé son répertoire complet que bien près de la date d'ouverture des audiences. La Commission se refuse à agir ainsi. D'abord, l'obligation qui incombe à la SODRAC est de répondre dans un délai raisonnable aux demandes de renseignements raisonnables concernant son répertoire. Compte tenu de l'ampleur des renseignements demandés et du fait qu'il s'agissait d'une première pour les deux parties, il n'est pas certain que la SODRAC se soit comportée de façon déraisonnable. Même si c'était le cas, une sanction de l'ordre de 200 000 \$ serait sans commune mesure avec la faute alléguée.

Intérêts

Habituellement, la Commission prévoit le paiement d'intérêts pour tenir compte du temps écoulé entre la date de prise d'effet de la décision et celle à laquelle elle est rendue. On prévoit aussi le versement d'intérêts pour paiements tardifs. En l'espèce, toutefois, la SODRAC n'ayant formulé aucune demande à cet égard, la Commission s'abstient de procéder ainsi.

VI. LIBELLÉ DE LA LICENCE

La Commission a révisé le projet de licence de la SODRAC, principalement dans le but d'en éliminer les redites et de bien refléter la décision que la Commission rend. Un projet a été soumis aux parties avant l'émission de la licence finale dans le but d'éviter que les modifications ainsi apportées aient des conséquences imprévisibles.

wording. The Board thanks the parties for their cooperation.

Leurs nombreuses suggestions ont grandement aidé à simplifier et à clarifier le libellé de la licence. La Commission remercie les parties de leur coopération.

Le secrétaire général,

Claude Majeau
Secretary General

ENDNOTES

1. *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, 477-478.
2. The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) administers the performance and communication rights of practically all Canadian and foreign rights holders.
3. All references to air time discount the time allocated to commercials.
4. In fact, it is the existence of this practice, leading to the building of a significant collection of older works, that allowed the creation of MusiMax.
5. Although the holder of a licence from SOCAN is the party that delivers the services to the consumer, the networks are jointly and severally liable for paying the fees. See the April 19, 1996 decision certifying SOCAN Tariff 17, www.cb-cda.gc.ca/decisions/m19041996-b.pdf, [1996] 70 C.P.R. (3^d) 501.
6. This does not entail merging reproduction and performing rights. Remunerating the holder of the reproduction right *on the basis* of the broadcast is not tantamount to remunerating him *for* the broadcast. The fee to be collected by SODRAC is for the act of copying, in spite of the fact that the rate base is in respect of broadcasting and the revenues derived therefrom.
7. See, for example, note 5 above. This attempt to determine a rate per minute is all the more surprising since Mr. Khouri recognizes that a rate based on income automatically takes into account the varying ability to generate advertising revenues and

NOTES

1. *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, 477-478.
2. C'est la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) qui gère le droit d'exécution et de communication de pratiquement tous les ayants droit canadiens et étrangers.
3. Toutes les références au temps d'antenne escomptent le temps alloué aux messages publicitaires.
4. C'est même l'existence de cette pratique, ayant mené à l'accumulation d'une importante collection d'œuvres moins récentes, qui a permis la mise en ondes de MusiMax.
5. C'est la personne qui transmet les services au consommateur qui détient la licence de la SOCAN, mais les services sont solidairement responsables du paiement des redevances. Voir la décision du 19 avril 1996 homologuant le tarif 17 de la SOCAN, www.cb-cda.gc.ca/decisions/m19041996-b.pdf, [1996] 70 C.P.R. (3^e) 501.
6. Cela n'entraîne pas confusion du droit de reproduction et du droit d'exécution. Rémunérer le titulaire du droit de reproduction *en fonction* de la diffusion ne revient pas à le rémunérer *pour* la diffusion. Ce que la SODRAC percevra est pour l'activité de copie et ce, bien que l'assiette tarifaire servant à établir les redevances soit fonction de la diffusion et des revenus qui en découlent.
7. Voir par exemple, *supra*, note 5. Cette recherche d'un taux minutaire semble d'autant plus surprenante que M. Khouri reconnaît qu'un taux établi en fonction du revenu tient compte automatiquement de l'inégale capacité de gagner des revenus

that the rate per minute, all things being equal, already fluctuates according to sales: Exhibit MusiquePlus-20, paragraph 42, note 17 and paragraph 23.1.

8. Mr. Audley submits that the services would have spent an additional amount of 2.2 million dollars in 1999 on programming if the share of income allocated to these expenses had been the same as for other French-language specialty services.
9. *Bishop v. Stevens*, [1987] 18 C.P.R. (3^d) 257, 260 (F.C.A.).
10. Mr. Khouri even declared that the rights owners of SODRAC should participate in the added value deriving from their rights, adding that there can be no increase in productivity, in spite of all technological innovations, without the authorization of SODRAC: tr. p. 573. Since SODRAC did not press this point, it is not taken into account in these reasons.
11. Exhibit MusiquePlus-20, paragraph 38.
12. Mr. Khouri dealt at length with the relative prices paid by MusiMax and TQS when they jointly purchased the same program. For the present purposes, it is sufficient to note that if the relative revenues of the two broadcasters and their business models (individual broadcasts vs broadcast days) were to be taken into account, much closer rates per unit of use would have been obtained than by relying merely on raw data.
13. Forty per cent of video-clips mention the name of the right holder in the musical work: tr. page 385. Furthermore, the name of the author appears on the sleeve of most, if not all, popular music CDs. It is therefore easy for the host to mention this name when he has in hand the CD he is commenting upon.

publicitaires et que le taux minutaire, toutes choses égales, varie déjà en fonction du chiffre d'affaires : pièce MusiquePlus-20, paragraphe 42, note 17 et paragraphe 23.1.

8. M. Audley soutient que les services auraient dépensé 2,2 millions de dollars de plus en 1999 au titre des coûts de programmation si la part de revenus imputée à ces dépenses avait été la même que chez les autres services spécialisés de langue française.
9. *Bishop c. Stevens*, [1987] 18 C.P.R. (3^e) 257, 260 (C.A.F.).
10. M. Khouri a même affirmé que les ayants droit de la SODRAC devraient participer au dégagement de la valeur ajoutée créée en utilisant leurs droits, ajoutant qu'il n'y a pas de gain de productivité malgré toutes les innovations technologiques en l'absence de l'autorisation de la SODRAC : tr. p. 573. Comme la SODRAC n'a pas insisté sur ce point, il n'en est pas tenu compte dans les présents motifs.
11. Pièce MusiquePlus-20, paragraphe 38.
12. M. Khouri a fait grand état du prix relatif payé par MusiMax et TQS pour une même émission lors d'une acquisition conjointe. Pour les fins du présent dossier, il suffit de souligner que si l'on avait tenu compte des revenus relatifs de ces deux diffuseurs et de leur modèle d'exploitation (diffusions individuelles vs journées de diffusion), on aurait obtenu des taux par unité d'exploitation beaucoup plus rapprochés qu'en se fiant simplement aux données brutes.
13. Quarante pour cent des vidéoclips sont accompagnés d'une mention de l'identité du titulaire du droit sur l'œuvre musicale : tr. page 385. Par ailleurs, la pochette de la plupart, sinon tous les CD de musique populaire identifie l'auteur. Il est donc aisé pour l'animateur de mentionner ce nom lorsqu'il tient en mains le CD qu'il commente.

14. This result is obtained by dividing the rate set by the Board by the percentage of air time that the SODRAC repertoire represents, i.e. $0.872/0.2897 = 3.01$.
15. The right of destination is especially relevant to third party users of copies of a work: Frédéric Pollaud-Dulian, *Le droit de destination*, Bibliothèque de droit privé, Volume 205, Paris, LGDJ paragraphs 179 *in fine*, 184 *in fine*.
16. Even those regimes that provide for the right of destination acknowledge the efficacy, though limited, of the law of contract in this respect. See, among others, Pollaud-Dulian, paragraphs 199, 231.

The authorities that MusiquePlus inc. refers to in paragraph 15 of its brief merely go to establish that copyright does not limit the use that can be made of a copy. Neither Fox (*The Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 1967, 340) nor Goudreau (*Les droits patrimoniaux* (1984), 1 R.C.D.A. 25, 34) address the possibility of achieving the same result by way of the law of contract. The decision in *CBS Songs Limited v. Amstrad Consumer Electronics PLC*, [1988] 1 A.C. 1013, 1031 is to the same effect: “the proprietor of an intellectual property right may not use *it* to prevent or control dealings in non-infringing activities”.

17. *Maple Leaf Broadcasting Company Limited v. CAPAC*, [1954] S.C.R. 624; *CAPAC v. Sandholm Holdings Limited*, [1955] Ex.C.R. 244; *PROCAN v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1986] 7 C.P.R. (3^d) 433 (F.C.A.); *SOCAN v. Canadian Association of Broadcasters*, [1999] 1 C.P.R. (4th) 80 (F.C.A.), www.fja.gc.ca/fr/cf/1999/orig/html/1999fca24162.o.en.html.

14. On arrive à ce résultat en divisant le taux établi par la Commission par le pourcentage de temps d’antenne qu’occupe le répertoire de la SODRAC, soit $0,872/0,2897 = 3,01$.
15. Le droit de destination concerne surtout les tiers utilisateurs des exemplaires de l’œuvre : Frédéric Pollaud-Dulian, *Le droit de destination*, Bibliothèque de droit privé, Tome 205, Paris, LGDJ paragraphes 179 *in fine*, 184 *in fine*.
16. Même les régimes où le droit de destination existe reconnaissent l’efficacité (limitée) du droit des contrats à ce sujet. Voir, entre autres, Pollaud-Dulian, paragraphes 199, 231.

Les autorités que MusiquePlus inc. cite au paragraphe 15 de son mémoire établissent simplement que le droit d’auteur ne limite pas l’usage qu’on fait de la copie. Ni Fox (*The Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1967, 340) ni Goudreau (*Les droits patrimoniaux* (1984), 1 R.C.D.A. 25, 34) traitent de la possibilité d’en arriver au même résultat par le truchement du droit des contrats. L’arrêt *CBS Songs Limited v. Amstrad Consumer Electronics PLC*, [1988] 1 A.C. 1013, 1031 est au même effet : [TRADUCTION] «le titulaire d’un droit de propriété intellectuelle ne peut utiliser *ce droit* pour empêcher ou contrôler les transactions portant sur des objets ne portant pas atteinte à ce droit».

17. *Maple Leaf Broadcasting Company Limited c. CAPAC*, [1954] R.C.S. 624; *CAPAC c. Sandholm Holdings Limited*, [1955] R.C.É. 244; *PROCAN c. Canadian Broadcasting Corporation*, [1986] 7 C.P.R. (3^e) 433 (C.A.F.); *SOCAN c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, [1999] 1 C.P.R. (4^e) 80 (C.A.F.), www.fja.gc.ca/fr/cf/1999/orig/html/1999fca24162.o.fr.html.

18. According to a provision of its contract with TQS: SODRAC-60, Appendix C.
19. The countries involved are Spain (SODRAC-22, p. 144), Switzerland (SODRAC-24, p. 151), Israel (SODRAC-27, p. 167), Hungary, (SODRAC-30, p. 179), Austria (SODRAC-31, p. 185), Hong Kong (SODRAC-34, p. 201), the Philippines (SODRAC-36, p. 210) and Roumania (SODRAC-50, p. 278).
20. See, among others, the interim decision issued in these proceedings www.cb-cda.gc.ca/decisions/a22111999-b.pdf, [1999] 3 C.P.R. (4th) 487.
18. C'est ce que prévoit son contrat avec TQS : SODRAC-60, annexe C.
19. Il s'agit de l'Espagne (SODRAC-22, p. 144), de la Suisse (SODRAC-24, p. 151), d'Israël (SODRAC-27, p. 167), de la Hongrie (SODRAC-30, p. 179), de l'Autriche (SODRAC-31, p. 185), de Hong-Kong (SODRAC-34, p. 201), des Philippines (SODRAC-36, p. 210) et de la Roumanie (SODRAC-50, p. 278).
20. Voir, entre autres, la décision provisoire émise dans le présent dossier www.cb-cda.gc.ca/decisions/a22111999-b.pdf, [1999] 3 C.P.R. (4^e) 487.