

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

**FILES: 1989-2, 1990-4, 1991-13, 1992-PM/EM-1,
1994, 1995**

Public Performance of Music

Copyright Act, Section 67.2

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE
COLLECTED FOR THE PERFORMANCE OR
COMMUNICATION BY
TELECOMMUNICATION, IN CANADA, OF
MUSICAL OR DRAMATICO-MUSICAL WORKS
IN 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 AND 1995

DECISION OF THE BOARD

Reasons delivered by:

Michel Hétu, Q.C.
Dr. Judith Alexander

Dissenting opinion delivered by:

Mr. Andrew E. Fenus

Date of the Decision

April 19, 1996

**DOSSIERS : 1989-2, 1990-4, 1991-13, 1992-PM/EM-
1, 1994, 1995**

Exécution publique de la musique

Loi sur le droit d'auteur, article 67.2

TARIF DES DROITS À PERCEVOIR POUR
L'EXÉCUTION OU LA COMMUNICATION PAR
TÉLÉCOMMUNICATION, AU CANADA,
D'ŒUVRES MUSICALES OU DRAMATICO-
MUSICALES EN 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 ET
1995

DÉCISION DE LA COMMISSION

Motifs exprimés par :

Michel Hétu, c.r.
M^{me} Judith Alexander

Dissidence exprimée par :

M. Andrew E. Fenus

Date de la décision

Le 19 avril 1996

TABLE OF CONTENTS	PAGE
I. INTRODUCTION	1
II. LEGISLATIVE EVOLUTION	2
III. CABLE TELEVISION SERVICES IN THE CANADIAN MARKET	4
A. Description of the Services	4
B. The Evolution of the Canadian Cable Distribution Industry	7
C. Financial, Music Use and Viewing Data	8
IV. PROPOSALS	9
A. SOCAN	9
B. Objectors	12
V. ANALYSIS	14
A. Selecting an Approach to Setting the Tariff	14
1. The Rate Structure	14
2. The Rate Base	17
B. Adjustments	18
1. Possible corrections to the rate for all services	18
2. The relative importance of programming expenses and the rate for the portfolio	20
3. Accounting for other services	21
a. ASN and TV5	21
b. Alphanumeric services, Parliamentary channels and educational services	23
c. Community channels	23
4. A Quebec adjustment	24
5. A low-use discount	25
C. The Licensee	26
D. The Tariff for 1995	26
E. The Preferential Rate	28
F. The Rate for "Medium-Sized" Systems	30
G. The Quantum Generated by the Tariff	31

TABLE DES MATIÈRES
I. INTRODUCTION
II. ÉVOLUTION LÉGISLATIVE
III. LE MARCHÉ CANADIEN DES SERVICES DE TÉLÉVISION PAR CÂBLE
A. Les services
B. L'évolution de l'industrie canadienne de la télédistribution
C. Données financières, utilisation de musique et données d'écoute
IV. LES PROPOSITIONS
A. La SOCAN
B. Les opposants
V. ANALYSE
A. Comment établir le tarif?
1. La structure tarifaire
2. L'assiette tarifaire
B. Les ajustements possibles
1. Les ajustements pertinents à tous les services
2. L'importance relative des dépenses de programmation et le prix du portefeuille
3. La façon de tenir compte des autres services
a. ASN et TV5
b. Les services alphanumériques, les chaînes parlementaires et les services éducatifs
c. Les canaux communautaires
4. Un ajustement pour le Québec
5. Un escompte pour les petits utilisateurs
C. Le titulaire de la licence
D. Le tarif pour 1995
E. Le taux préférentiel
F. Les systèmes de taille moyenne
G. Le montant des redevances payables en vertu du tarif

H. Interest	32
VI. LEGAL ISSUES	33
A. Legal Foundation for the Tariff	33
B. Should the Tariff Deal With Superstations?	34
C. Can the Board Identify the Person to Whom the Licence Will Be Issued?	36
D. What Impact Does Subsection 3(1.4) Have on How the Tariff Is Set?	36
E. Legal Issues Arising from the Setting of a Preferential Rate for Small Systems	39
F. Legal Issues Raised During the Proceedings that Need Not Be Addressed in this Decision	41
VII. TARIFF WORDING	41
ENDNOTES	45
APPENDICES	53
DISSENTING OPINION BY MEMBER FENUS	69
I. PREAMBLE	69
II. WHO SHOULD HOLD THE LICENCE(S)?	70
III. TARIFF STRUCTURE	71
A. A Price Per Service	71
B. A Price Based on the Services' Revenues	72
C. A Relative Rate	73
D. Preferential Rate	75
E. The Tariff	76
F. Contributions	76
IV. LEGAL FOUNDATION	78
A. Authorization	78
B. Joint Performers	80
C. Proper Notice	80
V. THE TARIFF FOR 1995	80
VI. CONCLUSION	81
ENDNOTES	83
FIGURE AND TABLES	87

H. L'intérêt	32
VI. LES QUESTIONS D'ORDRE JURIDIQUE	33
A. Le fondement juridique du tarif	33
B. Le tarif devrait-il traiter des superstations?	34
C. La Commission peut-elle identifier la personne qui sera titulaire de la licence?	36
D. Le paragraphe 3(1.4) modifie-t-il la façon dont le tarif peut être établi?	36
E. Les questions d'ordre juridique soulevées par le traitement préférentiel des petits systèmes	39
F. Questions d'ordre juridique soulevées par les participants et qu'il n'y a pas lieu de trancher dans la présente décision	41
VII. LE TEXTE DU TARIF	41
NOTES	45
ANNEXES	53
DISSIDENCE DU COMMISSAIRE FENUS	69
I. PRÉAMBULE	69
II. QUI DEVRAIT DÉTENIR LA (OU LES) LICENCE(S)?	70
III. LA STRUCTURE TARIFAIRE	71
A. Un prix par service	71
B. Un prix fondé sur les revenus des services	72
C. Un taux variable	73
D. Le taux préférentiel	75
E. Le tarif	76
F. Les quotes-parts	76
IV. LE FONDEMENT JURIDIQUE	78
A. L'autorisation	78
B. Les services sont des co-exécutants	80
C. L'avis suffisant	80
V. LE TARIF POUR L'ANNÉE 1995	80
VI. CONCLUSION	81
NOTES	83
GRAPHIQUE ET TABLEAUX	87

Ottawa, April 19, 1996

Ottawa, le 19 avril 1996

Files: 1989-2, 1990-4, 1991-13, 1992-PM/EM-1, 1994, 1995

Dossiers : 1989-2, 1990-4, 1991-13, 1992-PM/EM-1, 1994, 1995

Public Performance of Music

Exécution publique de la musique

Reasons for the decision certifying Tariff 17 of SOCAN's Statement of Royalties for the years 1990 to 1995:

Motifs de la décision certifiant le tarif 17 de la SOCAN pour les années 1990 à 1995 :

I. INTRODUCTION

I. INTRODUCTION

On September 1, 1989, the Composers, Authors and Publishers Association of Canada (CAPAC) and the Performing Rights Organization of Canada (PROCAN) filed what has come to be known as the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) Tariff 17. This was the first comprehensive statement of proposed royalties for the performance or communication by telecommunication of music "in connection with transmission of non-broadcast services"¹ to a transmitter's subscribers. This proposal, and other similar ones dealing with the period from 1990 to 1992, made no distinction between radio and television; the distinction was introduced in the proposal for 1993, and was carried over in the proposals for 1994 and 1995. An attempt was made in 1994 to extend the application of the tariff to the retransmission of local over-the-air signals; in a decision dated May 20, 1994, the Board found the proposed tariff to be without legal foundation.

Le 1^{er} septembre 1989, l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada (CAPAC) et la Société de droits d'exécution du Canada (SDE) déposaient ce qu'il est maintenant convenu d'appeler le tarif 17 de la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN). Il s'agissait du premier projet de tarif d'application générale pour l'exécution ou la communication par télécommunication de musique «dans le cadre de services de télévision autres que de radiodiffusion»¹ par un transmetteur à ses abonnés. Ce projet, tout comme d'autres semblables portant sur la période allant de 1990 à 1992, ne faisait pas de distinction entre les services de radio et de télévision. Cette distinction fut introduite dans le projet de 1993, et reprise en 1994 et 1995. En 1994, la SOCAN tentait d'étendre la portée du tarif à la retransmission de signaux locaux en direct; le 20 mai 1994, la Commission décidait que ce projet de tarif n'était pas fondé en droit.

The Board initiated the examination of Tariff 17 at a pre-hearing conference on May 23, 1990. On June 14, 1990, the Canadian Cable Television Association (CCTA) obtained from the Trial Division of the Federal Court an interlocutory order staying any consideration of Tariff 17 for 1990 and 1991 until the final disposition of CCTA's application. The Trial Division later held that the Board was competent to deal with the matter and that there was a statutory foundation for the tariff; the Federal Court of Appeal affirmed the decision. On December 23, 1993, the Supreme Court of Canada denied leave to appeal the decision of the Federal Court of Appeal.

La Commission entreprit l'examen du tarif 17 lors d'une conférence préparatoire tenue le 23 mai 1990. Le 14 juin suivant, l'Association canadienne de télévision par câble (ACTC) obtenait de la section de première instance de la Cour fédérale une ordonnance intérimaire suspendant l'examen du tarif 17 pour les années 1990 et 1991 jusqu'à jugement final sur la demande de l'ACTC. Par la suite, la section de première instance a conclu que la Commission avait compétence pour disposer de la question juridictionnelle et que le projet de tarif était fondé en droit; la Cour d'appel fédérale maintenait cette décision. Le 23 décembre 1993, la Cour suprême du Canada refusait la permission d'en appeler de la décision de la Cour d'appel fédérale.

Numerous preliminary and procedural matters were addressed between early 1994 and January 10, 1995, when the hearings on this matter began. It was agreed that the hearings would address all proposals for the period from 1990 to 1995. The hearings dealt only with cable television services: SOCAN withdrew, for the period under examination, its proposals for cable radio services.²

The hearings were held between January 10 and February 1, 1995. Reply evidence from SOCAN was heard on February 27, 1995. The filing of written argument by the participants ended on May 5, 1995.

SOCAN presented evidence and argument in support of its proposal. CCTA, Canadian Satellite Communications Inc. (CANCOM) and Regional Cablesystems, being "transmitters" and, as such, the intended licensees under the proposal, filed objections for one or more of the years under examination.

Even though they were not targeted as licensees, several service providers asked to participate in the proceedings either as objectors or as intervenors. The Board held that the tariff could result in a liability being imposed on them and allowed service providers to participate fully in the proceedings.³

Finally, the Government of Ontario and the CTV Television Network were allowed to file written arguments on issues of interest to them.

II. LEGISLATIVE EVOLUTION

Early attempts at collecting royalties for the use of works on cable television proved unsuccessful. In *Canadian Admiral Corp. Ltd. v. Rediffusion, Inc.*,⁴ the Exchequer Court concluded that a performance taking place in a person's house through cable transmission did not constitute a public performance.

Notwithstanding this decision, SOCAN's predecessors asked the Copyright Appeal Board to set tariffs for the "transmission of music to domestic establishments" starting in the 1950s in the case of CAPAC and in 1981 in the case of

Il aura fallu trancher plusieurs questions préliminaires et de procédure entre le début 1994 et le 10 janvier 1995, date du début des audiences. Il fut convenu que les audiences porteraient sur les projets visant les années 1990 à 1995 inclusivement, et uniquement pour les services de télévision, la SOCAN ayant retiré ses projets de tarifs pour les services de radio.²

Les audiences se sont tenues entre le 10 janvier et le 1^{er} février 1995. La SOCAN présenta sa contre-preuve le 27 février 1995. Le dépôt de l'argumentation écrite a pris fin le 5 mai 1995.

La SOCAN est intervenue au soutien de ses projets. L'ACTC, Les Communications par satellite canadien Inc. (CANCOM) et *Regional Cablesystems*, en tant que «transmetteurs» et titulaires éventuels de licences aux termes des projets, se sont opposées à l'un ou l'autre des projets à l'étude.

Les projets ne cherchent pas à faire des exploitants de services des titulaires de licences. Ces derniers ont néanmoins demandé à être entendus, soit comme opposants, soit comme intervenants. La Commission, ayant statué que le tarif pourrait leur imposer une responsabilité financière, leur a permis de participer à part entière.³

Le gouvernement de l'Ontario et le réseau de télévision CTV ont déposé une argumentation écrite sur des questions qui les intéressent.

II. ÉVOLUTION LÉGISLATIVE

Les premières tentatives de perception de redevances pour l'utilisation d'œuvres par les entreprises de télédistribution ont échoué. Dans l'arrêt *Canadian Admiral Corp. Ltd. c. Rediffusion, Inc.*,⁴ la Cour de l'Échiquier statuait que l'exécution effectuée dans une résidence au moyen d'une transmission par câble n'était pas une exécution publique.

Malgré cela, les sociétés de l'époque déposèrent, et la Commission d'appel du droit d'auteur certifia jusqu'en 1989, des tarifs pour la «transmission de musique à des établissements domestiques» : la CAPAC a agi de cette façon dès les années

PROCAN; these tariffs were certified as filed until 1989.⁵ According to the record of these proceedings, these tariffs were not enforced by the music societies. A separate tariff was in place from 1985 to 1989 for MuchMusic (and, in 1988 and 1989, for *MusiquePlus*), who complied with the tariff.

The *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c.65, (the *FTA*) changed the rules of the game. The Agreement required copyright protection to be extended to any form of transmission or retransmission of programming services to the public. Two significant amendments to the *Copyright Act* (the *Act*) were made to meet these requirements.

Paragraph 3(1)(f) was broadened to include "the right to communicate the work to the public by telecommunication". A definition of "telecommunication" as "*any transmission of signs, signals, writings, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system*" was added to section 2. As a result, liability for copyright was extended to the use of either cable or satellite technology. The *FTA* also introduced a compulsory licensing scheme for retransmission rights, whose implementation is left to this Board.⁶

These amendments did not meet all Parliament's objectives. In *Canadian Cable Television Association v. Canada (Copyright Board)*,⁷ the Federal Court of Appeal determined that the transmission of music by cable operators did not constitute a communication of a work by telecommunication. This conclusion flowed from the definition of musical work as "*any combination of melody and harmony, or either of them, printed, reduced to writing or otherwise graphically produced or reproduced*". The Court interpreted the definition as meaning that the musical work exists in the form in which it is fixed. Therefore, a communication to the public by telecommunication of musical works, as opposed to the communication of a performance thereof, occurred only if sheet music was shown in front of a camera.

cinquante et la SDE, à partir de 1981.⁵ Selon le dossier de la présente affaire, les sociétés d'exécution publique n'ont pas tenté de percevoir des redevances en vertu de ces tarifs. *MuchMusic*, entre 1985 et 1989, et *MusiquePlus* en 1988 et 1989, étaient assujetties à un tarif distinct. Ces dernières ont versé les redevances établies dans ces tarifs.

La *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre la Canada et les États-Unis*, (L.C. 1988, c. 65), (l'*ALE*) est venue modifier les règles du jeu. L'Accord exigeait d'étendre le droit d'auteur à toute forme de transmission ou de retransmission de services de programmation au public. La *Loi sur le droit d'auteur* (la *Loi*) fut modifiée de façon importante à deux égards pour satisfaire à cette exigence.

L'alinéa 3(1)(f) fut élargi de façon à inclure «le droit de communiquer [une œuvre] au public, par télécommunication». On ajouta à l'article 2 une définition du mot «télécommunication», comme étant «*toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique*». Le droit d'auteur fut par le fait même étendu aux usages effectués au moyen de la technologie du câble et du satellite. L'*ALE* établit par ailleurs un régime de licence obligatoire pour les droits de retransmission, et confia sa mise en œuvre à la Commission.⁶

L'objectif visé par le Parlement ne fut pas atteint. Dans l'arrêt *Association canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*,⁷ la Cour d'appel fédérale conclut que le télédiffuseur qui transmet de la musique ne se livre pas à la communication d'une œuvre par télécommunication. Cette conclusion découle de la définition d'œuvre musicale telle qu'elle se lisait à l'époque : «*Toute combinaison de mélodie et d'harmonie, ou l'une ou l'autre, imprimée, manuscrite, ou d'autre façon produite ou reproduite graphiquement*». La Cour en a déduit que l'œuvre musicale existe dans la forme dans laquelle elle est fixée. La communication d'une œuvre musicale par télécommunication, par opposition à la communication d'une exécution de cette œuvre, n'interviendrait donc que si une feuille de musique est projetée à l'écran.

Nevertheless, a statutory foundation existed for Tariff 17: the Court determined that such a transmission constituted a performance in public.⁸

Subsequent to the *CCTA* decision, Parliament amended the *Act* as of September 1, 1993. The definition of musical work was changed to "*any work of music or musical composition*". As a result, the transmission of music by cable operators (and others) was transformed from a public performance to a public telecommunication.⁹

III. CABLE TELEVISION SERVICES IN THE CANADIAN MARKET

A. Description of the Services

The Canadian cable industry started delivering cable television services to their subscribers as early as the 1960's. However, these services assumed their full significance only with the appearance of pay and specialty services.

The first Canadian pay services were licensed by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) in 1982 and started broadcasting in 1983. The Caplan-Sauvageau Report (September 1986) termed their launch "a disaster". Out of seven licensees, two failed and four had to reorganize. One service (Family Channel), was added in 1987. By early 1990, there were five such services: three English-language services (First Choice, SuperChannel and Family Channel) one French-language service (*Super Écran*) and Cathay, a multilingual service. By 1995, two English-language services (MovieMax! and MOVIEPIX) had been added, while Cathay became a specialty service in 1993. Most pay services operating today offer primarily movies.

In 1992, the CRTC issued licences for pay-per-view services: Home Theatre and Viewers' Choice. These pay services allow the viewer to purchase single programs (mostly movies, shows and sports events).

La Cour a néanmoins conclu que le tarif était fondé en droit, statuant que la transmission était une exécution publique.⁸

Suite à l'arrêt *ACTC*, le Parlement apporta à la *Loi* des modifications qui entrèrent en vigueur le 1^{er} septembre 1993. La définition d'œuvre musicale devint «*toute œuvre ou toute composition musicale avec ou sans paroles*». Par conséquent, le télédiffuseur (ou quiconque) qui transmet de la musique ne se livre plus à une exécution publique, mais à une télécommunication publique.⁹

III. LE MARCHÉ CANADIEN DES SERVICES DE TÉLÉVISION PAR CÂBLE

A. Les services

L'industrie canadienne de la télédiffusion a d'abord offert des services de télévision câblée à ses abonnés dès les années soixante. C'est toutefois avec l'arrivée des services de télévision payante et spécialisés que la télévision câblée a pu atteindre l'importance qu'elle a aujourd'hui.

Les premiers services canadiens de télévision payante reçurent leurs licences en 1982 et débutèrent leurs opérations en 1983. Le Rapport Caplan-Sauvageau (septembre 1986) a qualifié de «désastre» leur lancement. Deux des sept titulaires cessèrent de diffuser; quatre se sont regroupés. On ajouta un service, *Family Channel*, en 1987. Début 1990, cinq services étaient en opération : trois de langue anglaise (*First Choice*, *SuperChannel* et *Family Channel*) un de langue française (*Super Écran*) et *Cathay*, un service multilingue (devenu un service spécialisé en 1993). Début 1995, deux services de langue anglaise (*MovieMax!* et *MOVIEPIX*) s'étaient ajoutés. La plupart des services de télévision payante présentent surtout des films.

En 1992, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) émettait pour la première fois des licences pour deux services de télévision à la carte : *Home Theatre* et *Viewers' Choice*. Ces services de télévision payante permettent à l'abonné d'«acheter» à la pièce des émissions (surtout des films, des spectacles et des événements sportifs).

Pay services are not allowed to carry advertising; their only revenues are affiliation payments. They are purely discretionary and their price is unregulated. Very few are offered on the basic¹⁰ or extended basic¹¹ tiers in any system.¹²

The CRTC licensed the first five Canadian specialty services in 1984. Four are still in operation: MuchMusic, The Sports Network (TSN), Telelatino and Chinavision.¹³ Nine services were added in 1987, five French-language (*MusiquePlus*, *Réseau des Sports* "RDS", TV5, *Canal Famille* and *MétéoMédia*) and four English-language (*Vision TV*, *CBC-Newsworld*, *The Weather Network* and *YTV*). Eight other services were licensed in 1994 and started broadcasting in 1995: six were English-language (*Bravo!*, *The Life Network*, *Showcase*, *Women's TV Network*, *The Discovery Channel* and *New Country Network* "NCN") and two French-language (*Réseau de l'information* "RDI" and *Canal D*).

Specialty services provide niche programming (music, sports, public affairs) or target a specialized audience (children, specific cultural groups, etc.). These are not "must-carry" services.¹⁴ They have, however, managed to reach a substantial portion of their intended market. In January 1994, 75.2 per cent of Canadian specialty services' signal-contacts were on the basic tier: the services were therefore sold to all potential subscribers in the relevant markets. Almost all the rest (24.6 per cent) were on the extended basic tier;¹⁵ that tier achieved penetration rates in the order of 80 to 90 per cent, making it a "de facto basic tier".¹⁶ In other words, in January 1994, Canadian specialty services, when offered on basic or extended basic tiers, achieved close to 97.5 per cent of their potential sales.¹⁷

The year 1995 may be a watershed for the marketing of specialty services. In Canada, except Quebec, the attempt to use a refurbished negative option marketing strategy to sell the services licensed in 1994 generated confusion and resentment among cable subscribers. The extent of the backlash has yet to be measured.¹⁸ Even today, data on how successful the marketing of these

Les services de télévision payante ne peuvent diffuser de la publicité; les droits d'abonnement qu'ils reçoivent sont leurs seuls revenus et leur prix n'est pas réglementé. Il est très rare qu'on offre ces services, entièrement facultatifs, au volet de base¹⁰ ou au volet de base élargi.^{11 12}

Le CRTC émettait les cinq premières licences pour des services spécialisés canadiens en 1984. Quatre d'entre eux sont encore en opération : *MuchMusic*, *The Sports Network* (TSN), *Telelatino* et *Chinavision*.¹³ En 1987, on en ajouta neuf : cinq de langue française (*MusiquePlus*, *Réseau des Sports* «RDS», TV5, *Canal Famille* et *MétéoMédia*) et quatre de langue anglaise (*Vision TV*, *CBC-Newsworld*, *The Weather Network* et *YTV*). Huit autres services obtinrent leur licence en 1994 et débutèrent leurs opérations en 1995 : six de langue anglaise (*Bravo!*, *The Life Network*, *Showcase*, *Women's TV Network*, *The Discovery Channel* et *New Country Network* «NCN») et deux de langue française (*Réseau de l'information* «RDI» et *Canal D*).

Les services spécialisés offrent une programmation spécialisée (musique, sports, affaires publiques) ou s'adressent à un public cible (enfants, groupes culturels spécifiques, etc.). Leur distribution n'est pas obligatoire.¹⁴ Cela ne les a pas empêchés de rejoindre presque tout leur marché cible. En janvier 1994, 75,2 pour cent des contacts pour des services spécialisés canadiens étaient obtenus sur le volet de base : dans ces marchés, tous les abonnés recevaient le service. Presque tous les autres contacts (24,6 pour cent) étaient au volet de base élargi;¹⁵ le taux de pénétration de ce service, se situant entre 80 à 90 pour cent, en faisait le «volet de base de facto».¹⁶ C'est donc dire qu'en janvier 1994, les services spécialisés canadiens offerts au volet de base ou au volet de base élargi atteignaient près de 97,5 pour cent de leurs abonnés potentiels.¹⁷

L'année 1995 pourrait fort bien marquer un point tournant dans la mise en marché des services spécialisés. Partout au Canada, sauf au Québec, l'utilisation d'une formule d'abonnement par défaut «revue et améliorée» pour offrir les nouveaux services a créé de la confusion et du ressentiment chez la clientèle des télé distributeurs. L'étendue de cette réaction reste incertaine.¹⁸ Les données sur les

services has been remains sketchy; the record of these proceedings certainly does not contain sufficient data to allow us to measure the effect that these difficult beginnings will have on the future of the new cable services. By contrast, it appears that the launch of the new services in the province of Quebec took place without serious difficulties, even though this was the first time cable operators in the province resorted to the negative option to sell specialty services.

The CRTC first authorized the carriage of American specialty services in 1984, as a means of making Canadian cable services more attractive. It has set out, and reviewed on several occasions, detailed rules dealing with the offering of American cable services. These rules ensure that American services do not compete directly with Canadian services, establish a set of discretionary tiers for the carriage of the eligible services, and require that the offering of American services be linked to that of Canadian pay and specialty services. Currently, some twelve American services can be offered in Canada.¹⁹ Those most commonly distributed in English Canada during the period under examination were Arts & Entertainment (A&E), Cable News Network (CNN), The Nashville Network (TNN), The Learning Channel (TLC), Headline News (CNN-2) and Country Music Television (CMT).

Canadian and American pay and specialty services were the main focus of attention throughout these proceedings. However, the tariff also aims at several others, including community channels, some educational services, the Parliamentary channels, alphanumeric and Barker services, as well as one commercial television service, Atlantic Satellite Network (ASN).

It appears that educational services such as Access Network, Knowledge Network and Saskatchewan Community Network (SCN) closely resemble *Radio-Québec* or TVOntario; the only difference is in how they are delivered to the public.²⁰ The same holds true when ASN is compared to over-the-air commercial television stations. All of these are free to the cable operators, who generally offer them on the basic tier.

résultats de la mise en marché des nouveaux services restent fragmentaires; le dossier de la présente affaire ne contient certainement pas suffisamment de données pour permettre à la Commission d'évaluer l'impact de ce lancement difficile sur leur avenir. Au Québec, par contre, il semble que cette première expérience de mise en marché au moyen de l'«option négative» ait été couronnée de succès.

En 1984, de façon à rendre plus attrayants les services canadiens, le CRTC autorisait pour la première fois la distribution de services spécialisés américains. Le CRTC a établi et revu à plusieurs reprises des règles détaillées régissant l'offre de ces services. Ces règles évitent que les services américains entrent en compétition directe avec les services canadiens, établissent un certain nombre de volets facultatifs pour la distribution des services éligibles, et exigent l'assemblage des services américains avec des services spécialisés et de télévision payante canadiens. Quelque douze services américains peuvent actuellement être offerts au Canada.¹⁹ Entre 1990 et 1995, les services américains les plus populaires au Canada anglais étaient *Arts & Entertainment (A&E)*, *Cable News Network (CNN)*, *The Nashville Network (TNN)*, *The Learning Channel (TLC)*, *Headline News (CNN-2)* et *Country Music Television (CMT)*.

Ce sont les services spécialisés canadiens et américains et les services canadiens de télévision payante qui ont avant tout retenu l'attention des participants à la présente affaire. Le projet de tarif n'en vise pas moins plusieurs autres types de services, dont les canaux communautaires, certains services éducatifs, les chaînes parlementaires, les services alphanumériques et d'autopublicité, et même une chaîne de télévision commerciale, *Atlantic Satellite Network (ASN)*.

La comparaison entre les services éducatifs (*Access Network*, *Knowledge Network*, *Saskatchewan Community Network «SCN»*) et *Radio-Québec* ou TVOntario est évidente; ils se distinguent uniquement par la façon dont ils sont transmis au public.²⁰ On constate la même chose lorsqu'on compare ASN et les stations de télévision conventionnelles. Les télédistributeurs reçoivent tous ces services gratuitement et les offrent généralement au volet de base.

The Parliamentary channels' first objective is to broadcast the activities of the House of Commons and of provincial legislatures. They are offered on the basic tier.

Alphanumeric services (also known as non-programming services) do not provide programming as this is commonly understood. They supply mostly data, background music and advertising. Included in this category is the Canadian Home Shopping Network (CHSN). Barker services are services used by cable operators to promote discretionary services. Both types of services, some of which are cable originated, are offered on the basic or extended basic tiers.

For more than twenty years, the CRTC has required larger cable operators to provide a community channel on the basic tier. The cable operator is the broadcaster of that service. The channel offers alternative programming that is produced locally by volunteers to address local issues and concerns; it is a service provided by the community to the community. The obligation to provide the service currently exists for operators with more than 2,000 subscribers, who are expected to spend 5 per cent of their subscription revenues from the basic tier on it. Traditional advertising is not allowed on the channel, although some forms of sponsorship are.

B. The Evolution of the Canadian Cable Distribution Industry

SOCAN and CCTA filed a joint study prepared by Mediastats early in these proceedings.²¹ The study aimed at reflecting the state and evolution of the Canadian cable distribution industry. Complete data was provided for September 1989 and January 1994; summary data was provided for intervening years.

Tables 2, 3 and 4 show that from 1989 to 1994, the growth in importance of cable television services to the cable industry was nothing less than spectacular. The number of subscribers to cable increased by about 16 per cent, and the number of systems by about 20 per cent.²² The increase in the number of subscribers occurred even though the

Les chaînes parlementaires servent avant tout à diffuser les activités de la Chambre des Communes et des législatures provinciales. Elles sont offertes au volet de base.

Les services alphanumériques ou hors programmation (y compris les services d'achat à la maison) n'offrent pas de la programmation au sens où on l'entend habituellement, mais plutôt des données, de la musique de fond et de la publicité. Les chaînes d'autopublicité servent à promouvoir les autres services disponibles sur le câble. Tous ces services, dont certains sont produits par les télédistributeurs, sont offerts sur les volets de base ou de base élargi.

Depuis plus de vingt ans, le CRTC exige des télédistributeurs les plus importants qu'ils offrent un canal communautaire au volet de base. C'est le télédistributeur qui diffuse ce service. Il offre une programmation alternative, produite par des volontaires et visant à traiter de questions et de préoccupations locales; c'est un service offert par la collectivité à la collectivité. L'obligation de fournir ce service incombe en ce moment aux opérateurs comptant plus de 2 000 abonnés; on s'attend à ce qu'ils y consacrent 5 pour cent de leurs revenus d'abonnement au volet de base. La publicité conventionnelle y est interdite, mais certaines formes de commandite sont permises.

B. L'évolution de l'industrie canadienne de la télédistribution

Dès le début des procédures, la SOCAN et l'ACTC ont déposé conjointement une étude préparée par la firme *Mediastats*.²¹ L'étude visait à illustrer l'état et l'évolution de l'industrie canadienne de la télédistribution. Elle fournit des données complètes pour les mois de septembre 1989 et de janvier 1994, et des données sommaires pour les années entre ces deux dates.

Les tableaux 2, 3 et 4 démontrent qu'entre 1989 et 1994, l'importance pour l'industrie de la télédistribution des services de télévision par câble s'est accrue d'une façon tout à fait spectaculaire. Le nombre d'abonnés au câble a augmenté d'environ 16 pour cent, et le nombre de systèmes, d'environ 20 pour cent.²² Le nombre d'abonnés a augmenté

cost of subscribing to cable went up.²³ During the same period, the average number of services received by subscribers in systems with more than 6,000 subscribers went up by 33 per cent,²⁴ with the result that in larger Canadian centres, cable subscribers now receive a score or more services. That increase is 49 per cent if one excludes cable originated services,²⁵ and 30 per cent if one looks only at pay and specialty services.²⁶ These increases were even larger in smaller systems.

C. Financial, Music Use and Viewing Data

Participants in these proceedings supplied a wealth of financial, music use and viewing data on the cable and the pay and specialty services industries.²⁷ This data yields the following results.

According to the report prepared for SOCAN by Mr. Taylor,²⁸ the revenues of publicly traded cable systems grew at an annual rate of 13 per cent between 1988 and 1993, going from \$985 million to \$1.7 billion. During the same period, the average basic revenue per subscriber for this sector of the market increased from \$12.55 to \$18.34. The operating margin of the industry was in the neighbourhood of 40 per cent.

In 1993, revenues for the cable industry exceeded \$2 billion.²⁹ Some \$386 million were derived from pay and specialty television services distributed on the discretionary tier. It is not possible to determine the revenues attributable to the distribution of these services when they are offered on the basic tier. Cable operators paid \$372.8 million for the right to distribute these services: \$135 million for services offered on the basic tier, and \$237.8 million for services offered on a discretionary basis.

By comparison, total revenues of pay and specialty service providers (including advertising revenues) were \$488.3 million. Of that amount, \$438.5 million went to Canadian services,³⁰ and \$49.8 million (all of which were affiliation payments) to American services.

malgré une hausse du prix de l'abonnement au câble.²³ Le nombre moyen de services reçus par un abonné à un système comptant plus de 6 000 abonnés augmentait de 33 pour cent durant la même période :²⁴ dans les grands centres canadiens, les abonnés au câble reçoivent maintenant vingt services ou même plus. L'augmentation est de 49 pour cent pour les services autres que ceux produits par les télédistributeurs,²⁵ et de 30 pour cent uniquement pour les services spécialisés et de télévision payante.²⁶ Ces augmentations sont encore plus importantes dans les marchés plus petits.

C. Données financières, utilisation de musique et données d'écoute

Les participants ont fourni d'abondants renseignements sur la situation financière, l'utilisation de musique et l'écoute dans les industries de la télédistribution et des services spécialisés et de télévision payante.²⁷ Ces données confirment ce qui suit.

Selon un rapport préparé pour la SOCAN par M. Taylor,²⁸ les revenus des télédistributeurs dont les actions se transigent en bourse ont augmenté en moyenne de 13 pour cent par année entre 1988 et 1993, passant de 985 millions de dollars à 1,7 milliards de dollars. Durant la même période, leur revenu moyen par abonné au service de base passait de 12,55 \$ à 18,34 \$. La marge bénéficiaire de l'industrie était d'environ 40 pour cent.

En 1993, les revenus des télédistributeurs dépassaient les 2 milliards de dollars.²⁹ Quelque 386 millions de dollars provenaient de services de télévision payante et spécialisés offerts sur un volet facultatif. Il n'est pas possible d'établir les revenus provenant de la distribution de ces services au volet de base. Durant cette même année, les télédistributeurs versaient 372,8 millions de dollars aux services en droits de distribution : 135 millions de dollars pour les services offerts au volet de base, et 237,8 millions de dollars pour ceux offerts à un volet facultatif.

Pour leur part, les exploitants de services spécialisés et de télévision payante enregistraient des recettes de 488,3 millions de dollars, y compris leurs recettes de publicité. De cette somme, 438,5 millions de dollars revenaient aux services canadiens,³⁰ et 49,8 millions de dollars (constitués uniquement de paiements d'affiliation) aux services américains.

Mr. Taylor made a few observations on the consolidation the industry is undergoing and on the status of cable operators as "quasi-utilities". No one raised any further issue about the financial health of the cable or services industries.

According to the record of these proceedings, the use of music by pay and specialty services, as a group, is quite similar to that of over-the-air signals: 42 per cent of airtime for the former, compared to 45 per cent for the latter.³¹

Music use varies widely among cable services; it can represent as little as 10 per cent and as much as 90 per cent of air time. However, it appears that it is mainly highly specialized Canadian specialty and cable originated services that lie at the extremes of the distribution. On the other hand, the use of music by American specialty³² and Canadian pay services tends to the industry average.³³

Viewing data was provided from two sources: BBM and Nielsen.³⁴ These differed in their detail. Thus, according to BBM data, the ratio of viewing of pay and specialty services to Canadian over-the-air signals in 1993 is 14 per cent; the equivalent Nielsen data yields a ratio of 22 per cent.

Comparisons between these two sets of data are difficult since they do not use the same methodology. One thing clearly comes out of both. The viewing of pay and specialty television, although growing in importance, remains at a fraction of viewing of over-the-air television.

IV. PROPOSALS

A. SOCAN

SOCAN's proposal is articulated around two distinct notions. The first is the use being targeted. The second is the person whom SOCAN intends to license.

Monsieur Taylor s'est livré à certains commentaires sur la consolidation que connaît ce secteur de l'industrie en ce moment ainsi que sur le fait que les télédistributeurs constituent des «quasi-services publics». Personne n'a mis en cause la santé financière des services ou des télédistributeurs.

Le dossier de la présente affaire révèle que l'utilisation de musique par l'ensemble des services spécialisés et de télévision payante se compare à celle de la télévision en direct : il s'agit de 42 pour cent du temps d'antenne pour les premiers et de 45 pour cent pour la seconde.³¹

L'utilisation de musique varie considérablement d'un service à l'autre. Elle passe de 10 pour cent du temps d'antenne pour certains, à 90 pour cent pour d'autres. Ce sont surtout les services canadiens hautement spécialisés ou produits par les télédistributeurs qui démontrent de tels écarts par rapport à la moyenne. L'utilisation de musique par les services spécialisés américains³² et par les services canadiens de télévision payante se situe autour de la moyenne pour l'industrie.³³

Les données d'écoute déposées en preuve proviennent de deux sources : BBM et Nielsen.³⁴ Ces données varient au niveau des détails. Par exemple, les données BBM situent le rapport entre l'écoute des services spécialisés et de télévision payante et celle des stations canadiennes de télévision en direct en 1993 à 14 pour cent; en se servant des données de la firme Nielsen, on obtient 22 pour cent.

Comme la méthodologie utilisée pour obtenir ces données est différente, il est difficile d'établir des comparaisons entre celles-ci. Cela étant dit, il ressort clairement de l'une comme de l'autre que l'écoute des services spécialisés et de télévision payante, bien que croissante, n'est qu'une fraction de celle de la télévision en direct.

IV. LES PROPOSITIONS

A. La SOCAN

La proposition de la SOCAN s'articule autour de deux notions distinctes : l'utilisation visée et le titulaire éventuel de la licence.

On the first point, SOCAN is seeking payment for the use of music on television services "other than such services carried in signals originally transmitted for free reception by the public by a terrestrial ... station". Use of music on over-the-air signals is addressed either by SOCAN Tariff 2 or by the retransmission tariff.

On the second point, while SOCAN is asking that the royalties paid under the tariff cover music used on all services targeted in its definition, it proposes that the licence for those uses of music be issued to only one of the participants in the communication chain, the "transmitter". This includes cable television systems and all other distribution undertakings performing similar functions: master antenna systems, DTH systems and low power television transmitters.

Originally, SOCAN asked for 20¢ per subscriber per month for 1990, rising to 30¢ in 1995, no matter how many services are carried. Its final proposal is substantially different. The tariff wording would follow the retransmission tariff. Systems with more than 100,000 subscribers would pay 17¢ per month per subscriber, climbing to 22¢ in 1994. Smaller systems would pay according to the same structure, but at a lower rate. Discounts would apply to certain types of non-residential premises. Cable operators in the province of Quebec would also pay a lower rate.

SOCAN's main witness on the appropriate tariff level and structure was Professor Liebowitz. His report relied on two main assumptions. First, he assumed that Tariff 2.A, which sets the royalties paid by over-the-air television broadcasters at 2.1 per cent of their advertising revenues, was appropriate. Second, he postulated that an analogy should be made between the cable industry's affiliation payments to service providers and the programming expenditures of over-the-air broadcasters. He noted that the royalties paid by over-the-air broadcasters are 3.49 per cent of their programming expenditures. Relying on this analogy, Professor Liebowitz concluded that cable

Dans un premier temps, la SOCAN veut qu'on lui verse des redevances pour l'utilisation de musique par des services de télévision «autres que ceux véhiculés par des signaux initialement transmis aux fins de réception sans frais par le grand public par une station ... terrestre». C'est dans le tarif 2 de la SOCAN et dans le tarif sur la retransmission que les redevances pour l'utilisation de musique par ces «autres» stations sont établies.

Dans un deuxième temps, la SOCAN, tout en demandant que le tarif s'étende à l'utilisation de musique par tous les services visés dans la définition, propose que la licence soit émise à une seule des personnes participant à la chaîne de communication, soit le «transmetteur». Cette expression vise non seulement les systèmes de télédistribution, mais aussi toutes les autres entreprises de distribution qui remplissent des fonctions semblables : systèmes de télévision à antenne collective, systèmes SRD et transmetteurs de faible puissance.

La SOCAN a tout d'abord demandé 20 ¢ par abonné par mois en 1990, augmentant à 30 ¢ en 1995, peu importe le nombre de services offerts. Sa demande finale est fort différente. La structure tarifaire suivrait de près celle du tarif pour la retransmission. Les systèmes comptant plus de 100 000 abonnés verseraient 17 ¢ par mois par abonné, passant à 22 ¢ en 1994. La structure applicable aux systèmes moins importants serait la même, mais les droits seraient moins élevés. Certains types de locaux non résidentiels bénéficieraient d'escomptes. Le taux applicable aux télédistribeurs du Québec serait aussi moins élevé.

Le professeur Liebowitz a été le témoin principal de la SOCAN sur la structure et le montant du tarif. Son rapport se fonde sur deux prémisses principales. Premièrement, il tient pour acquis que le tarif 2.A, qui établit à 2,1 pour cent des recettes de publicité les redevances payables par la télévision en direct, est équitable. Deuxièmement, il postule qu'il faut établir une analogie entre, d'une part, les paiements d'affiliation que l'industrie de la télédistribution verse aux exploitants de services et, d'autre part, les dépenses de programmation des stations de télévision en direct. Puisque les redevances versées par ces dernières correspondent à 3,49 pour cent des dépenses de programmation, le professeur Liebowitz

systems would be treated in the same way as over-the-air broadcasters subject to Tariff 2.A if Tariff 17 were set at 3.49 per cent of the cable operators' affiliation payments.

Professor Liebowitz rejected the use of the cable operators' subscription revenues as an appropriate base for the tariff because this sum reflects the value to subscribers of all channels received by them (including local and distant signals), and not only of the services targeted in this tariff.

Professor Liebowitz suggested two adjustments to the royalty calculation. First, he added 2.1 per cent of the service providers' advertising revenues. Second, in order to account for music use on community channels, he applied 3.49 per cent to the cable operators' programming costs for that channel, corrected to account for the lower viewing of these channels.

Professor Liebowitz provided calculations for two years and generated the following royalties:

conclut que les télédistributeurs recevraient le même traitement que les stations assujetties au tarif 2.A si le tarif 17 était fixé à 3,49 pour cent de leurs paiements d'affiliation.

Le professeur Liebowitz se refuse à utiliser les revenus d'abonnement des télédistributeurs comme assiette tarifaire, au motif que ces sommes sont fonction de la valeur pour les abonnés non pas des seuls services assujettis au tarif, mais de tous les canaux qu'ils reçoivent, y compris les signaux locaux et éloignés.

Le professeur Liebowitz propose d'apporter deux correctifs au montant des redevances. Premièrement, il y ajoute 2,1 pour cent des revenus de publicité des exploitants de services. Deuxièmement, afin de tenir compte de l'utilisation de musique par les canaux communautaires, il propose d'ajouter 3,49 pour cent des coûts de programmation de ces services, tout en réduisant ce montant pour tenir compte de la plus faible écoute de ces canaux.

Le professeur Liebowitz, s'étant livré à un calcul pour deux des années pertinentes, a obtenu les résultats suivants :

Income Source/Source de revenu	Amount (in \$M) / Montant (M de dollars)	
	1990	1993
3.49 per cent of affiliation payments (discretionary) 3,49 pour cent des paiements d'affiliation (volet facultatif)	4.9	8.3
3.49 per cent of affiliation payments (basic) plus 3.49 per cent of community channel programming costs (adjusted) 3,49 pour cent des paiements d'affiliation (volet de base) plus 3,49 pour cent des coûts de programmation du canal communautaire (montant ajusté)	6.7	6.6
2.1 per cent of service providers' advertising income 2,1 pour cent des revenus de publicité des exploitants de services	1.3	2.0
TOTAL	12.9	16.9

Using these results, Professor Liebowitz interpolated the calculations for 1991 and 1992, and extrapolated them for 1994 and 1995.

He then went on to describe how an ideal tariff would apportion this quantum among cable companies to reflect accurately their use of cable services, both discretionary and non-discretionary. Such a tariff would apportion the burden to each system according to the different tiers on which services are carried. It would involve no cross-subsidy between different levels of use on the various tiers. Cable operators would pay the least for subscribers on the basic tier, more for those who receive services on the extended basic tier, and most for those receiving pay services. Cable operators would also pay according to the number of services received by each subscriber on each tier.

Professor Liebowitz acknowledged the practical difficulties of setting such a tariff and conceded that his ideal tariff was probably not implementable. He then described several other tariffs that approximate the ideal tariff in effect but have other more useful practical properties. He recommended a tariff that charges the operator a fixed rate for each subscriber, with the rate depending on the size of the cable system. He felt that the deviation from the ideal tariff was more than balanced by the increased practicality and ease of administration.

B. Objectors

Other participants approached the tariff from a variety of perspectives. CCTA challenged the amount sought by SOCAN, but not the tariff structure. Without putting forward a specific proposal, it offered the testimony of witnesses who outlined several methods of calculating the appropriate royalties. All these resulted in royalties at least 75 per cent lower than those proposed by SOCAN. CCTA, relying on subsection 3(1.4) of the *Act*, also asked that the Board apportion the liability for the tariff between the transmitters and the service providers, and suggested that cable operators should bear 30 per cent of the burden.

Se fondant sur ces résultats, le professeur Liebowitz a interpolé ses calculs pour 1991 et 1992, et les a extrapolés pour 1994 et 1995.

Il a ensuite décrit la façon dont un tarif idéal ventilerait ces montants de façon à refléter le mieux possible la consommation de services de chacun des télédistributeurs, que ce soit au volet de base ou sur les volets facultatifs. Un tel tarif distribuerait le fardeau en fonction du volet où se trouvent les services. Il n'impliquerait aucun interfinaancement découlant du degré d'utilisation des différents volets. Un télédistributeur verserait moins pour les abonnés au volet de base, davantage pour ceux qui reçoivent des services au volet de base élargi, et encore plus pour ceux qui sont abonnés à la télévision payante. Les redevances seraient aussi fonction du nombre de services que reçoit chaque abonné selon le volet.

Le professeur Liebowitz a reconnu d'emblée que cette formule tarifaire soulevait des difficultés pratiques qui la rendaient difficile d'application. C'est pourquoi il a élaboré plusieurs autres formules tarifaires se rapprochant du tarif idéal dans leur effet mais offrant certaines propriétés plus pratiques. Il recommande un tarif unique par abonné, dont le taux serait fonction de la taille du système. Selon lui, la déviation que présente ce tarif par rapport au tarif idéal serait plus que compensée par les avantages pratiques et administratifs qu'il présente.

B. Les opposants

Les autres participants abordent le tarif sous divers angles. L'ACTC croit exagérée la somme que la SOCAN cherche à obtenir, mais ne conteste pas la structure tarifaire. L'ACTC n'a pas déposé de proposition ferme; ses témoins ont néanmoins proposé diverses façons d'établir le montant des redevances, qui ne dépassait jamais le quart de celui recherché par la SOCAN. L'ACTC, se fondant sur le paragraphe 3(1.4) de la *Loi*, demande aussi que la Commission établisse un partage des redevances entre les transmetteurs et les exploitants de services, et suggère d'établir à 30 pour cent la part des télédistributeurs.

CCTA offered testimony by two panels to establish the appropriate amount for the tariff. Professors Donner and Lazar also assumed that the commercial television tariff was the proper starting point. However, in establishing the appropriate aggregate quantum, they favoured correlating the audience share for all Canadian over-the-air broadcasters (commercial and non-commercial) with the audience share of all cable services (Canadian and American). This would have generated royalties of approximately \$4.7 million in 1993. Professors Donner and Lazar assumed that the total tariff would be paid by cable operators, who would then recover part of the royalties from the service providers, according to a distribution formula based on the revenues earned by the cable industry and by each service provider.

For their part, Mr. Temple and Dr. Pezarro suggested starting from the share of retransmission royalties paid for music, and correlating the audience share for all distant over-the-air signals with that of all cable services. They also performed a calculation similar to that of professors Donner and Lazar, using only the royalties paid by over-the-air commercial broadcasters under Tariff 2.A. These approaches would have generated, in 1993, royalties of \$2 million and \$3.4 million, respectively.

For the years 1994 and 1995, CCTA projected increases in the rate on the basis of the rate increases incurred during the period from 1990 to 1993, for which data was available.

In their argument, the Pay Services looked at three approaches to developing an overall quantum. The first compared the program expenses of over-the-air signals and cable services. The second compared the viewing of cable services to various groups of over-the-air signals, both distant and local. The third compared the revenues of cable services to those of signals subject to Tariff 2.A. The calculations generated royalties of between \$1.66 million and \$7.71 million for 1993. They suggested that the aggregate royalty be set at somewhere between the average (\$5.9 million) and the median (\$6.4 million) for these figures.

Deux panels ont témoigné pour l'ACTC quant au montant des droits qui devraient être versés. Les professeurs Donner et Lazar ont eux aussi utilisé le tarif pour la télévision commerciale comme point de départ. Pour ce qui est du rapport à établir, par contre, ils ont préféré utiliser celui entre l'écoute des services (canadiens et américains) assujettis au tarif à l'étude et celle de la télévision canadienne en direct (publique et privée). En procédant ainsi, le montant des redevances serait d'environ 4,7 millions de dollars en 1993. Les professeurs Donner et Lazar tenaient pour acquis que les redevances seraient d'abord versées par les télédistributeurs, qui pourraient ensuite en recouvrer une partie des exploitants de services, conformément à une formule de répartition fondée sur les revenus de l'industrie de la télédistribution et de chacun des exploitants de service.

Quant à eux, messieurs Temple et Pezarro auraient utilisé comme point de départ le montant des droits de retransmission versés à la SOCAN, et y auraient appliqué le rapport entre la part d'écoute des signaux éloignés et des services assujettis au tarif 17. Ils ont par ailleurs effectué un calcul semblable à celui des professeurs Donner et Lazar, en se servant toutefois des redevances versées par les stations commerciales assujetties au tarif 2.A. Ces calculs auraient établi à 2 et 3,4 millions de dollars, respectivement, le montant des droits payables en 1993.

Pour établir les droits en 1994 et 1995, l'ACTC propose d'appliquer la même augmentation que celle survenue entre 1990 et 1993, période pour laquelle des données étaient disponibles.

Dans leur argumentation écrite, les services de télévision payante ont examiné trois façons d'en arriver au montant total des redevances. La première est fonction d'une comparaison entre les dépenses de programmation des stations diffusant en direct et des services assujettis au tarif 17. La deuxième établit une corrélation entre la part d'écoute des services assujettis au tarif 17 et celle de divers groupes de stations, éloignées et locales, diffusant en direct. La troisième est fonction du rapport entre les revenus des services assujettis au tarif 17 et ceux des stations assujetties au tarif 2.A. Pour l'année 1993, ces méthodes auraient entraîné le paiement de redevances variant entre 1,66 millions de dollars et 7,71 millions de dollars. Les services proposent que le montant se situe entre la moyenne (5,9 millions de dollars) et la médiane (6,4 millions de dollars).

For its part, MuchMusic proposed a tariff set as a percentage of the service providers' revenues, with an additional amount to account for cable-originated services. In support of this proposal, MuchMusic offered the testimony of Messrs. Rubinstein and Kirkwood. They used as a starting point the rate of 2.1 per cent currently applied to over-the-air commercial signals, adjusting it downwards to reflect what they perceived as certain structural differences between these two industries. This approach would have generated royalties of \$6.9 million in 1993.³⁵ MuchMusic also proposed that the burden of the tariff be split equally between cable operators and service providers.

Most other objectors endorsed the approach put forward by CCTA for the calculation of the quantum.

V. ANALYSIS

A. Selecting an Approach to Setting the Tariff

1. The Rate Structure

Three tariff formulas can be used in this case.

The rate could be a set amount of money per subscriber, per service. This was not put forward by any of the participants and is set aside. The profitability of a cable service is not solely, or even mainly, a function of its number of subscribers or contacts. Some services (e.g. pay-per-view) with few subscribers have large revenues and pay large amounts for their programming. Others (e.g. Vision TV), while having a large number of subscribers, have relatively low revenues and pay relatively small amounts for their programming.

Two other formulas were put forward by the participants.

The rate could be a set amount of money per subscriber irrespective of the number of services received by each subscriber. This approach avoids the need for complicated calculations, and is relatively easy to administer.

Quant à elle, *MuchMusic* demande que le tarif soit un pourcentage des revenus des exploitants de services; un montant additionnel tiendrait compte des services produits par les télédistributeurs. Au soutien de cette proposition, *MuchMusic* a fait témoigner messieurs Rubinstein et Kirkwood. Ils utilisent le taux de 2,1 pour cent que verse la télévision commerciale en direct comme point de départ, l'ajustant à la baisse pour tenir compte de ce qu'ils considèrent être des différences structurelles entre les services et la télévision en direct. En procédant ainsi, les redevances seraient d'environ 6,9 millions de dollars en 1993.³⁵ *MuchMusic* suggère par ailleurs que les télédistributeurs et les exploitants de services se répartissent également le fardeau du tarif.

La plupart des autres opposants ont soutenu la proposition de l'ACTC quant à la façon de calculer le montant total des droits.

V. ANALYSE

A. Comment établir le tarif?

1. La structure tarifaire

Trois structures tarifaires viennent à l'esprit.

On pourrait fixer le taux à un montant précis par abonné et par service. Nous rejetons cette formule, que personne n'a d'ailleurs mise de l'avant. Le nombre d'abonnés ne permet pas, à lui seul, de déterminer si un service est profitable; il ne s'agit même pas du facteur le plus important. Certains services (à la carte, par exemple) comptent peu d'abonnés mais ont des revenus importants et paient cher pour leur programmation. D'autres (comme *Vision TV*), qui comptent un grand nombre d'abonnés, ont des revenus relativement modestes et paient relativement peu pour leur programmation.

Les participants mettent de l'avant deux autres formules.

Le taux pourrait être un montant fixe par abonné, sans égard au nombre de services que reçoit chaque abonné. Cette façon de procéder évite d'avoir à se livrer à des calculs compliqués, et est relativement facile à administrer.

This approach was used in the retransmission tariff. It avoided penalizing retransmitters that depend more heavily on distant signals only because of where they are located. Distant signals are part of the basic cable package, and are viewed by the industry as essential for attracting subscribers and keeping them satisfied. A tariff based on the number of signals carried could have resulted in retransmitters dropping signals. Setting a rate that does not change with the number of signals offered ensured that royalty levels would not become a major consideration in the decision to keep or drop a particular signal. It may also have ensured that the same number of signals would be available throughout the country. A tariff based on the number of subscribers, then, is especially interesting for services sharing certain characteristics with distant signals.

Having said this, a tariff based on the number of subscribers has drawbacks. It takes no account of the fact that certain discretionary services have much lower levels of penetration than others. It does not adjust automatically to shifts within the group of services being offered. Finally, it does not adapt to the arrival of new services, nor to the departure of existing ones. This is likely to occur more frequently if the industry moves to an increasingly "pick and pay" environment.

Another approach is to set a rate per service, based, for example, on a percentage of revenues or of programming costs. This approach ensures that account is taken of differences in the characteristics of each service: revenue source, use of music, etc. Carefully crafted, it can also be simple and easy to apply and administer. It offers continuity. It automatically reflects changes in the importance of the group, shifts within the group as well as arrivals and departures of services. The main drawback of this approach is that it also carries with it the risk of a drop in services or a movement to discretionary tiers.

In the Board's view, the tariff need not adopt a single approach. Where services, such as Canadian specialty services, achieve very high levels of penetration, they can be subject to the signal rate per subscriber formula. This will avoid, as much as

C'est la formule utilisée dans le tarif pour la retransmission. Cette façon de procéder évite d'imposer un fardeau plus important à un retransmetteur du seul fait qu'il doit dépendre davantage des signaux éloignés à cause de l'endroit où il est situé. Les signaux éloignés sont essentiels au service qu'offrent les télé distributeurs; ils dépendent largement de ces signaux pour attirer leur clientèle et assurer sa satisfaction. Un tarif qui varie en fonction du nombre de signaux offerts pourrait amener les retransmetteurs à en abandonner certains. Un tarif sans égard au nombre de signaux offerts réduit l'impact que le montant des redevances pourrait avoir sur la décision d'offrir ou non un signal; il peut même contribuer à faire en sorte que tous les abonnés reçoivent le même nombre de signaux partout au Canada. La formule s'avère donc particulièrement attrayante quand il s'agit de services partageant certaines caractéristiques des signaux éloignés.

Un tarif qui est fonction uniquement du nombre d'abonnés n'est pas sans présenter certains inconvénients. Il omet de tenir compte du fait que certains services facultatifs ont un taux de pénétration très faible. Il ne peut tenir compte sans ajustements des changements dans l'offre de services, de l'arrivée de nouveaux services ou encore, du départ de certains autres. Il s'agit là d'ajustements qui deviendront sans doute plus fréquents si l'industrie s'oriente davantage vers une offre «à la carte».

Une autre façon de procéder consiste à établir un prix par service qui soit fonction, par exemple, d'un pourcentage des revenus ou des dépenses de programmation. Cette méthode tient compte des différentes caractéristiques de chacun des services : sources de revenus, utilisation de musique, etc. Soigneusement structurée, elle peut s'avérer relativement facile à appliquer et à administrer. Elle est stable, reflète automatiquement les changements dans l'importance du groupe, les mouvements à l'intérieur du groupe de même que l'arrivée ou le départ de services. Son principal désavantage est d'ouvrir la porte à l'abandon de services ou à leur migration vers des volets facultatifs.

La Commission est d'avis qu'il n'est pas nécessaire de s'en tenir à une seule formule. Les services spécialisés canadiens, dont le taux de pénétration est très élevé, peuvent être assujettis à un tarif par abonné, sans égard au nombre de ces services que

possible, any reduction in the number of services offered. Most other services are more amenable to a rate per service approach, without risking a drop in their offering.

The most obvious candidates for a service based rate are Canadian pay services. These are premium services and, for the most part, fully discretionary. If they are offered as a package rather than separately, this is the result of a marketing decision by the cable operator and the service provider.

American specialty services are also amenable to this approach. They are not offered on the basic tier. Cable operators can readily identify the amount collected for those services and can adjust their prices without regulatory authorization.

Setting a rate per service for Canadian pay and American specialty services would cover approximately 33 per cent of signal-contacts.³⁶ It also makes the portfolio approach for the remaining cable services much more sensible. What is left, at least until December 1994, are 13 Canadian specialty services³⁷ with a much more equal distribution across the country and very high penetration figures.³⁸ What is then achieved is the equalization of the rate per subscriber for the most basic part of the cable services package, the true core of the "de facto basic tier". This eliminates the issue treating services differently according to the tier in which the service is offered. Furthermore, the risk of any service drop off is virtually eliminated.

An examination of Table 6 shows that only a small proportion of systems, serving an even smaller proportion of subscribers, offer a small number of Canadian specialty services.³⁹ The reduction in the administrative burden resulting from using this tariff formula would, of itself, more than justify the approach.

There are other reasons for using a portfolio approach for these services during the period under examination. First, it avoids the need to account for the relative use of music by each service. Second, the

l'abonné reçoit. Cette façon de procéder permet d'éviter autant que possible la réduction du nombre de services offerts. La plupart des autres se prêtent bien à un tarif par abonné et par service, sans risquer pour autant une diminution de l'offre.

Les services canadiens de télévision payante sont ceux qui se prêtent le mieux à un tarif qui varie en fonction de l'offre. Il s'agit de services «de luxe» et essentiellement facultatifs. Quand on les offre en groupes plutôt que séparément, c'est le résultat de décisions de mise en marché de la part des télédistributeurs et de l'exploitant du service.

Les services spécialisés américains se prêtent eux aussi à un tarif qui varie en fonction de l'offre. Ils ne font pas partie du volet de base. Les télédistributeurs peuvent aisément déterminer combien ils perçoivent pour ces services et n'ont pas besoin d'obtenir d'autorisation pour ajuster les prix.

Les services canadiens de télévision payante et les services spécialisés américains représentent environ le tiers des signaux-contacts.³⁶ En les traitant séparément, il devient d'autant plus logique de regrouper les services restants. Ce qui reste, du moins pour la période prenant fin en décembre 1994, c'est 13 services spécialisés canadiens,³⁷ tous distribués de façon plus ou moins égale au pays et tous obtenant des taux de pénétration très élevés.³⁸ On obtient alors un tarif uniforme pour la partie la plus essentielle du service de câble, pour le cœur du «volet de base de facto». On évite ainsi d'avoir à décider s'il y a lieu de traiter les services différemment en fonction du volet où ils sont offerts. Qui plus est, le risque d'abandon de service s'en trouve virtuellement éliminé.

Le tableau 6 démontre que les systèmes offrant peu de services spécialisés canadiens sont peu nombreux, et desservent un très petit nombre d'abonnés.³⁹ La réduction du fardeau administratif qui découle de cette formule tarifaire justifie amplement, en soi, cette façon de procéder.

D'autres raisons poussent la Commission à traiter ces services comme un portefeuille pour la période à l'étude. Premièrement, cela évite d'avoir à tenir compte de l'utilisation relative de musique de

tariff deals with past events. Neither cable operators, nor the service providers can change their past behaviour to reduce their liabilities. Therefore, so long as a fair rate is set for the portfolio, there is no particular reason to burden SOCAN or its licensees with a formula requiring extra calculations and administrative burdens where the result is going to be more or less the same.

Consequently, the tariff will contain two main components. Canadian specialty services shall be subject to a portfolio tariff, whose rate will be set without regard to the number of such services offered by an individual transmitter. Canadian pay and American specialty services shall be subject to a separate tariff. The other services subject to the tariff will be accounted for in the manner described later.

The next step, then is to determine the rate base and the rates for each component of the tariff.

2. The Rate Base

The Board rejects SOCAN's view that within the market for cable television services, transmitters are trading at the same level as over-the-air commercial operators.⁴⁰ This approach relies mainly on three assumptions. First, since transmitters deliver cable services to the consumer, they are, as over-the-air operators, the last level of trade. Second, a tariff based on data which is in the hands of the service providers is difficult to enforce in the face of the lack of information on the programming expenses of American services. Third, it is, as Professor Liebowitz notes, a "judgment call" as to which is the appropriate comparison.

In the Board's view, it is appropriate to compare the over-the-air commercial television industry with the cable services industry, not with the transmitters. It may be that, in law, the transmitter is the person who performs or communicates. In economic terms, however, the cable operator is more readily identified with a common carrier. An important part of the

chacun des services. Deuxièmement, le tarif traite du passé. Ni les télédistributeurs, ni les exploitants de services peuvent chercher à réduire leurs coûts en modifiant leur conduite. Par conséquent, tant et aussi longtemps que le prix du portefeuille est juste, il n'y a pas lieu d'imposer à la SOCAN ou à ses titulaires de licences une formule comportant des calculs additionnels et un fardeau administratif plus important, dans la mesure où le résultat final reste plus ou moins le même.

La Commission opte donc pour une structure tarifaire à deux volets. Les services spécialisés canadiens seront assujettis à un tarif-portefeuille, sans égard au nombre de services offerts par chaque transmetteur. Les services canadiens de télévision payante et les services spécialisés américains seront assujettis à un tarif séparé. Il sera tenu compte des autres services assujettis au tarif de la façon indiquée plus loin.

La prochaine étape consiste donc à établir l'assiette tarifaire et les taux applicables à chacun de ces tarifs.

2. L'assiette tarifaire

La SOCAN soutient que dans le marché de la télévision par câble, les télédistributeurs jouent le même rôle que les exploitants de stations dans le marché de la télévision en direct.⁴⁰ La Commission ne partage pas ce point de vue, qui repose avant tout sur trois prémisses. La première veut que celui qui livre le service de câble au consommateur, le télédistributeur, constitue le dernier niveau du marché tout comme l'exploitant d'une station de télévision en direct. La deuxième veut qu'un tarif fondé sur des données dont disposent les exploitants de services soit difficile d'application à cause du manque de renseignements concernant les dépenses de programmation des services américains. La troisième implique, de l'aveu même du professeur Liebowitz, un «jugement» quant à ce qui constitue une comparaison appropriée.

La Commission est d'avis qu'il faut comparer l'industrie de la télévision commerciale en direct avec celle des services, et non avec les télédistributeurs. Pour le juriste, c'est certes le transmetteur qui exécute ou qui communique. En termes économiques, toutefois, le télédistributeur s'apparente davantage à un transporteur public. Une

price consumers pay for subscribing to cable is for the improvement in the reception of local over-the-air signals: this does not add to the value of music in the programming offered. The good provided by the cable operator has nothing to do with the manufacturing of programming, and everything to do with its distribution; SOCAN should derive no economic benefit from that "added value".

By contrast, from an economic perspective, service providers are readily comparable to over-the-air broadcasters. Those who put services and signals together compete in the same marketplace to acquire essentially the same inputs and from the same sources, with about the same amount of creative input into it.⁴¹ In fact, the service providers pay for all the creative inputs except the music rights: it seems logical to look at that level for comparisons to establish the quantum of the tariff.

For the same reasons, the tariff formula set out in Tariff 2.A should be used as a starting point in articulating Tariff 17. The Board is unconvinced by the arguments put forward to the contrary. Over-the-air broadcasters and service providers operate in similar industries, competing for the same inputs, and offering viewers a similar product: programming. Their sources of income may be quite different, but the way in which they spend that income is not. The tariff for one should not create a competitive imbalance between the two players.

The Board therefore uses 2.1 per cent of the service providers' revenues as its starting point.

B. Adjustments

The participants suggested several adjustments to any rate that may be set.

1. Possible corrections to the rate for all services

Objectors suggested several reductions to the rate, based on perceived differences between the over-the-air and cable television industries. MuchMusic asked

part importante du prix de l'abonnement au câble est pour l'amélioration de la réception de signaux locaux de télévision : cela n'ajoute rien à la valeur de la musique que comporte la programmation ainsi offerte. Ce que fournit le télédistributeur n'a rien à voir avec la confection d'une programmation, et tout à voir avec sa distribution; la SOCAN n'a droit à aucune part de cette «valeur ajoutée».

Par contre, en termes économiques, ce sont les services qui se comparent le mieux aux stations de télévision en direct. Ceux qui les exploitent entrent en concurrence dans le même marché pour acheter essentiellement des mêmes fournisseurs des intrants similaires, contenant une part à peu près équivalente d'éléments créatifs.⁴¹ Mis à part les droits d'exécution ou de communication de la musique, ce sont eux qui achètent tous les autres intrants créatifs : quoi de plus logique que d'utiliser ce niveau de marché pour établir des comparaisons permettant de fixer le montant des redevances.

Le même raisonnement amène à utiliser la formule qu'on retrouve dans le tarif 2.A comme point de départ dans l'établissement du tarif 17. Les arguments soutenant le contraire ne convainquent pas la Commission. Les stations de télévision en direct et les exploitants de services exploitent des entreprises similaires, se font concurrence pour les mêmes intrants, et offrent aux téléspectateurs un bien similaire : la programmation. Bien que leurs sources de revenus soient fort différentes, la façon dont ils les dépensent ne l'est pas. La formule tarifaire applicable à l'un d'eux ne doit pas créer de déséquilibre concurrentiel entre les deux.

Le point de départ de la formule tarifaire est donc 2,1 pour cent des revenus des exploitants de services.

B. Les ajustements possibles

Les participants demandent à la Commission qu'elle procède à plusieurs ajustements du taux qui serait retenu comme point de départ.

1. Les ajustements pertinents à tous les services

Les opposants avancent plusieurs motifs, fondés sur ce qu'ils soutiennent être des différences entre les industries de la télévision en direct et de la

for a 33.3 per cent reduction, arguing that several factors reduce the value of the music: limitations on advertising, programming restrictions, channel placement and cable carriage, ability to attract audiences during prime time, etc. These elements of the broadcasting system are the result of CRTC policies and reflect the general regulatory environment of the industry. To paraphrase the second retransmission decision, the regulatory environment cannot simply be ignored; it is part of the service providers' reality of doing business. All participants earn revenues that enable them to purchase programming inputs in that environment.⁴² All inputs, other than musical inputs, feel the effects of these policy decisions; musical inputs should be equally affected, for better or worse.

Some participants asked that a link be established between the relative viewing shares of over-the-air signals and cable services and the aggregate quantum. This is unnecessary. Such correlations are useful when no other reliable measure of economic value is available.⁴³ In this case, however, the service providers' revenues provide a measure of value.

Furthermore, the Board agrees with Professor Liebowitz that the revenue structures of these two sectors of the television industry are so different as to make viewing comparisons inadvisable. Service providers derive most of their revenues not from advertising, but from affiliation fees. When advertising is not the prime component of revenue, the strict linkage between audience size and revenues, and also audience size and programming expenditures, breaks down. This explains why payments for creative inputs are out of proportion with the services' audience shares.

Viewed from another angle, the most significant economic decision in the market for cable

télévision câblée, pour justifier une réduction du taux. *MuchMusic* demande une réduction du tiers, soutenant que plusieurs facteurs diminuent la valeur de la musique pour les services : restrictions en matière de publicité et de programmation, règles sur l'emplacement des signaux et sur leur distribution, capacité limitée d'attirer l'auditoire durant les heures de grande écoute, et ainsi de suite. Toutes ces données du système de radiodiffusion découlent de politiques du CRTC et reflètent le cadre réglementaire dans lequel opère l'ensemble de l'industrie. Comme on l'avait noté dans la deuxième décision sur la retransmission, le régime réglementaire ne peut être simplement mis de côté; il fait partie des conditions dans lesquelles les exploitants de services font affaire. C'est le cadre à l'intérieur duquel tous les participants gagnent des revenus qui leur permettent d'acheter des intrants de programmation.⁴² Tous ces intrants, à l'exception des intrants musicaux, ressentent les effets de ces décisions de politique; les intrants musicaux devraient eux aussi y être assujettis, pour le meilleur et pour le pire.

Certains participants demandent que la part d'écoute relative des diffuseurs en direct et des services de câble soit reflétée dans le montant total des redevances. Cet ajustement n'est pas nécessaire. Ce genre de comparaison est utile en l'absence d'autre mesure fiable de valeur économique.⁴³ Dans l'espèce, ce n'est pas le cas : la Commission connaît les revenus des exploitants de services.

Qui plus est, la Commission partage l'avis du professeur Liebowitz selon lequel les structures de revenus de ces deux secteurs de l'industrie de la télévision sont différentes au point de rendre dangereuses les comparaisons fondées sur l'écoute. Les revenus des exploitants de services viennent avant tout des paiements d'affiliation, et non de la publicité. Comme la publicité n'est pas la source principale de revenus, le lien entre l'importance de l'auditoire et les revenus, et donc entre cet auditoire et les dépenses de programmation, s'effrite. C'est ce qui explique pourquoi les services payent pour leurs intrants créatifs des prix sans commune mesure avec leurs parts d'écoute.

Autrement dit, dans le marché pour les services de télévision par câble, c'est l'achat du service, et non

television services is made, not when the program is viewed, but when the service is purchased. It is also true that "advertisers are willing to pay a certain amount for a viewer, but the amount they are willing to pay is far less than the viewer is actually willing to pay for the programming."⁴⁴ This raises the price of programming inputs, and benefits the suppliers of these inputs. In the Board's view, producers of music inputs should share in the benefits brought about by the differences in the market structure.

No adjustment is required for variations in music use among cable services included in the portfolio. They may use different amounts of music; on average, however, they use the same amount as over-the-air signals. Adjustments are also unnecessary for the services for which a separate rate is set. Based on the evidence on the record, all, except CMT and TNN, appear to use about the industry average amount of music.⁴⁵ Differences are not large enough to justify such a correction.⁴⁶

It was suggested that the revenues of American services should be topped up to account for the advertising revenues these services may derive from their Canadian market. Notwithstanding the opinion expressed on this issue, the record of these proceedings is that American services receive no advertising revenues in their Canadian markets. Furthermore, the evidence offered by the participants was too scant to allow a serious attempt to impute advertising revenues to American services.

None of the corrections suggested is appropriate for services for which the Board sets a separate rate. Since the only revenues of those services are the affiliation payments made to them by transmitters, the Board sets the rate for these services at 2.1 per cent of each cable system's affiliation payments.

2. The relative importance of programming expenses and the rate for the portfolio

One adjustment warrants consideration for Canadian specialty services.

le visionnement d'une émission, qui constitue la décision économique la plus importante. Il est aussi vrai de dire que [TRADUCTION] «le montant qu'un publicitaire est prêt à payer pour un téléspectateur est toujours, et de loin, inférieur à celui que ce dernier est prêt à payer pour la programmation.»⁴⁴ Cela a pour effet d'augmenter le prix payé pour les intrants de programmation au bénéfice de ceux qui fournissent ces intrants. La Commission est d'avis que les créateurs d'intrants musicaux devraient eux aussi bénéficier de cette différence dans la structure du marché.

Il n'y a pas lieu de procéder à un ajustement pour tenir compte du fait que l'utilisation de musique varie d'un service à un autre. Les services inclus dans le portefeuille n'utilisent pas tous la même quantité de musique; cela étant dit, ils utilisent en moyenne la même quantité de musique que les stations diffusant en direct. Un tel ajustement n'est pas non plus nécessaire en ce qui concerne les services assujettis à un tarif séparé. Le dossier de la présente affaire révèle que tous ces services, sauf CMT et TNN, utilisent une quantité de musique qui se rapproche de la moyenne pour l'industrie.⁴⁵ Les variations constatées ne sont pas suffisamment importantes pour justifier un ajustement.⁴⁶

Certains ont soutenu que les revenus des services américains devraient être ajustés à la hausse pour tenir compte des revenus de publicité qu'ils pourraient obtenir du fait de leur diffusion au Canada. Malgré les opinions qui ont été formulées à cet égard, le dossier de la présente affaire révèle que ces services ne reçoivent aucun revenu de publicité dans leurs marchés canadiens. Qui plus est, le dossier ne contient rien qui permette d'imputer de façon rationnelle des revenus de publicité à ces services.

Aucun des ajustements proposés par les participants ne devrait être appliqué aux services pour lesquels la Commission établit un tarif séparé. Leurs seuls revenus sont les paiements d'affiliation que les transmetteurs leur versent; le taux pour ces services est donc établi à 2,1 pour cent des paiements d'affiliation que verse chaque système de câble.

2. L'importance relative des dépenses de programmation et le prix du portefeuille

Un ajustement mérite qu'on l'examine de plus près pour ce qui est des services spécialisés canadiens.

The Pay Services suggested taking into account the "different economic importance of [programming] to broadcast and non-broadcast revenues".⁴⁷ In 1993, programming expenses accounted for 46.6 per cent of the total revenues of the services included in the Board's portfolio; for Canadian over-the-air commercial stations, the corresponding figure was 54.3 per cent.⁴⁸ For the years 1989 to 1993, the difference overall was 18.4 per cent.⁴⁹

The Board makes this adjustment. As between these two sectors of the industry, the Board finds it appropriate that the share paid for music remain constant when compared to the rest of creative inputs. Using data for the period 1989-1993, the correction lowers the rate from 2.1 to 1.7 per cent.

The Board uses the average for the whole period for two reasons. First, as the tariff deals with past events, there is no need to make specific adjustments over the period. Second, and more important, there is merit in using rolling five-year averages in these circumstances. To paraphrase the Board's decision on the tariff for non-commercial radio stations for the year 1994, using data over a longer period reduces fluctuations and provides SOCAN, as well as users, with a measure of stability.

Applying a rate of 1.7 per cent to the revenues of the services in the Board's portfolio, excluding ASN and TV5, and dividing by the number of subscribers yields rates of between 4.43¢ a subscriber in 1990 and 6.43¢ in 1994.⁵⁰

3. Accounting for other services

SOCAN's proposed tariff deals with other services which differ in some ways from the main targets of the tariff.

a. *ASN and TV5*

ASN raises peculiar difficulties. SOCAN did not factor its revenues into its general formula. Testifying for ASN, Mr. Mudry noted that imposing a separate rate on the cable operator for ASN might discourage its carriage. He even volunteered that

Les services de télévision payante ont fait mention du besoin [TRADUCTION] «de tenir compte de l'importance économique relative de la programmation par rapport aux revenus de la télévision en direct et de la télévision câblée». ⁴⁷ En 1993, les dépenses de programmation représentaient 46,6 pour cent des revenus des services compris dans le portefeuille de la Commission, et 54,3 pour cent des revenus de la télévision commerciale canadienne en direct. ⁴⁸ Entre 1989 et 1993, la différence moyenne est de 18,4 pour cent. ⁴⁹

La Commission procède à cet ajustement. Elle est d'avis que la musique devrait recevoir une part constante des intrants créatifs dans ces deux secteurs de l'industrie de la télévision. La correction obtenue en utilisant les données pour la période ramène le taux de 2,1 à 1,7 pour cent.

Il y a deux motifs qui amènent la Commission à utiliser la moyenne pour toute la période. Premièrement, point n'est besoin de procéder à des ajustements annuels pour un tarif applicable à des utilisations qui ont déjà été faites. Deuxièmement, et plus encore, le fait d'utiliser une moyenne sur cinq années pour procéder à des ajustements présente un avantage certain. Comme la Commission l'avait dit dans sa décision portant sur le tarif applicable aux stations de radio non commerciales pour l'année 1994, l'utilisation de données portant sur une plus longue période permet de réduire les fluctuations et d'offrir à la SOCAN, comme aux utilisateurs, une certaine stabilité.

En divisant 1,7 pour cent des revenus des services inclus dans le portefeuille de la Commission, sauf ASN et TV5, par le nombre d'abonnés au câble, on obtient un taux variant entre 4,43 ¢ en 1990 et 6,43 ¢ en 1994. ⁵⁰

3. La façon de tenir compte des autres services

La projet de tarif de la SOCAN vise des services qui se distinguent de ceux dont il traite au premier chef.

a. *ASN et TV5*

ASN présente des difficultés qui lui sont propres. La SOCAN n'a pas tenu compte de ses revenus dans le calcul des redevances. Témoignant pour ASN, M. Mudry a affirmé que le télédistributeur qui aurait à payer des redevances séparées pour ce service

royalties should be paid directly by the service provider.

There is little to distinguish ASN from over-the-air commercial stations. In the long run, the wording of Tariff 2.A should probably be modified to cover it; alternatively, a separate tariff could be set, mirroring the formula used in Tariff 2.A, and allowing for any distinctions by raising or lowering the rate. For the purposes of these proceedings, however, the only practical approach is to include ASN in the portfolio and to include its revenues in the calculation of the aggregate rate.

The situation of TV5 is different in two respects. First, SOCAN and TV5 agree that for 1990, the music performing rights had been cleared at source by the parent service in Europe. Therefore, there is no need to account for TV5 in the rate for that year.

Second, TV5 is a subsidized service, whose revenue and expenditure patterns are quite different from those of other services included in the Board's portfolio. In 1993, affiliation payments were around \$6.7 million, while total revenues were \$13.7 million. TV5 derived no revenues from advertising. Using only affiliation payments to set the royalty would prejudice suppliers of music inputs: they should derive the same benefits from subsidies received by TV5 as other suppliers of creative inputs. On the other hand, not all of that subsidy benefits such inputs; some of it represents what governments are ready to pay for a service that would not be commercially viable. Therefore, the Board finds it preferable to account for TV5 by adding imputed revenues, calculated by dividing the TV5 programming expenditures by the average ratio of programming expenditures to revenues of Canadian specialty services, to the base used to set the aggregate rate. Using that formula yields \$9.8 million for the year 1993.⁵¹

As line 9 of Table 8 shows, adding these amounts to the revenue base used to set the rate for the Board's portfolio yields rates of between 4.53¢ in 1990 and 6.74¢ in 1994.

pourrait en abandonner la distribution; il alla même jusqu'à suggérer qu'il serait préférable que les redevances soient versées par l'exploitant du service.

À peu de choses près, ASN est une station de télévision commerciale semblable à celles qui sont assujetties au tarif 2.A. À plus long terme, il y aurait sans doute lieu de modifier le tarif 2.A pour y assujettir ASN ou encore, d'établir pour ASN un tarif distinct qui reprendrait la formule utilisée dans le tarif 2.A tout en y reflétant les distinctions qui pourraient s'imposer. Cela étant dit, pour les fins de la présente affaire, la seule mesure pratique est d'ajouter ASN au portefeuille et d'inclure ses revenus dans le calcul du taux global.

TV5 se distingue à deux égards. Premièrement, la SOCAN et TV5 s'entendent pour dire que les droits d'exécution de la musique pour l'année 1990 ont été libérés à la source par TV5 Europe. Il n'y a donc pas lieu d'en tenir compte cette année-là.

Deuxièmement, TV5 est un service subventionné. Ses sources de revenus sont fort différentes de celles des autres services assujettis au tarif-portefeuille. En 1993, les revenus d'affiliation de TV5 étaient d'environ 6,7 millions de dollars, sur un total de 13,7 millions de dollars. TV5 n'a pas de revenus de publicité. Tenir compte uniquement des paiements d'affiliation porterait préjudice aux fournisseurs d'intrants musicaux : ils ne recevraient pas la part des revenus de subventions de TV5 qui revient aux fournisseurs d'autres intrants créatifs. Ces derniers, par contre, ne reçoivent pas une pleine part de ces revenus; une bonne part représente ce que les gouvernements sont prêts à payer pour maintenir en ondes un service dont l'exploitation n'est pas économiquement viable. Par conséquent, la Commission croit préférable d'attribuer à TV5 à titre de revenus, le montant obtenu en multipliant les dépenses de programmation de TV5 par le rapport moyen entre les revenus et les dépenses de programmation des services spécialisés canadiens. Ce montant est de 9,8 millions de dollars en 1993.⁵¹

Comme le tableau 8, ligne 9 le démontre, en ajoutant ces sommes aux revenus utilisés pour établir le prix-portefeuille, le taux passe de 4,53 ¢ en 1990 à 6,74 ¢ en 1994.

b. *Alphanumeric services, Parliamentary channels and educational services*

The record of these proceedings contains little to allow the Board to set a rate for those services. Alphanumeric services use a lot of music, but are of marginal value to subscribers. Participants seem to agree that the royalties for the use of music on these services should be minimal. Parliamentary channels appear to use little, if any, protected music. Finally, little evidence was filed in respect to the royalties that should be paid for the use of music on educational services (Access Network, Knowledge Network and SCN). SOCAN did not seem to account for their presence in its formula. The audience share of these services is minimal; participants seem to agree that their value in the overall package of cable services is marginal.⁵² Given the record, they can be included in the portfolio without adjusting its rate.

c. *Community channels*

The only proposal for community channels came from SOCAN, who suggested that they be assessed 3.49 per cent of their production costs, adjusted for viewing. This would have yielded aggregate royalties of \$1.9 million in 1993. That approach can be set aside for two reasons. First, the rate of 3.49 per cent is as inappropriate for community channels as it is for other services. Second, the amount generated would be clearly excessive. Programming expenses on community channels in 1993 represent close to half of the combined programming expenses of the Canadian specialty services and ASN and are out of proportion with their actual importance.⁵³

Community channels are *sui generis*. Their existence and expenditure patterns are driven by considerations that have little, if anything, to do with economic considerations: a large share of these costs is attributable to such elements as volunteer training and support. Their operations and objectives are similar to those of non-commercial radio stations.

b. *Les services alphanumériques, les chaînes parlementaires et les services éducatifs*

La Commission dispose de bien peu de renseignements lui permettant d'établir un prix pour ces services. Les services alphanumériques utilisent beaucoup de musique, mais sont d'une valeur marginale pour l'abonné. Les participants semblent s'entendre pour que le prix de la musique pour ces services soit modique. Les chaînes parlementaires semblent utiliser peu ou pas de musique protégée. Enfin, le dossier comporte peu de preuve permettant d'établir le prix de la musique pour les services éducatifs (*Access Network, Knowledge Network et SCN*). La SOCAN ne semble pas en avoir tenu compte dans sa formule d'établissement du prix. Leur part d'écoute est insignifiante; les participants semblent s'entendre sur le fait que la valeur qu'ils ajoutent au service de câble est marginale.⁵² Compte tenu de la preuve, ils sont inclus dans le portefeuille sans en ajuster le taux.

c. *Les canaux communautaires*

Seule la SOCAN a proposé une façon de tenir compte des canaux communautaires; elle suggère un taux de 3,49 pour cent de leurs coûts de production, qu'elle réduirait pour tenir compte de l'écoute. La formule entraînerait des redevances de 1,9 millions de dollars en 1993. Elle ne peut être retenue, pour deux motifs. Premièrement, le taux de 3,49 pour cent ne convient pas plus aux canaux communautaires qu'aux autres services. Deuxièmement, il ne fait pas de doute que le montant des redevances qui en résulterait est trop important. En 1993, les dépenses de programmation des canaux communautaires représentaient près de la moitié des dépenses de programmation de l'ensemble des services spécialisés canadiens et d'ASN; elles n'ont donc pas de commune mesure avec leur véritable importance dans le marché.⁵³

Les canaux communautaires sont uniques en leur genre. Le fait qu'ils existent et les dépenses qu'ils entraînent n'ont rien à voir avec des considérations d'ordre économique. Une part importante de ces dépenses vont à la formation et au soutien des bénévoles. Tant dans leurs opérations que par les objectifs qu'ils poursuivent, ils se rapprochent des stations de radio non commerciales.

In this case, a comparison of viewing of commercial and non-commercial services may be useful, as there appears to be no other measure of economic value. According to BBM data,⁵⁴ community channels obtained 0.23 per cent of all television viewing in 1994, while the services included in the Board's portfolio gathered 7.6 per cent.⁵⁵ Applied to the expected amount of royalties payable by the services included in the portfolio, that ratio would yield royalties of about \$180,000 for all community channels. Given the amount involved, it is simpler to include it in the portfolio rate by using an adjustment factor.⁵⁶ This raises the rate in 1994 from 6.74¢ to 6.95¢.⁵⁷

4. A Quebec adjustment

All participants put forward a Quebec adjustment, invoking between them differences in viewing habits, in industry structure, in market size and in the number of cable services offered.

SOCAN proposed to set the rates at approximately 85 per cent of those in effect in the rest of Canada, based on a difference in supply. CCTA proposed the same definition of Francophone markets as used in the retransmission tariff, and asked for a reduction of 25 per cent, based on relative viewing of all cable services in Quebec and in the rest of Canada. MuchMusic asked for a 25 per cent discount on French-language services, invoking certain structural characteristics of the Quebec market: smaller audiences, higher relative costs, limited advertising market and greater competitive pressures from both English and French-language services.

The economic viability of French-language cable services is more problematic than that of equivalent English-language services because of the limited size of the market. The CRTC itself has recognized this through its reluctance to license as many French-language as English-language services.⁵⁸ Having said this, the true market for those services is in systems in Francophone markets, and given the tariff structure

Il s'agit d'une situation où, vu l'absence d'une autre mesure de valeur économique, il pourrait être utile d'utiliser le rapport entre l'écoute de ces services et celle des services spécialisés. Selon les données BBM,⁵⁴ les canaux communautaires obtenaient 0,23 pour cent de l'écoute télévisuelle en 1994, et les services inclus dans le portefeuille de la Commission, 7,6 pour cent.⁵⁵ En appliquant ce rapport au montant estimé des redevances que devront payer les services faisant partie du portefeuille, on obtient environ 180 000 \$. Compte tenu du montant impliqué, la simplicité administrative exige qu'il soit incorporé au tarif-portefeuille au moyen d'un ajustement.⁵⁶ Cet ajustement fait passer le taux en 1994 de 6,74 ¢ à 6,95 ¢.⁵⁷

4. Un ajustement pour le Québec

Tous les participants proposent un ajustement visant le Québec, pour tenir compte des différences dans les habitudes d'écoute, dans la structure de l'industrie, dans l'importance du marché et dans le nombre de services offerts.

La SOCAN, invoquant une différence dans l'offre de services, propose que le taux soit établi à environ 85 pour cent de celui auquel le reste du Canada est assujéti. L'ACTC suggère de définir les marchés francophones de la même façon que dans le tarif pour la retransmission, et demande un rabatement de 25 pour cent, invoquant l'écoute relative des services assujéti au tarif 17 au Québec et dans le reste du Canada. *MuchMusic* demande que tous les services de langue française bénéficient d'un escompte de 25 pour cent pour tenir compte de certaines caractéristiques structurelles du marché québécois : auditoire réduit, coûts relatifs plus élevés, marché publicitaire limité et pressions concurrentielles venant non seulement de la télévision de langue française, mais aussi de la télévision de langue anglaise.

La petitesse du marché fait en sorte que les services de langue française sont moins viables que ceux de langue anglaise. Le CRTC reconnaît ce fait : il hésite à émettre autant de licences pour les premiers que pour les seconds.⁵⁸ Il n'en reste pas moins que les véritables acheteurs de ces services sont les télédistributeurs opérant dans des marchés francophones. Compte tenu de la structure tarifaire

used by the Board, the practical way of recognizing the need for a different price is to set a rate for those systems.

As to the amount of the required adjustment, both supply and viewing statistics provide useful information. Thus, in 1994, the average number of signal-contacts in Canada, excluding Quebec, for English-language Canadian specialty services and ASN, was 5.98. The average number of French-language specialty service signal-contacts in Quebec was 4.95, or 17.2 per cent less.⁵⁹ On the other hand, viewing to all Canadian specialty services, including ASN, averaged 7.65 per cent in Canada excluding Quebec, and 6.76 per cent, or 12 per cent less, in Quebec over the period 1990-1994.⁶⁰ Therefore, a downward adjustment of 15 per cent would appear appropriate.

No adjustment is warranted for American specialty and Canadian pay services, which are discretionary. The tariff formula, a percentage of affiliation payments, ensures that the royalties are automatically lower if the market commands a lower price. Therefore, the market can be relied on to generate without correction the appropriate quantum of royalties.

5. A low-use discount

CANCOM asks to pay a lower rate than other transmitters because it offers only two Canadian specialty services. Systems serving more than 1,000 subscribers offer on average 6.81 cable services.⁶¹ Table 6 shows that in January 1994, 50 such systems (or 12 per cent) offered no more than three services. Most of these had between 1,001 and 2,000 subscribers. All 50 systems account for 1.73 per cent of subscribers to all systems with over 1,000 subscribers.⁶²

The Board agrees that transmitters who use substantially fewer cable services should pay less. Therefore, transmitters offering no more than three Canadian specialty services shall pay half the rate for the services in the Board's portfolio. The rate for Canadian pay and American specialty services is not affected by this correction.

retenue par la Commission, la façon la plus pratique d'en arriver à un tarif équitable pour ces services est d'établir un taux différent pour les télédistributeurs dans les marchés francophones.

Tant l'offre que l'écoute peuvent servir à établir la mesure de l'ajustement qu'il faut effectuer. En 1994, l'abonné moyen d'un système situé à l'extérieur du Québec recevait 5,98 signaux spécialisés de langue anglaise (y compris ASN); l'abonné moyen d'un système situé au Québec recevait 4,95 signaux spécialisés de langue française, soit 17,2 pour cent de moins.⁵⁹ Par ailleurs, la part d'écoute moyenne de tous les services spécialisés canadiens, y compris ASN, à l'extérieur du Québec était de 7,65 pour cent entre 1990 et 1994, et de 6,76 pour cent (12 pour cent de moins) au Québec.⁶⁰ Il semble donc juste de procéder à un ajustement à la baisse de 15 pour cent.

Point n'est besoin de procéder à cet ajustement dans le cas des services spécialisés américains ou des services canadiens de télévision payante. Il s'agit de services facultatifs. Qui plus est, comme le tarif est fonction des paiements d'affiliation, le montant des redevances s'ajuste automatiquement aux prix du marché. Il s'agit donc d'un cas où l'on peut s'en remettre au marché pour établir le montant approprié de redevances sans qu'il soit besoin de procéder à un ajustement.

5. Un escompte pour les petits utilisateurs

CANCOM demande de payer moins que les autres transmetteurs au motif qu'elle n'offre que deux services spécialisés canadiens. Les systèmes comptant plus de 1 000 abonnés offrent en moyenne 6,81 services.⁶¹ Le tableau 6 démontre qu'en janvier 1994, 50 de ces systèmes (12 pour cent) offraient au plus trois services. La plupart comptaient entre 1 001 et 2 000 abonnés; ces 50 systèmes représentent 1,73 pour cent des abonnés aux systèmes comptant plus de 1 000 abonnés.⁶²

Les transmetteurs qui offrent beaucoup moins de services devraient payer moins. Ceux qui offrent trois services spécialisés canadiens ou moins paieront donc la moitié du taux-portefeuille. Le taux pour les services canadiens de télévision payante et les services spécialisés américains reste le même.

C. The Licensee

The Board agrees with SOCAN that for the period under examination, the licence for the use of music on cable services should be issued to the transmitters, even though the Board sets the rate as a function of the service providers' revenues. The transmitters are, after all, those who actually communicate the music to the public. Moreover, collecting the tariff from them minimizes the administrative burden of the tariff in two ways: the tariff structure, which mirrors that of the retransmission tariff, is familiar, and the transmitters, who need a licence for cable-originated services in any case, deal with all uses covered in the tariff through a single payment. Finally, any liability of the service providers for the transmitters' performances before September 1, 1993 would rest not on subsection 3(1.4) of the *Act*, which applies only to telecommunications, but on some other, less certain, principles of copyright law.

Targeting one person for a debt where the right exists to collect it from more than one is reasonable. SOCAN has chosen, not unreasonably, to target the transmitter in its collection strategy. In a pick and pay environment, the focus may shift from purchasing services to purchasing programming. For the period under examination, however, transmitters are selling cable services to the subscribers, as a package or a series of packages. Identifying the transmitter as the licensee is therefore appropriate, especially for the services included in the Board's portfolio. The need to minimize the administrative burden imposed by the tariff also justifies identifying the transmitter as the licensee for the services outside that portfolio.

D. The Tariff for 1995

Initially, SOCAN asked for a 30 per cent increase in the rate for 1995. In its final proposal, however, it asked that the rates proposed for 1994 be raised by 10 (approximately 5 per cent) or that the 1995 tariff be

C. Le titulaire de la licence

La SOCAN demande que la licence pour l'utilisation de musique découlant de la transmission des services de télévision par câble soit émise aux transmetteurs. Pour les fins de la période à l'étude, la Commission partage ce point de vue et ce, même si le taux est fonction des revenus des exploitants de services. Après tout, ce sont les transmetteurs qui, dans les faits, communiquent la musique au public. Par ailleurs, en percevant le tarif de ces derniers, on réduit le fardeau administratif inhérent au tarif de deux façons : la structure tarifaire, qui s'aligne sur celle du tarif pour la retransmission, est connue, et les transmetteurs, qui ont besoin de toute façon d'une licence pour les services qu'ils produisent eux-mêmes, acquittent les droits pour toutes les utilisations assujetties au tarif au moyen d'un paiement unique. D'ailleurs, la responsabilité des exploitants de services pour les exécutions effectuées par les transmetteurs avant le 1^{er} septembre 1993 ne pourrait découler du paragraphe 3(1.4) de la *Loi*, qui vise uniquement les télécommunications; elle devrait se fonder, le cas échéant, sur d'autres principes de droit d'auteur nécessairement plus flous.

Il est raisonnable de vouloir percevoir une dette d'une seule personne même s'il existe d'autres co-débiteurs. La SOCAN veut orienter sa stratégie de perception vers le transmetteur; cela n'est pas déraisonnable. Dans un environnement d'offre plus à la carte, il se peut que l'importance économique du service diminue, et que celle de la programmation augmente. Pour les fins de la période à l'étude, toutefois, les transmetteurs vendent ces services à leurs abonnés par groupes. Il est donc approprié d'identifier le transmetteur comme titulaire de la licence, surtout en ce qui concerne les services faisant partie du portefeuille de la Commission. La nécessité de réduire le fardeau administratif du tarif justifie aussi de faire de même pour ce qui est des services qui ne font pas partie de ce portefeuille.

D. Le tarif pour 1995

La SOCAN a tout d'abord demandé une augmentation de 30 pour cent pour l'année 1995. Dans sa proposition finale, toutefois, elle demande d'augmenter d'un cent (soit environ 5 pour cent) les

"left for consideration at some appropriate time in the future." CCTA, for its part, through the testimony of Mr. Temple and Dr. Pezarro, proposed increases in the order of 11 per cent.⁶³ WTN, The Life Network and Showcase asked that the rate stay at the 1994 level, while YTV and TSN/RDS suggested that the consideration of the 1995 tariff be left to another day.

The tariff for 1995 should be set now, if only because the year has already come and gone. For services outside the Board's portfolio, this raises no difficulties: the tariff formula is self-adjusting. As to the others, any advantages that might result from better information, especially for the new services, would be greatly outweighed by the unfairness inherent in further postponing a decision.

Setting the rate for 1995 is not without difficulties. It was a transition year; in the words of Dr. Ellis, it was probably a watershed for the marketing of specialty services. The impact on the calculation of the rate for the portfolio of the eight new services introduced in 1995⁶⁴ may well be marginal. Based on the sketchy information on the record, they are not achieving the penetration rates that were hoped for.

There are also signs that the revenues of the service providers may be levelling off. The wholesale rates for cable services on the basic tier have been frozen since 1994 and will remain so for the next five years.⁶⁵ There has been a movement of services to the discretionary tier, which may result in a lowering of the transmitters' affiliation payments. The problems experienced with negative option marketing may result in further changes in the market structure. There is no guarantee that the arrival of the new services will result in an increase in advertising revenues. Finally, the new services are not full-fledged and fairness may very well dictate that some time be allowed before they are counted in setting the tariff.

taux de 1994, ou sinon, que l'établissement du tarif pour 1995 soit [TRADUCTION] «mis de côté pour être considéré à un moment qui conviendra dans l'avenir.» Pour sa part, l'ACTC, se fondant sur le témoignage de messieurs Temple et Pezarro, propose des hausses d'environ 11 pour cent.⁶³ WTN, *The Life Network* et *Showcase* demandent que les taux de 1994 soient maintenus en 1995. YTV et TSN/RDS proposent de remettre à plus tard l'étude du tarif pour 1995.

Il y a lieu de fixer dès maintenant le tarif pour 1995, ne serait-ce que parce que nous sommes déjà en 1996. Rien de plus simple pour ce qui est des services qui ne font pas partie du portefeuille de la Commission : la formule tarifaire s'ajuste d'elle-même. Quant aux autres, les injustices qui découleraient d'un retard encore plus important dans l'adoption du tarif dépassent de loin les avantages qui pourraient découler de l'obtention de renseignements plus complets, particulièrement en ce qui concerne les nouveaux services.

Il n'est pas facile d'établir le taux pour 1995. Il s'agit d'une année de transition, et sans doute, pour reprendre l'expression utilisée par M. Ellis, d'un point tournant dans la mise en marché des services spécialisés. Il se peut que les huit nouveaux services qui ont commencé à diffuser en 1995 aient un effet marginal dans le calcul du prix-portefeuille⁶⁴. Le peu d'information dont la Commission dispose tend à démontrer que leur mise en marché n'a pas été couronnée de succès.

Il se peut d'ailleurs que les revenus des exploitants de services soient en train de plafonner. Le prix de gros des services offerts sur le volet de base est gelé depuis 1994 et le restera pour les cinq prochaines années.⁶⁵ Il y a une certaine migration des services vers les volets facultatifs, ce qui pourrait entraîner une diminution des revenus d'affiliation des transmetteurs. La résistance à la pratique de l'abonnement par défaut pourrait entraîner encore d'autres changements dans la structure du marché. L'arrivée des nouveaux services n'est pas le gage d'une augmentation des revenus de publicité. Enfin, les nouveaux services en sont encore à leurs premiers pas, ce qui en soit pourrait nécessiter qu'on remette à plus tard leur prise en compte dans l'établissement du tarif.

On the other hand, with the arrival of the new services, the number of signal-contacts almost inevitably will go up. Since the industry relies heavily on affiliation payments, it is likely that the revenues for the group will go up even if the advertising revenues for the industry remain constant.

These contradictory signals mean that setting the rate for 1995 involves a large measure of speculation. This makes setting the rate at the same level as in 1994, at first glance, an attractive proposition. After all, tariffs that are set at a fixed amount per subscriber tend to be based on information from a test year. This has several advantages: all participants know what to look for, as years go by, before deciding to seek an increase or a reduction in the rate. Such an approach, however, may be fair only for markets that are relatively stable, such as the distant signal market. The current market for pay and specialty services is certainly not stable.

In the end, two facts remain. First, the number of cable services has increased. Second, the formula used by the Board to set the rate for the portfolio of services results in an average yearly increase of 8.2 per cent between 1991⁶⁶ and 1994, even though the number of available services remains constant. Therefore, it seems fair to adjust the rate at least by the same factor in 1995 as for the rest of the period.

E. The Preferential Rate

SOCAN proposes that small systems pay a set annual rate of between \$15 and \$205 for 1990, rising to between \$27 and \$800 in 1995. CCTA for its part, asks that the rate be set at \$10 per year for all systems, while CANCOM and Regional Cablesystems ask that it be set at \$5 so as to be more or less in line with the retransmission royalties SOCAN received from small systems.

Par contre, l'arrivée des nouveaux services implique presque inévitablement une augmentation du nombre moyen de signaux reçus par chaque abonné. Compte tenu de l'importance des revenus d'affiliation pour l'industrie, cela veut probablement dire une augmentation des revenus de l'ensemble des services et ce, même si les revenus de publicité n'augmentaient pas.

On ne peut donc, compte tenu de toutes ces tendances contradictoires, établir le taux pour 1995 sans se livrer à des conjectures. À première vue, cela rend d'autant plus attrayante l'idée d'appliquer les mêmes taux qu'en 1994. Après tout, les tarifs établis à un taux fixe par abonné sont habituellement fondés sur les renseignements disponibles à l'égard d'une année témoin. Cette façon de procéder comporte plusieurs avantages : les participants savent les renseignements dont ils doivent disposer pour décider s'ils devraient demander une augmentation ou une réduction du taux. Il se peut toutefois que cette façon de procéder ne soit équitable que dans les marchés relativement stables, comme c'est le cas pour les signaux éloignés. Le marché des services spécialisés et de télévision payante n'est pas un marché stable, loin de là.

En bout de piste, deux choses restent vraies. Premièrement, le nombre de services a augmenté. Deuxièmement, la formule retenue par la Commission pour établir le taux-portefeuille entraîne une augmentation annuelle moyenne de 8,2 pour cent entre 1991⁶⁶ et 1994 et ce, même si le nombre de services disponibles est demeuré le même. Il semble donc juste d'augmenter le taux pour 1995 de la même proportion que pour le reste de la période.

E. Le taux préférentiel

La SOCAN demande que les petits systèmes paient entre 15 \$ et 205 \$ en 1990; le tarif serait entre 27 \$ et 800 \$ en 1995. L'ACTC demande que tous les petits systèmes paient 10 \$ par année. CANCOM et *Regional Cablesystems* suggèrent une redevance de 5 \$, se rapprochant du montant que la SOCAN reçoit des petits systèmes en vertu du tarif sur la retransmission.

Three issues need to be addressed here. The rate or rates, the services covered by the rate, and the systems that will pay that rate.

The Board rejects the multiple rate approach put forward by SOCAN. As explained in the retransmission decisions, a single rate offers important advantages to small systems. The Board sees no reason for these advantages not to be extended to this tariff.

In setting the rate, comparisons with the preferential rate set in the retransmission tariff are useful, but only to a point. It would be awkward to charge more for music on the services than what is charged for all programming, including music, on over-the-air signals. Therefore, the rate should be lower than \$100 unless compelling countervailing evidence is offered. No such evidence was advanced.

On the other hand, while the *Act* requires a preferential rate for small systems, it does not dictate that the preference be of the same magnitude as in retransmission. The measure can be adjusted according to the economic impact of the tariff under examination.

In the Board's view, a rate of \$10 per year will give small systems the preferential rate they are entitled to under the *Act* while recognizing the authors' entitlement to compensation for the use of their property. This is less than what 90 per cent of the small systems would have paid in 1994, if the formula for other systems was applied to them.

The change in the definition of small system in 1995 should not result in a change in the structure or level of the preferential tariff. The target group remains essentially the same. While the maximum number of premises served has been raised to 2,000, the clearer notion of licensed area has been substituted for the more ambiguous notion of "community". Furthermore, as a result of section 3 of the Regulations, some systems serving no more than 2,000 premises will not be small systems because of being part of a unit. All in all, the economic realities facing small systems as a group remain the same.

Il y a trois points dont il faut traiter : la structure du tarif préférentiel, l'identité des services qu'il vise, et l'identité des systèmes qui en bénéficient.

La Commission tient, contrairement à la SOCAN, à établir un taux unique pour les petits systèmes. Les décisions sur la retransmission énoncent clairement que cette façon de procéder présente des avantages certains pour les petits systèmes. La Commission ne voit pas pourquoi ces avantages ne devraient pas être accordés dans le cadre du présent tarif.

Quant au montant auquel le taux devrait être fixé, il faut se méfier des comparaisons avec le taux préférentiel du tarif pour la retransmission. Il serait certes incongru que le transmetteur paye davantage pour la musique que contiennent les services câblés que pour toute la programmation des signaux de télévision en direct. Le taux ne saurait donc dépasser 100 \$, à moins d'une preuve convaincante à l'effet contraire. La SOCAN n'a pas fait cette preuve.

D'autre part, la *Loi* garantit aux petits systèmes un taux préférentiel, mais elle n'exige pas que le degré de cette préférence soit le même qu'en matière de retransmission. Ce degré peut être ajusté pour tenir compte de l'impact économique du tarif à l'étude.

La Commission est d'avis qu'une redevance annuelle de 10 \$ accorde aux petits systèmes le taux préférentiel auquel ils ont droit tout en reconnaissant le droit des auteurs à être compensés pour l'utilisation de leurs œuvres. En 1994, 90 pour cent des petits systèmes se trouvent ainsi à payer moins qu'en vertu de la formule tarifaire à laquelle les autres systèmes sont assujettis.

Le fait que la définition de petit système change en 1995 ne devrait pas entraîner de changements dans la structure ou dans le taux du tarif préférentiel. Le groupe visé reste essentiellement le même. Le nombre maximum de locaux desservis passe à 2 000, mais le concept plus précis de zone de desserte remplace celui, plus flou, de «communauté». Qui plus est, l'article 3 du règlement fait en sorte que certains systèmes desservant moins de 2 000 locaux mais faisant partie d'une unité ne seront pas considérés être des petits systèmes. Tout compte fait, les réalités économiques auxquelles l'ensemble des petits systèmes sont confrontés demeurent les mêmes.

The second step requires identifying the cable services covered by the preferential rate. Consideration could be given⁶⁷ to providing preferential treatment only to the services within the portfolio. However, the preferential rate should cover all services. Any other approach, while doing little to increase SOCAN's revenues, would greatly increase the administrative inconvenience to the transmitter and therefore, defeat one of the goals of the single rate approach.

Finally, the *Act* and the *Definition of "Small Cable Transmission Systems" Regulations* require that a preferential rate be set only for cable systems. To not extend the rate to other smaller operators would create, however, an artificial economic advantage based on the technology used to deliver the cable service, with little, if any, countervailing benefit to SOCAN.

F. The Rate for "Medium-Sized" Systems

Professor Liebowitz suggested that the tariff be scaled in for systems serving up to 100,000 subscribers. He stated that larger systems should pay a higher rate because they tend to offer more cable services than small systems do. CCTA asks that the rate be scaled in as in the retransmission tariff. The Pay Services asked that the staircase start at 20 per cent of the full rate, with the full rate applying at 6,000 subscribers.

The Board agrees that the rate should be scaled in for smaller systems. The rate being set by the Board is much lower than in the retransmission tariff; therefore, the risks of a transmitter refusing to deliver the service to a subscriber because of the sudden increase in royalties when a small system becomes a "large" one, are lower here than they were with the retransmission tariff. It is also true, however, that smaller systems' portfolios of services tend to be smaller. Furthermore, it remains true here, as it was in the case of retransmission, that "the problems associated with the operation of a small system simply do not vanish into thin air once a system crosses the [small systems] line."

Il faut ensuite établir à l'égard de quels services le taux préférentiel s'applique. On aurait pu songer⁶⁷ à limiter le traitement préférentiel aux services faisant partie du portefeuille. Toutefois, le taux préférentiel devrait représenter le paiement des droits pour tous les services. Toute autre façon de procéder ajouterait considérablement au fardeau administratif des transmetteurs et ce faisant, anéantirait l'un des bénéfices importants de la formule du taux unique, tout en ajoutant bien peu aux revenus de la SOCAN.

Enfin, la *Loi* et le *Règlement sur la définition de petit système de transmission par fil* garantissent un taux préférentiel uniquement aux systèmes de transmission par fil. Ne pas accorder le même traitement aux autres petits exploitants entraînerait un avantage économique artificiel fondé sur la technologie utilisée pour livrer le service, sans bénéfices significatifs pour la SOCAN.

F. Les systèmes de taille moyenne

Le professeur Liebowitz propose que le tarif augmente progressivement pour atteindre son niveau maximum pour les systèmes desservant 100 000 abonnés ou plus. Il croit que les systèmes les plus grands devraient payer davantage parce qu'ils offrent habituellement plus de services que les systèmes plus petits. L'ACTC demande que l'échelle utilisée dans le tarif pour la retransmission soit reprise ici. Les services de télévision payante proposent que le premier échelon soit fixé à 20 pour cent du plein tarif, qui serait applicable aux systèmes desservant plus de 6 000 abonnés.

Il y a lieu d'échelonner le taux pour les systèmes de taille moyenne. Le taux établi dans la présente décision est de beaucoup inférieur à celui du tarif pour la retransmission; le risque d'un refus de desservir un abonné suite à l'augmentation soudaine des redevances qu'entraîne le fait pour un petit système de cesser d'en être un s'en trouve diminué d'autant. Toutefois, il est aussi vrai que le portefeuille de services des systèmes plus petits tend à être moins important. En outre, et comme c'était le cas en matière de retransmission, «les problèmes associés à l'exploitation d'un petit système ne se dissipent pas soudainement dès qu'un système dépasse le cap des 1 000 locaux».

Furthermore, the Board sees no reason to use an approach different from the one in the retransmission tariff. The same scales should be used, with the same increments, if only to reduce the administrative burden of the tariff on the transmitters.

Again, there is no need to scale in the rate for cable services that are outside the Board's portfolio. First, the rate is a strict function of the affiliation payments. These, in turn, are a function of the number of subscribers. Therefore, the amount paid adjusts automatically to the size of the system. Second, and once again, these are purely discretionary services warranting no special treatment.

G. The Quantum Generated by the Tariff

Complete system by system data is available for 1994. For that reason, that year is used for estimating the total royalties to be paid under Tariff 17.

Without scaling the tariff, the services contained in the portfolio would produce royalties of \$5.971 million in 1994. Taking into account scaling for systems with between 1,001 and 6,000 subscribers, the tariff generates \$5.732 million. This is reduced to \$5.495 million after the adjustments for Francophone markets and for systems carrying no more than three Canadian specialty services.

Assuming the same distribution in cable systems and subscribers existed throughout the period, we can estimate the gross royalties generated for that period. The result is then reduced by 8 per cent for the low use and Francophone markets discounts, as well as for the scaling that occurs between 1,001 and 6,000 subscribers. The portfolio would thus generate, \$3.395 million in 1990, rising to \$4.933 million in 1993.⁶⁸

The royalties generated by the American specialty services and Canadian pay television services are a simple function of the affiliation revenues generated by them. Affiliation payments made by Canadian

La Commission ne voit d'ailleurs pas pourquoi il faudrait utiliser une formule différente de celle retenue en matière de retransmission. Il y a lieu d'utiliser les mêmes échelles, et la même progression dans le taux, ne serait-ce que pour réduire le fardeau administratif qu'impose le tarif aux transmetteurs.

Encore une fois, cette mesure affecte uniquement les services faisant partie du portefeuille de la Commission. Le taux qui s'applique aux autres est fonction directe des paiements d'affiliation, eux-mêmes fonction du nombre d'abonnés. Le montant versé varie donc automatiquement en fonction de la taille du système. Qui plus est, et encore une fois, il s'agit de services purement facultatifs qui ne méritent pas de traitement de faveur.

G. Le montant des redevances payables en vertu du tarif

La Commission dispose de données complètes à l'égard de chaque système pour l'année 1994. Cette année sert donc à évaluer le montant total des redevances qui seront versées aux termes du tarif 17.

Sans échelonnement, le tarif-portefeuille entraînerait le paiement de 5,971 millions de dollars en 1994. Avec l'échelonnement pour les systèmes comptant entre 1 001 et 6 000 abonnés, le montant est de 5,732 millions de dollars. Il passe à 5,495 millions de dollars après avoir effectué les ajustements pour les marchés francophones et les systèmes offrant trois services spécialisés canadiens ou moins.

Si l'on tient pour acquis que la distribution des systèmes et des abonnés est demeurée la même durant toute la période à l'étude, on est en mesure d'évaluer le montant des redevances brutes pour toute cette période. Compte tenu d'une réduction de 8 pour cent pour tenir compte de l'échelonnement et des ajustements, le tarif-portefeuille aurait entraîné le paiement de redevances de 3,395 millions de dollars en 1990, passant à 4,933 millions de dollars en 1993.⁶⁸

Les redevances payables pour les services spécialisés américains et les services canadiens de télévision payante sont fonction uniquement de leurs revenus d'affiliation. On peut établir le montant des revenus

cable operators to American services can be derived from the data provided in SOCAN-8, for 1990 to 1993.⁶⁹ Using these figures, royalties generated amount to \$576,000 in 1990 and rise to \$1 million in 1993. The royalties for Canadian services in 1990 are estimated at \$2.056 million and reach \$2.493 million in 1994.⁷⁰

In 1990, there were 1,274 small systems; in 1994, there were 1,591. The royalties generated by these systems would range from \$12,740 in 1990 and \$15,910 in 1994.

These figures are only estimates, and suffer certain limitations. The data is used from a moment in time while its characteristics are extrapolated to an entire period. The actual amounts paid will naturally be based on monthly data. Furthermore, no account is taken of royalties generated by CANCOM or by commercial and institutional subscribers.

H. Interest

CCTA asks that no interest be charged on the amounts owed before the decision is issued. It points out that SOCAN filed no evidence on this issue, that the delay in deciding the issue results from a legitimate challenge to the legal basis for the tariff, that the litigation was not frivolous and that Bill C-88 makes no mention of interest.

The Pay Services add that the creation and certification of the tariff creates a windfall to SOCAN's members. Creators who were commissioned to create music before the tariff was filed will receive royalties they had not expected when they negotiated their commissions. They submit that this should be taken into account in determining that no transitional or interest payment is required.

Interest should be paid on amounts owed before this decision is issued. Were this matter before the courts rather than the Board, pre-judgment interest would be charged from the date the cause of action arose, which in this case would be January 1, 1990, the date

d'affiliation canadiens des services américains pour les années 1990 à 1993⁶⁹ en se servant de la pièce SOCAN-8. On obtient ainsi des redevances de 576 000 \$ en 1990, passant à 1 million de dollars en 1993. Les redevances pour les services canadiens de télévision payante seraient d'environ 2,056 millions de dollars en 1990 et passeraient à 2,493 millions de dollars en 1994.⁷⁰

On comptait 1 274 petits systèmes en 1990, et 1 591 en 1994. Les redevances qu'ils paieront passeront donc de 12 740 \$ en 1990 à 15 910 \$ en 1994.

Ces évaluations comportent certaines limites. Par exemple, on se sert d'un portrait de l'industrie à un moment précis pour établir les redevances pour toute la période à l'étude. En réalité, les montants seront fonction de données qui varient à chaque mois. De plus, on n'a pas tenu compte des redevances payables pour les abonnés commerciaux et institutionnels, et par CANCOM.

H. L'intérêt

L'ACTC demande que les montants dûs pour les usages faits avant que la présente décision soit rendue ne portent pas intérêts. Elle souligne que la SOCAN n'a déposé aucune preuve justifiant le versement d'intérêts, que le délai dans l'émission de la décision découle de questions légitimes quant au fondement juridique du tarif, que la contestation judiciaire n'était pas frivole et que le projet de loi C-88 passe sous silence la question des intérêts.

Les services de télévision payante ajoutent que l'adoption du tarif octroie aux membres de la SOCAN un bénéfice inattendu. Les personnes à qui on a demandé de composer de la musique avant le dépôt du tarif recevront un paiement auquel elles ne s'attendaient pas au moment de négocier le contrat de composition. Les services soutiennent que, compte tenu de ce fait, il serait déplacé de prévoir le versement d'intérêts ou d'ajustements au même effet.

Les montants dûs pour les utilisations de musique faites avant la présente décision porteront intérêts. Si la présente affaire avait été tranchée par un tribunal judiciaire plutôt que par la Commission, des intérêts avant jugement auraient été payables à partir du

of the first use. Pre-judgment (or in this case pre-decision) interest is imposed to recognize that in itself, the delay in payment creates a benefit for the debtor and a cost to the creditor.⁷¹ Pre-judgment interest is assessed even where the cause for the delay in making the decision is reasonable, and even if the person against whom it is assessed had a reasonable case to argue. Here, no one, except MuchMusic, ever made an offer to settle or tendered money. Nor can it be argued that composers never expected compensation for the music provided by cable operators to their subscribers. The fact that SOCAN did not see fit to apply for an interim tariff, which would have allowed it to start collecting some money, is not, in itself, sufficient to justify departing from the Board's past practice, which mirrors that of superior courts.

However, the interest factors for 1990 will be reduced by 4 per cent to account for the dealings between SOCAN's predecessors and MuchMusic. MuchMusic had an agreement with both PROCAN and CAPAC for 1990. These contained a cancellation clause: in the case of CAPAC, it was open ended, while in the case of PROCAN, it was not. MuchMusic concedes that CAPAC properly cancelled its 1990 deal, but maintains that PROCAN did not act within the appropriate time period. MuchMusic sent cheques to PROCAN which were returned.⁷² The amount involved is \$120,000.⁷³ The Board views this as equivalent to an offer made in court, and considers therefore that SOCAN should receive no interest on that amount for the whole period.

VI. LEGAL ISSUES

Participants raised several legal issues in the course of these proceedings. In this part, they are identified and, where necessary, dealt with.

A. Legal Foundation for the Tariff

As a result of the legislative evolution described earlier, for the period under examination, Tariff 17

moment où la cause d'action avait pris naissance, soit le 1^{er} janvier 1990, date de la première utilisation. Les intérêts avant jugement (ou comme c'est le cas ici, avant décision) sont imputés parce que le retard à effectuer un paiement crée en soi un avantage pour le débiteur et un coût pour le créancier.⁷¹ On en impose le paiement même si le délai dans la prise de la décision est raisonnable, et même si la personne qui doit les payer avait des arguments valables à faire valoir. Dans l'espèce, personne sauf *MuchMusic* n'a fait d'offre de règlement ou de consignation. On ne peut pas soutenir non plus que les auteurs ne s'attendaient jamais à être compensés pour la musique que les télédistributeurs fournissent à leurs abonnés. La SOCAN a certes omis de demander l'adoption d'un tarif intérimaire; cela ne constitue pas en soi un motif suffisant pour déroger à la pratique antérieure de la Commission, pratique qui reflète celle des tribunaux supérieurs.

Cela étant dit, la Commission réduit de 4 pour cent les facteurs d'intérêts pour l'année 1990 à cause du comportement de la SDE à l'égard de *MuchMusic*. Cette dernière avait conclu des ententes qui portaient sur cette année avec la SDE et la CAPAC. Les deux comportaient une clause permettant l'annulation : celle de la CAPAC, contrairement à celle de la SDE, ne comportait pas de délai d'exercice. *MuchMusic* admet que la CAPAC s'est prévalué à temps de son droit d'annulation, mais soutient que la SDE ne l'a pas fait. *MuchMusic* a fait parvenir à la SDE des chèques que cette dernière lui a retournés.⁷² Le montant en jeu est de 120 000 \$.⁷³ La Commission y voit l'équivalent d'une offre de paiement, et croit donc que la SOCAN ne devrait recevoir aucun intérêt sur ce montant pour toute la période à l'étude.

VI. LES QUESTIONS D'ORDRE JURIDIQUE

Les participants ont soulevé plusieurs questions d'ordre juridique durant le déroulement de cette affaire. Elle sont énoncées ci-après et, lorsque cela est nécessaire, des réponses y sont apportées.

A. Le fondement juridique du tarif

Compte tenu de l'évolution législative décrite plus haut, deux fondements législatifs distincts existent

rests on two distinct statutory foundations. Until September 1, 1993, SOCAN is entitled to a tariff because "the transmission of non-broadcast services by [cable operators] ... is a performance in public".⁷⁴ After that date, SOCAN is entitled to a tariff because such a transmission constitutes a communication to the public by telecommunication.

B. Should the Tariff Deal With Superstations?

SOCAN argues that three superstations fall outside of the retransmission regime because, as received and distributed in Canada, they are different from the signals transmitted locally for free reception. SOCAN submits that Tariff 17 applies to any superstation whose signal either does not meet the definition of "signal" in subsection 28.01(1) of the *Act* or is not retransmitted simultaneously and in its entirety as is required by subsection 28.01(2). A close reading of the provision leads to the conclusion that the approach put forward by SOCAN is incorrect.

At their point of origin, superstation signals are over-the-air signals. The *Act* makes no distinctions between superstation signals and other over-the-air signals; the fact that satellite technology is used to offer them outside their local markets is not a factor that the *Act* takes into account.

A signal is defined in subsection 28.01(1) as "a signal ... transmitted for free reception by the public by a terrestrial ... station." This makes it clear that a signal is a signal for the purposes of the retransmission regime at the moment it is first transmitted. Nothing in the definition indicates that a signal can ever cease being a signal.

SOCAN's argument focuses not on the characteristics of a signal, but on the conditions imposed on the cable operator to benefit from the protection of the compulsory licence. According to paragraph 28.01(2)(c), the retransmission of a signal is not an infringement of copyright if, amongst other things, "the signal is retransmitted ... in its entirety, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada". That provision can bolster SOCAN's argument only if two propositions can be established:

pour le tarif 17 pour la période à l'étude. Jusqu'au 1^{er} septembre 1993, la SOCAN pouvait demander l'adoption du tarif parce que «la transmission [par un télédiffuseur] de services autres que de radiodiffusion ... constitue une exécution en public». ⁷⁴ Après cette date, la SOCAN a droit à un tarif parce qu'une telle transmission est une communication au public par télécommunication.

B. Le tarif devrait-il traiter des superstations?

La SOCAN soutient que trois superstations ne sont pas assujetties au régime de la retransmission parce que le signal distribué au Canada est différent de celui qui est transmis pour réception en direct dans le marché local. La SOCAN soutient qu'une superstation est assujettie au tarif 17 si son signal n'est pas un «signal» tel que l'entend le paragraphe 28.01(1) de la *Loi*, ou encore s'il n'est pas retransmis simultanément et intégralement tel que l'exige le paragraphe 28.01(2). En examinant de près cette disposition, on en vient à la conclusion que le raisonnement mis de l'avant par la SOCAN est inexact.

À leur point d'origine, les superstations sont des signaux de télévision transmis en direct. La *Loi* n'établit pas de distinctions entre divers types de télévision en direct; elle ne tient pas compte du fait que des satellites servent à offrir ces signaux à l'extérieur de leur marché local.

Pour les fins du régime de retransmission, le paragraphe 28.01(1) établit qu'un signal est «Tout signal ... transmis à titre gratuit au public par une station terrestre ...». C'est donc au moment de la transmission originale qu'on établit si cette transmission constitue un «signal». Rien n'indique par ailleurs qu'un signal puisse cesser de l'être.

L'argumentation de la SOCAN s'attarde davantage aux conditions auxquelles le télédiffuseur doit se conformer pour bénéficier de la licence obligatoire qu'aux caractéristiques du signal comme tel. L'alinéa 28.01(2) prévoit que la retransmission d'un signal ne constitue pas une violation du droit d'auteur si «le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, intégralement et simultanément». Cette disposition ne peut servir la SOCAN que si elle est en mesure d'établir deux propositions :

- 1 first, that a signal not satisfying these conditions falls outside the retransmission regime; and
- 1 second, that alterations made before an otherwise qualifying signal reaches the cable operator can determine the status of the signal within the retransmission regime.

Neither proposition is true. The second is easily dealt with. The words "the signal is *retransmitted*" impose a condition on the retransmitter, who is instructed not to tamper with the signal unless allowed or required to do so under Canadian law. There is no mention of changes made to the signal before the retransmitter receives it.

This interpretation meets the test of common sense. The *Act* should not be interpreted to impose conditions that are impossible to fulfil. Retransmitters cannot be expected to prevent changes to the signal before they get it, especially if changes are made to an American signal in order to comply with American law (e.g. the Federal Communications Commission's "FCC" syndex rules).

The first proposition also fails because it does not account for the wording of paragraph 28.01(2)(c) of the *Act*. The provision states that the cable operator who retransmits a signal in its entirety does not infringe the right to communicate to the public by telecommunication. The corollary to that statement is not, as the SOCAN approach would suggest, that the signal tampered with by a cable operator suddenly falls outside the retransmission regime. Instead, the corollary seems to be that the retransmitter who tampers with a signal is not protected by the provision and therefore, infringes the right to communicate to the public by telecommunication.

It makes more sense to focus on the conduct of the retransmitter, whose activity is defined as non-infringing, than on the signal. It would be awkward if the regime allowed a signal to remain a signal when it is modified in accordance with Canadian law, but to lose its status as a signal if other

- 1 premièrement, que le signal qui ne remplit pas ces conditions n'est pas un «signal» pour les fins du régime de retransmission; et
- 1 deuxièmement, que les modifications intervenues avant qu'un retransmetteur reçoive un signal peuvent affecter le sort du signal pour les fins du régime de la retransmission.

Ces propositions sont toutes les deux fausses. Il est facile de disposer de la seconde. Les mots «le signal est *retransmis*» font référence à l'interdiction qui est faite au retransmetteur de modifier le signal à moins que la loi canadienne ne l'y autorise ou ne l'y oblige. On ne dit rien au sujet des changements intervenus avant que le retransmetteur ne reçoive le signal.

Cette interprétation a du sens. La *Loi* ne devrait pas être interprétée de façon à imposer aux retransmetteurs des conditions qu'il leur est impossible de remplir. On ne peut s'attendre à ce qu'ils empêchent des modifications qui interviennent avant que le signal leur parvienne, surtout s'il s'agit d'un signal américain et que la modification est faite dans le but de se plier à la réglementation américaine (par exemple, les règles syndex de la *Federal Communications Commission* «FCC»).

La première proposition est fausse elle aussi parce qu'elle ne tient pas compte du texte de l'alinéa 28.01(2) de la *Loi*. Cette disposition prévoit que le télédistribeur qui retransmet intégralement un signal ne viole pas le droit de communiquer au public par télécommunication. Le corollaire de cette proposition n'est pas, comme la SOCAN le soutient, que le signal modifié par un télédistribeur cesse tout-à-coup d'être un «signal» pour les fins du régime de retransmission. Le corollaire serait plutôt que le retransmetteur qui modifie un signal ne bénéficie plus du régime de licence obligatoire et viole donc le droit de communiquer au public par télécommunication.

Il semble plus logique de se concentrer sur la conduite du retransmetteur, dont l'activité est protégée, que sur le signal. Par ailleurs, on comprendrait mal pourquoi le régime prévoirait que le signal soit un signal lorsque des modifications sont conformes au droit canadien,

modifications are made to it, especially if such modifications are made outside Canada to comply with foreign law.

For these reasons, the Board concludes that all superstations currently offered in Canada are distant signals governed by the retransmission regime.

C. Can the Board Identify the Person to Whom the Licence Will Be Issued?

The Board holds that the tariff can identify transmitters as the licensees. Their liability is not in doubt. Up to September 1, 1993, they performed works in public: this conclusion is the linchpin of the *CCTA* decision. After that date, they communicated works to the public by telecommunication.

D. What Impact Does Subsection 3(1.4) Have on How the Tariff Is Set?

A provision dealing with joint and several liability for certain communications to the public by telecommunication was first introduced in the *Act* in 1989. It became applicable here, as amended, on September 1, 1993, as a result of the new definition of "musical work", which transformed the act performed by transmitters from a public performance to a public telecommunication.

The provision has two effects. First, it makes the service provider and the transmitter jointly and severally liable for the public telecommunication effected when the cable subscriber receives a service. Second, by declaring that the communication from the service provider through the transmitter and to the subscriber is a single communication, it ensures that copyright owners can claim only one payment for that communication.⁷⁵

At common law, where co-debtors are jointly and severally liable, each is individually liable for the entire debt. The creditor can seek payment from any or all of them, none being able to object that payment

mais cesse de l'être si d'autres sont effectuées, particulièrement si ces modifications sont faites à l'extérieur du Canada pour se conformer au droit étranger.

La Commission en vient donc à la conclusion que toutes les superstations disponibles en ce moment au Canada sont des signaux éloignés assujettis au régime de la retransmission.

C. La Commission peut-elle identifier la personne qui sera titulaire de la licence?

La Commission conclut que le tarif peut prévoir que les transmetteurs seront titulaires de la licence. Leur responsabilité ne fait pas de doute. Jusqu'au 1^{er} septembre 1993, ils exécutaient les œuvres en public : cette conclusion est au centre de l'arrêt *ACTC*. Par la suite, les transmetteurs communiquent les œuvres au public par télécommunication.

D. Le paragraphe 3(1.4) modifie-t-il la façon dont le tarif peut être établi?

On a inclus pour la première fois dans la *Loi* une disposition traitant de la responsabilité conjointe et solidaire pour certaines communications au public par télécommunication en 1989. Cette disposition s'applique aux utilisations qui font l'objet du présent tarif depuis le 1^{er} septembre 1993, date à laquelle la nouvelle définition d'«œuvre musicale» a fait en sorte que les transmetteurs ne se livrent plus à une exécution publique mais à une télécommunication publique.

Deux conséquences découlent de cette disposition. Premièrement, elle rend l'exploitant de service et le transmetteur conjointement et solidairement responsables pour la télécommunication publique qui a lieu lorsque l'abonné au câble reçoit un service. Deuxièmement, la déclaration portant que la communication qui va de l'exploitant de service au transmetteur, pour se rendre en bout de piste à l'abonné constitue une communication unique, fait en sorte que les titulaires de droits sont rémunérés une seule fois pour cette communication.⁷⁵

La *common law* prévoit que les co-débiteurs conjointement et solidairement responsables sont chacun responsables de toute la dette. Le créancier peut exiger le paiement de la dette de l'un d'entre

has not been first asked from the others. The rules in the province of Quebec are similar. The creditor can ask any of the co-debtors, none of whom can plead the benefit of division.⁷⁶

As a result, SOCAN is left with a single claim that it can exercise, for the whole and at its discretion, against two persons. This raises two issues.

The first is whether the tariff must target both the transmitter and the service provider. As was stated earlier, targeting one person for a debt where there is a right to collect from more than one of them is reasonable. Moreover, the *Act*, as it stands, allows the Board to structure the tariff in the way asked by SOCAN. By asking that the licensee be the transmitter, SOCAN is asking no more and no less than it is entitled to by the ordinary principles of joint and several liability. Once SOCAN issues the licence to the transmitter for that deemed single communication, the relevant provisions of the *Act* will come into play.

Thus, any remedies SOCAN may have against the joint co-debtors will probably subsist. These may be curtailed by SOCAN's decision to file against only one of the co-debtors. This is a concern of SOCAN, which rests outside the mandate of the Board.

Although they cannot obtain a licence, the service providers face no unexpected liability. They will be able to use the transmitters' licences as a shield against action from SOCAN: a person cannot be held liable for facilitating, or even authorizing, a protected use that has already been authorized by the owner of the rights in a work.⁷⁷ Moreover, even if a transmitter defaults on the tariff, service providers will be able to halt legal action by offering to pay the royalties.⁷⁸

The second issue is whether the tariff should set the cable operators' and the service providers' shares of royalties for which they are jointly and severally liable. This issue is not within the Board's jurisdiction. The issues of who ultimately absorbs the

eux ou des deux en même temps, sans que ceux-ci puissent opposer le bénéfice de discussion. Les règles en vigueur au Québec sont semblables.⁷⁶

La SOCAN détient donc une créance qu'elle peut exercer, pour la totalité et à sa guise, contre deux personnes. Cette situation soulève deux questions.

Premièrement, le tarif doit-il viser tant le transmetteur que l'exploitant de service? Comme on l'a déjà fait remarquer, il est raisonnable pour un créancier qui a droit d'exercer une créance à l'encontre de plus d'une personne de chercher à se faire payer par l'une d'entre elles. Qui plus est, la *Loi* telle qu'amendée permet à la Commission de libeller le tarif de la façon dont la SOCAN le demande. En demandant que la licence soit émise au transmetteur, la SOCAN ne fait qu'exercer les recours dont elle dispose en vertu des règles ordinaires de la responsabilité conjointe et solidaire. Après que la SOCAN émet la licence au transmetteur pour cette communication réputée unique, les dispositions pertinentes de la *Loi* entrent en jeu.

Il est ainsi probable que la SOCAN conserve ses recours contre les co-débiteurs solidaires. Il se peut que ces recours soient limités du fait que la SOCAN ait décidé de viser un seul des co-débiteurs. La question intéresse sans aucun doute la SOCAN, mais n'est pas du ressort de la Commission.

Les exploitants de services, qui ne pourront obtenir de licence de la SOCAN, n'en sont pas pour autant démunis. La licence des transmetteurs leur servira de protection contre la SOCAN : on ne peut être tenu responsable d'avoir aidé, voire autorisé, une personne à se livrer à une utilisation protégée déjà autorisée par le titulaire de droits.⁷⁷ En supposant même qu'un transmetteur ne s'acquitte pas de ses obligations, les exploitants de services pourront se prémunir contre des poursuites en offrant de payer les redevances.⁷⁸

Deuxièmement, le tarif devrait-il établir les quotes-parts de redevances que le télédistributeur et l'exploitant de service devront assumer? La Commission croit que cette question n'est pas de son ressort. Déterminer qui assumera en fin de

royalty and the degree to which transmitters can seek contribution from the service providers are private law matters having nothing to do with setting the quantum of the royalty. The Board can adjudicate private law matters only as a necessary incident to the exercise of its jurisdiction, and only if this is linked to, or required by, the Board's mandate to value the rights for which royalties are sought and to set related terms and conditions.⁷⁹

Subsection 3(1.4) of the *Act* is entirely distinct, and separate, from the provisions setting out the regulatory regime that the Board is required to administer. It rests on notions of private law, which already set out rules for the apportionment of the liability between cable operators and service providers. Thus, the law of contribution uses criteria such as the terms of the relevant contracts and the importance of the relative benefit received by each co-debtor. These rules, integrated into the *Act* through its express reference to the notion of joint and several liability, raise issues of private law that are better left for the courts to sort out.

Even if the Board could deal with the issue, it would be both impractical and inappropriate for it to do so. The record of these proceedings reveals that the situations of the various players in the industry vary considerably. To deal adequately with those issues would require case by case analysis of specific situations. This kind of exercise is not suited to tariff setting and is better left to the marketplace. Furthermore, these are issues involving discussions between business associates, not questions to be settled between rights owners and users.

Of course, the Board's formula does not give a clear indication of how liability between cable operators and service providers and among service providers should be shared.⁸⁰ This raises no more difficulties than would arise if a service provider defaulted on copyright payments for works, other than musical works, for which it cleared rights. The copyright

compte le fardeau de la redevance, et dans quelle mesure un transmetteur pourra se faire compenser par un exploitant de services, sont des questions de droit privé qui n'ont rien à voir avec l'établissement du montant des redevances. La Commission peut trancher des questions de droit privé qui se soulèvent dans le cadre de l'exercice de sa compétence, uniquement dans la mesure où il existe un lien logique ou nécessaire entre cette question et le mandat de la Commission, qui consiste à établir un prix pour l'utilisation d'œuvres protégées ainsi que les modalités y afférentes.⁷⁹

Le paragraphe 3(1.4) de la *Loi* est une disposition qui n'a rien à voir avec celles qui établissent le régime réglementaire que la Commission a pour mandat d'administrer. Ce paragraphe fait appel à des notions de droit privé, qui énoncent déjà des règles permettant d'établir la contribution des télédiffuseurs et des exploitants de services. Les règles en matière de contribution font référence, entre autres, aux termes des contrats qui lient les co-débiteurs et à l'importance relative des bénéfices obtenus par chacun. Ces règles se trouvent intégrées à la *Loi* du fait qu'elle fait appel expressément à la notion de la responsabilité conjointe et solidaire; elles soulèvent des questions de droit privé qu'il vaut mieux laisser aux tribunaux judiciaires le soin de trancher.

Cela étant dit, même si la Commission avait le pouvoir de traiter de cette question, elle s'en abstenait pour des raisons tant pratiques que politiques. Le dossier de la présente affaire indique clairement que la situation de fait varie considérablement selon les parties en cause. Pour bien traiter de ces questions, il faudrait procéder cas par cas. Il est difficile de traiter de ce genre de choses dans un tarif; le marché est davantage capable d'en disposer. Par ailleurs, il s'agit de problèmes impliquant des discussions entre associés d'affaires, et non de questions qui se soulèvent entre titulaires de droits et utilisateurs.

La formule retenue par la Commission ne donne évidemment pas une indication claire de la façon dont le partage de responsabilité devrait s'effectuer entre télédiffuseurs et exploitants de services.⁸⁰ La situation n'est pas plus complexe que celle qui se soulèverait si un exploitant de service négligeait de verser le prix convenu pour une œuvre autre

owner would have a recourse against the cable operator; yet, the owner would clearly face difficulties in identifying precisely how much each cable operator might owe. Again, the marketplace is capable of dealing with this issue.

E. Legal Issues Arising from the Setting of a Preferential Rate for Small Systems

Very little was said in argument on this issue. Essentially, SOCAN suggested that a preferential tariff be set for the whole period, that the definition of small system in the retransmission regime be used for the purposes of these proceedings until December 31, 1994, and that the regulatory definition that came in force on December 6, 1994 be used thereafter. SOCAN seemed content to have a preferential tariff apply to all communications in which the cable operator is involved. The other participants seemed to merely endorse the position put forward by SOCAN.

Yet, the determination of the small system preferential tariff in these proceedings raises several legal issues.

For example, the *Act* does not provide for a preferential tariff for small systems before September 1, 1993. The Board is required to set fair royalties. Therefore, any distinction in the rate set for various sizes of systems during that period has to be based on a determination of a fair tariff. An argument could be made that a preferential tariff is necessarily lower than a fair tariff and that, as a result, the tariff up to September 1, 1993 should be higher than afterwards.

SOCAN took the proper course, however, under the very specific circumstances of these proceedings, in asking that a preferential tariff be set for the period before September 1, 1993. In the past, the Board has determined that fair rates are often lower for smaller systems, which face different financial realities and make a different use of the product. Therefore, any rate set for the smallest systems would be low. Furthermore, in the matter under consideration,

qu'une œuvre musicale, dont il aurait libéré les droits. Le titulaire pourrait poursuivre le télédiffuseur; le titulaire ferait évidemment face à des difficultés de taille quand viendrait le temps d'établir le montant du paiement qu'il peut exiger du télédiffuseur. Ici encore, il s'agit d'une question dont le marché est capable de disposer.

E. Les questions d'ordre juridique soulevées par le traitement préférentiel des petits systèmes

L'argumentation écrite des participants traite très peu de ces questions. Pour l'essentiel, la SOCAN propose un tarif préférentiel pour toute la période à l'étude, l'utilisation de la définition de petit système de retransmission jusqu'au 31 décembre 1994, et l'application de la définition réglementaire, entrée en vigueur le 6 décembre 1994, par la suite. La SOCAN semble consentir à ce que le tarif préférentiel porte sur toutes les communications auxquelles un petit télédiffuseur participe. Les autres participants semblent pour leur part endosser, sans rien ajouter, la position mise de l'avant par la SOCAN.

L'établissement d'un tarif préférentiel pour les petits systèmes dans la présente affaire n'en soulève pas moins plusieurs questions de droit.

Ainsi, la *Loi* ne prévoit pas l'adoption d'un tarif préférentiel pour les petits systèmes avant le 1^{er} septembre 1993. La Commission se doit d'établir des tarifs équitables. Il faut donc, durant cette période, que toute différence de taux entre systèmes de diverses grandeurs repose sur une détermination de ce qui constitue un tarif équitable. Normalement, on pourrait soutenir qu'un tarif préférentiel est nécessairement inférieur à un tarif équitable et que, par conséquent, le tarif pour la période allant jusqu'au 1^{er} septembre 1993 se doit d'être plus élevé que par la suite.

Cela étant dit, la SOCAN a bien fait, dans les circonstances toutes particulières de la présente affaire, de demander qu'un tarif préférentiel soit établi pour la période allant jusqu'au 1^{er} septembre 1993. La Commission a décidé par le passé qu'un tarif équitable est souvent inférieur pour les systèmes plus petits, confrontés à des réalités financières différentes et faisant une utilisation différente de produits. Par conséquent, le tarif pour les plus petits

setting a series of separate rates would create an administrative nightmare for both SOCAN and the transmitters which would generate little, if any, net return. This in itself would make the tariff unfair.

A second issue arises. As of September 1, 1993, subsection 67.2(1.1) of the *Act* expressly provides that "The Board shall ... ensure that there is a preferential royalty rate..." However, until December 6, 1994, no regulatory definition was in place.

The entitlement to a preferential tariff is independent of a regulatory definition of small system. In the absence of such a definition, the Board is still required to set such a tariff. It must then determine those systems to which it applies, as incident to its rate setting function. In doing so, the Board is not bound by any regulatory definition.

SOCAN proposes using the retransmission definition for that period. That definition is far from perfect, as the Board stated in the decision on the retransmission tariff for 1992-1994. Here again, the costs and administrative difficulties associated with applying different definitions for retransmission and Tariff 17 purposes alone would make unfair any tariff that does not use the definition set out for the retransmission tariff.

Finally, the *Definition of "Small Cable Transmission Systems" Regulations* came in force on December 6, 1994. It is significantly different from the original definition of small retransmission system. The latter applied where a system served no more than 1,000 premises in a community.⁸¹ The former applies where a system serves no more than 2,000 premises in the same licensed service area.

The Board is bound by a regulatory definition as soon as it is in force. Therefore, SOCAN's suggestion that the retransmission definition be used until January 1, 1995 raises some difficulties. Fortunately, the approach taken in the retransmission tariff, and imported into the tariff under examination, allows for

systems, quels qu'ils soient, serait bas. Qui plus est, dans la présente affaire, établir des tarifs différents entraînerait des cauchemars administratifs tant pour la SOCAN que pour les transmetteurs, sans qu'il en découle un bénéfice important pour la SOCAN. Ce fardeau rendrait pareil tarif injuste en soi.

Une deuxième question se soulève. À compter du 1^{er} septembre 1993, le paragraphe 67.2(1.1) de la *Loi* prévoit expressément que «La Commission est tenue ... de fixer des droits à un taux préférentiel ...» Par contre, la définition réglementaire n'est entrée en vigueur que le 6 décembre 1994.

Le droit à un tarif préférentiel n'est pas tributaire de l'adoption par le gouverneur en conseil d'une définition de petit système. La Commission doit établir un tarif préférentiel même si une telle définition n'a pas été adoptée. Il lui revient alors, à titre d'accessoire nécessaire à l'exercice de son pouvoir de tarification, de décider ce qui constitue un petit système. La Commission n'est liée par aucune définition.

La SOCAN suggère d'utiliser la définition de petit système de retransmission. La Commission a déjà fait remarquer, dans sa décision sur le tarif pour la retransmission pour 1992-1994, que cette définition est loin d'être parfaite. Cela étant dit, ici encore, les coûts et les difficultés administratives engendrés par l'application de définitions différentes suffiraient à rendre injuste un tarif qui n'utiliserait pas celle de la retransmission.

Enfin, le *Règlement sur la définition de petit système de transmission par fil* est entré en vigueur le 6 décembre 1994. Cette définition est très différente de la définition initiale de petit système de retransmission. Cette dernière vise les systèmes desservant au plus 1 000 locaux dans une communauté;⁸¹ la première, les systèmes desservant au plus 2 000 locaux dans une zone de desserte.

La Commission est tenue d'appliquer la définition réglementaire dès qu'elle entre en vigueur. Or, ce que suggère la SOCAN, c'est d'appliquer la définition initiale de petit système de retransmission jusqu'au 1^{er} janvier 1995. Heureusement, la formule utilisée en retransmission, et reprise dans le tarif à

the status of a small system to be determined at the beginning of the year. Therefore, it would seem that the coming in force of the new definition during the year does not raise practical difficulties.

F. Legal Issues Raised During the Proceedings that Need Not Be Addressed in this Decision

Many of the legal issues raised during these proceedings need not be addressed because of the tariff formula adopted by the Board. These issues can be left for another day and another forum. These include:

- ! whether the Board can set a tariff for the act of authorizing a performance;
- ! whether service providers are liable for royalties for the period between January 1, 1990 and September 1, 1993;
- ! whether the Board could substitute the service providers for the transmitters as licensees under the tariff;
- ! whether setting the shares of the co-debtors would be beyond the constitutional authority of the Canadian Parliament;
- ! whether, by requesting that the licence be issued to the transmitter, SOCAN has somehow curtailed its remedies against the service providers;
- ! whether some of the music used by TSN is cleared at source.

VII. TARIFF WORDING

In its final argument, SOCAN suggested that the wording of Tariff 17 closely parallel that of the retransmission tariff. This is appropriate, since the tariff structures are similar and the persons licensed are the same. Therefore, all efforts have been made to follow in Tariff 17 the structure and language already set out in the retransmission tariffs for the relevant periods.

l'étude, fait en sorte que le statut de petit système s'établit dès le début de l'année. Par conséquent, il semble que l'entrée en vigueur de la nouvelle définition en 1994 ne soulève pas de difficultés pratiques.

F. Questions d'ordre juridique soulevées par les participants et qu'il n'y a pas lieu de trancher dans la présente décision

La formule tarifaire retenue par la Commission fait en sorte qu'il n'est pas nécessaire de trancher un certain nombre de questions d'ordre juridique soulevées par les participants. Cela peut attendre et pourra se faire devant d'autres instances. Il s'agit, entre autres, des questions suivantes :

- ! la Commission a-t-elle le pouvoir d'établir un tarif pour le fait d'autoriser une exécution?
- ! les exploitants de services peuvent-ils être tenus responsables pour la période allant du 1^{er} janvier 1990 au 1^{er} septembre 1993?
- ! la Commission a-t-elle le pouvoir de désigner les exploitants de services plutôt que les transmetteurs comme titulaires de la licence émise en vertu du tarif?
- ! le partage de la responsabilité ultime des co-débiteurs est-il une question qui excède la compétence du Parlement?
- ! dans quelle mesure la SOCAN, en demandant que la licence soit émise au transmetteur, a-t-elle limité ses recours à l'égard des exploitants de services?
- ! TSN a-t-elle libéré certains droits à la source?

VII. LE TEXTE DU TARIF

Dans son argumentation écrite, la SOCAN propose que le texte du tarif 17 se rapproche le plus possible de celui du tarif pour la retransmission. Cette façon de procéder convient dans le cas présent, puisque les structures tarifaires sont semblables et que la personne visée est la même. Par conséquent, la Commission a tenté de reprendre le plus possible la structure et la formulation du tarif pour la retransmission tel qu'il se lisait entre 1990 et 1995.

The following comments may help in understanding the tariff.

The application of the tariff is structured around the notion of "signal". This is directly imported from the retransmission regime. As formulated, the definition will target signals other than signals for which three conditions are met: they originate from a terrestrial station, they were originally transmitted for free reception, and they are being retransmitted in accordance with the retransmission regime. As a result, Tariff 17 will apply to any satellite signal (whether or not a fee must be paid for its reception), as well as to all signals for whose reception the viewer is expected to pay, whether or not the signal is scrambled or originates from a cable operator or terrestrial station.⁸² Furthermore, the issue of whether the viewer receives the signal directly or through an intermediary is irrelevant.

The proposed wording for the tariff may not cover telephone companies. However, there is no need to deal with the issue in this decision, since, except for a few experiments with video on demand, telephone companies do not provide similar services at the present time.

The reporting requirements are more detailed than those suggested by SOCAN, because of the need to follow closely the structure of the retransmission tariff. In most cases, SOCAN has already received the relevant information in the context of receiving retransmission royalties.

The tariff contains, as did the 1990-1992 retransmission tariff, certain transitional provisions made necessary because the tariffs take effect on January 1, 1990 even though they were approved much later. A table sets out interest factors to be used on sums owed in a given month. These were derived by using the Bank Rate. Interest is not compounded. The amount owed for any given month is the amount calculated in accordance with the tariff multiplied by the factor set out for that month. The factors have been reduced by 4 per cent to account for the offer of payment made by MuchMusic for the year 1990. The

Les commentaires qui suivent aideront sans doute à comprendre le tarif.

Le tarif s'articule autour de la notion de «signal», directement importée du régime de la retransmission. La définition telle que formulée vise tous les signaux, à moins qu'ils rencontrent trois conditions : provenir d'une station terrestre, être transmis à l'origine pour réception en direct, et être retransmis conformément au régime de la retransmission. Seront donc assujettis au tarif 17 les signaux transmis par satellite (peu importe que leur réception soit ou non sujette au paiement de droits), ainsi que tous les signaux pour lesquels l'abonné est censé payer pour les recevoir, qu'ils soient ou non brouillés et peu importe leur mode de diffusion original.⁸² La définition fait aussi en sorte que le signal reste un signal peu importe que le téléspectateur le reçoive directement ou par les soins d'un intermédiaire.

Il est possible que le tarif tel que formulé ne s'applique pas aux compagnies de téléphone. Il n'est pas nécessaire de disposer de cette question dans la présente décision : pour l'instant, et sous réserve de certains essais de télévision à la carte, ces sociétés ne fournissent pas de services similaires à celui du câble.

Si les exigences de rapport sont plus élaborées que ce que la SOCAN avait suggéré, c'est pour faire en sorte que le tarif reprenne le plus fidèlement possible la structure du tarif pour la retransmission. La SOCAN a déjà reçu les renseignements pertinents avec le paiement de redevances pour la retransmission.

Tout comme le tarif pour la retransmission de 1990-1992, le présent tarif comporte des dispositions transitoires qui sont nécessaires parce qu'il prend effet le 1^{er} janvier 1990 et ce, même s'il a été certifié beaucoup plus tard. Un tableau énumère les facteurs d'intérêts qui seront appliqués aux sommes dues pour les usages effectués durant un mois donné. Ces facteurs ont été établis en utilisant le taux d'escompte de la Banque du Canada. L'intérêt n'a pas été composé. Le montant dû par rapport aux usages effectués dans un mois donné est le montant des redevances établi conformément au tarif, multiplié

Board believes that this will greatly simplify the transmitter's calculations and SOCAN's verifications.

The tariff states that amounts owed according to it are payable on April 30, 1996, which is ten days after its publication. This should raise no difficulties. Section 11 of the tariff ensures that transmitters who pay the royalties before May 30, 1996 will incur no extra interest charges.

par le facteur établi pour le mois en question. Les facteurs pour l'année 1990 ont été réduits de 4 pour cent pour tenir compte de l'offre de paiement de redevances faite par *MuchMusic* à la SDE en 1990. La Commission est d'avis que ces mesures simplifieront de beaucoup les calculs et vérifications auxquels les transmetteurs et la SOCAN devront se livrer.

Le tarif prévoit que les sommes exigibles en application de celui-ci sont dues le 30 avril 1996, soit dix jours après sa publication. Cette mesure ne devrait pas soulever de difficultés. En effet, l'article 11 du tarif fait en sorte que les transmetteurs qui s'acquitteront de cette dette au plus tard le 30 mai 1996 pourront le faire sans payer d'intérêts supplémentaires.

Le secrétaire de la Commission,

Claude Majeau
Secretary to the Board

ENDNOTES

1. It has become inappropriate, since the new *Broadcasting Act* came in force in 1991, to call the services under examination "non-broadcast" services. These services now "broadcast" programming within the meaning of that *Act*. This does not, however, reduce the need to reflect the distinction, for the purposes of the SOCAN tariffs, between conventional television stations that are available over-the-air and services that are available only on cable or via satellite, MDS or LPTV.

It would have been possible to refer to the services under examination as "non-conventional"; however, it is not so much the services as their delivery that is non-conventional. The correct expression to use would have been "non-conventionally delivered", but this would unduly burden the text of the decision.

In the end, the Board opted to use the expression "cable services" for the services covered by Tariff 17, and "over-the-air signals" for television signals transmitted for free reception by the public by a terrestrial station.

2. The "on again, off again" history of digital audio services need not be reviewed here. The issue might resurface in 1996: on December 20, 1995, the CRTC issued licences to four national pay audio programming undertakings, but Cabinet sent these back to the CRTC for re-examination.
3. Notices to this effect were issued on February 8, 1994 and again, on June 22, 1994.

Appendix 1 lists most of the cable services targeted by SOCAN. Alphanumeric and Barker services are not included in the list. An asterisk is next to the name of those service providers who participated in the proceedings.

4. [1954] Ex. C.R. 382.

NOTES

1. Depuis 1991, les exploitants des services qui font l'objet de la présente affaire sont des «entreprises de radiodiffusion» au sens où l'entend la nouvelle *Loi sur la radiodiffusion*. Il n'en reste pas moins nécessaire d'établir la distinction, pour les fins de la décision, entre les stations de télévision conventionnelles, qui utilisent les ondes hertziennes, et les services offerts uniquement sur le câble, par satellite, par système de distribution multipoints ou par TVFP.

On aurait pu désigner ces derniers services «non conventionnels»; or, c'est la façon dont le service est transmis, et non le service en tant que tel, qui n'est pas conventionnelle. Quant à l'utilisation de l'expression «services transmis par un mode non conventionnel», elle aurait inutilement alourdi le texte de la décision.

La Commission a donc décidé d'appeler «services de câble» les services assujettis au tarif 17, et «signaux en direct» les signaux de télévision transmis à titre gratuit au public par une station terrestre.

2. Point n'est besoin de récapituler ici l'histoire mouvementée de la radio numérique. Il pourrait en être encore question en 1996 : le 20 décembre 1995, le CRTC émettait des licences à quatre entreprises nationales de programmation sonore payante. Le Cabinet a depuis renvoyé la question au CRTC pour réexamen.
3. Des avis à cet effet furent émis les 8 février et 22 juin 1994.

L'annexe 1 identifie la plupart des services visés par la SOCAN. Les services alphanumériques et d'autopublicité sont omis. Un astérisque indique les exploitants qui ont participé à la présente affaire.

4. [1954] R.C.É. 382.

5. This was done despite doubts about the legal foundation for the tariffs. The former Board held that, as a result of the decision in *Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs*, [1980] 2 F.C. 259 (C.A.), it did not have the power to comment on the legality of a tariff: see, for example, the former Board's decisions for the years 1981, 1982 and 1983.
6. Subsection 3(1.4) was also added to the *Act*. Further comments on this provision can be found at page 36.
7. [1993] 2 F.C. 138 (C.A.) [hereafter *CCTA*]. The companion case of *CTV Television Network v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115 [hereafter *CTV*] was decided at the same time.
8. This set aside the *Canadian Admiral* decision.
9. The provisions dealing with the SOCAN regime were also modified to allow SOCAN to manage both public performance and public telecommunication rights: see ss. 67(1) and 68.

The addition, four months later, of subsection 3(4) confirmed the act of the cable operator as a communication and not a performance. The provision reads as follows: “*For the purposes of subsection (1), the act of communicating a work to the public by telecommunication does not constitute the act of performing or delivering the work in public, nor does it constitute an authorization to do the act of performing or delivering the work in public.*”
10. Everyone who subscribes to cable must purchase the basic tier. The price for that tier is fully regulated by the CRTC in systems serving 6,000 subscribers or more.
5. La certification des tarifs s'est faite malgré les réserves exprimées quant à l'existence d'un fondement juridique pour ceux-ci. La Commission d'appel du droit d'auteur était d'avis que l'arrêt *Posen c. Ministre de la consommation et des corporations*, [1980] 2 C.F. 259 (C.A.) l'empêchait de statuer sur la légalité d'un tarif : voir, par exemple, les décisions de l'ancienne Commission pour 1981, 1982 et 1983.
6. Le paragraphe 3(1.4) fut aussi ajouté à la *Loi*. On peut trouver d'autres commentaires sur cette disposition à la page 36.
7. [1993] 2 C.F. 138 (C.A.) [*ACTC*]. L'arrêt *CTV Television Network c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115, [*CTV*] qui soulevait des questions similaires, a été rendu au même moment.
8. L'arrêt *Canadian Admiral* s'en trouvait renversé.
9. Le régime de la SOCAN fut aussi modifié de façon à lui permettre de gérer tant les droits d'exécution publique que ceux de télécommunication publique : voir le paragraphe 67(1) et l'article 68.

L'ajout, quatre mois plus tard, du paragraphe 3(4) venait confirmer le fait que l'usage auquel se livre le télédistributeur est une communication et non une exécution. La disposition se lit : «*Pour l'application du paragraphe (1), le fait de communiquer une œuvre au public par télécommunication ne constitue ni le fait de représenter, d'exécuter ou de débiter celle-ci en public ni leur autorisation.*»
10. Tous les abonnés au câble sont abonnés au volet de base. Le CRTC réglemente strictement le tarif pour ce service dans les systèmes desservant plus de 6 000 abonnés.

- | | |
|---|---|
| 11. Strictly speaking, the extended basic tier is a discretionary tier. It is offered through negative option marketing: all subscribers who do not specifically ask for the "true" basic tier receive it. Signals are unencrypted; access is controlled through a negative trap. Neither its wholesale nor retail rates are regulated. | 11. Le volet dit «de base élargi» est en fait un volet facultatif. Il est mis en marché au moyen de l'abonnement par défaut, aussi connu sous le nom d'«option négative» : l'abonné s'abonne au volet élargi à moins qu'il ne demande de recevoir uniquement le véritable volet de base. Les signaux sont livrés en clair; l'accès au service est contrôlé à l'aide d'un dispositif de filtrage. Les tarifs de gros et de détail ne sont pas réglementés. |
| 12. In January 1994, only four systems serving more than 2,000 subscribers offered a pay service on the basic or extended basic tier. | 12. En janvier 1994, quatre systèmes desservant plus de 2 000 abonnés offraient un service de télévision payante au volet de base ou au volet de base élargi. |
| 13. The Life Channel ceased operating in December 1986. | 13. <i>The Life Channel</i> a cessé ses opérations en décembre 1986. |
| 14. Until 1995, all Canadian specialty cable services, except TSN and MuchMusic, had to be included on the basic tier, if they were carried at all. TSN and MuchMusic, if carried, had to be included on the basic tier unless they consented in writing to the services being offered on a discretionary tier. | 14. Avant 1995, tous les services spécialisés canadiens, sauf TSN et <i>MuchMusic</i> , devaient faire partie du volet de base s'ils étaient offerts. TSN et <i>MuchMusic</i> pouvaient consentir par écrit à ce que leur service soit offert au volet facultatif. |
| As of 1995, all of the cable services licensed before 1994, as well as RDI and NCN, can be carried on a discretionary tier only with the consent of the service. The other six services licensed in 1994 must be offered on a discretionary tier unless the cable licensee and the programming service agree to offer it on the basic tier. | Aujourd'hui, tous les services ayant obtenu une licence avant 1994, de même que RDI et NCN, peuvent faire partie d'un volet facultatif si le titulaire de la licence y consent. Les six autres services qui ont obtenu leur licence en 1994 doivent faire partie d'un volet facultatif à moins que le télédistributeur et le service ne conviennent de l'inclure au volet de base. |
| 15. See Table 1A. | 15. Voir tableau 1A. |
| 16. Dr. Ellis, testifying for SOCAN, used the expression to describe the American situation; it is nevertheless appropriate in the Canadian context. | 16. C'est M. Ellis, témoignant pour la SOCAN, qui s'est servi de l'expression pour décrire la situation aux États-Unis; cette description convient néanmoins à la situation au Canada. |
| 17. See Table 1B. | 17. Voir tableau 1B. |
| 18. Some provincial legislators are even considering the possibility of regulating negative option marketing. | 18. Certains gouvernements provinciaux songent même à réglementer la mise en marché par abonnement par défaut. |
| 19. See Appendix 1. | 19. Voir l'annexe 1. |

20. Indeed, music used on *La Chaîne*, the French-language service of TVOntario, is covered in the licence issued by SOCAN under Tariff 2.B; yet, that service is offered mostly, if not solely, through a satellite-cable link. Conversely, MuchMusic states, at page 5 of its argument, that Access Alberta is licensed for over-the-air transmissions in Calgary and Edmonton.
21. This study was filed as SOCAN-2. Unless otherwise stated, all data provided in the decision are derived from this study.
22. See Table 3.
23. See *infra*, footnote 28 and accompanying text. The first retransmission decision confirms that this trend has a long history: *Royalties for Retransmission Rights of Distant Radio and Television Signals* (Re) (1990), 32 C.P.R. (3d) 97 (Cop. Bd.), at 103-107.
24. See Table 4.
25. See Table 4. Cable originated services correspond more or less to what Mediastats calls "CATV".
- This corresponds to a yearly growth rate of over 8 per cent.
26. See Table 5.
27. See Exhibits SOCAN-3, SOCAN-4, SOCAN-5, SOCAN-8, CCTA-11 and CCTA-12, to name but a few.
28. Exhibit SOCAN-5. Figures advanced by Dr. Ellis for the period 1987 to 1992 were more or less to the same effect: see Exhibit SOCAN-3, p. 52.
20. Même cette différence est tenue. La licence émise par la SOCAN en application du tarif 2.B vise la musique utilisée sur les ondes de La Chaîne, le service de langue française de TVOntario; or, il s'agit là d'un service livré essentiellement par communication satellite. D'autre part, *MuchMusic* souligne, à la page 5 de son argumentation écrite, que *Access Alberta* est transmis sur ondes hertziennes dans les marchés de Calgary et d'Edmonton.
21. Cette pièce a été déposée sous la cote SOCAN-2. Cette étude a servi à établir toutes les données que comporte la présente décision, à moins qu'une pièce différente soit mentionnée.
22. Voir tableau 3.
23. Voir *infra*, texte accompagnant la note 28. Un examen de la première décision en matière de retransmission confirme que cette tendance existe depuis fort longtemps : voir *Royalties for Retransmission Rights of Distant Radio and Television Signals* (Re) (1990), 32 C.P.R. (3d) 97 (Cop. Bd.), 103-107.
24. Voir tableau 4.
25. Voir tableau 4. Les services produits par les télédistributeurs correspondent plus ou moins à ce que *Mediastats* désigne comme étant des services CATV.
- La croissance annuelle dans l'offre de ces services est donc de plus de 8 pour cent.
26. Voir tableau 5.
27. Voir, entre autres, les pièces SOCAN-3, SOCAN-4, SOCAN-5, SOCAN-8, CCTA-11 et CCTA-12.
28. Pièce SOCAN-5. Les données fournies par M. Ellis pour la période entre 1987 et 1992 sont au même effet, à peu de choses près : voir la pièce SOCAN-3, page 52.

29. See the Statistics Canada report of Cable Television, Catalogue 56-205 for 1993, filed as part of Exhibit SOCAN-8, Tab A.
 30. See Exhibit CCTA-12.
 31. See Exhibits SOCAN-7, SOCAN-7A, SOCAN-7B and CCTA-4.
 32. Except for CMT and TNN.
 33. See, e.g., Exhibit Family-12.
 34. See Exhibits SOCAN-6 (revised) and CCTA-6.
 35. In its reply, MuchMusic endorsed the approach outlined in the Pay Services' argument, which would lower the royalties by approximately \$1 million.
 36. See Table 5. In 1994, the average number of such services received was 3.19 on a total of 9.85.
 37. The Weather Network and *MétéoMédia* are counted as one service.
 38. See Table 5. This last statement is incorrect for the three multicultural services, but their impact on the overall tariff is marginal. Treating them separately would create an additional administrative burden out of proportion to any increased accuracy or fairness in the tariff.
 39. Twelve per cent of systems with more than 1,000 subscribers carry no more than three Canadian specialty services. These account for 1.73 per cent of subscribers in those systems.
 40. This leads SOCAN to treat the transmitters' affiliation payments as "programming expenses".
29. Voir le rapport de Statistique Canada sur la télévision par câble, catalogue 56-205 pour 1993, qui accompagne la pièce SOCAN-8, onglet A.
 30. Voir la pièce CCTA-12.
 31. Voir les pièces SOCAN-7, SOCAN-7A, SOCAN-7B et CCTA-4.
 32. À l'exception de CMT et de TNN.
 33. C'est ce qu'illustre, par exemple, la pièce *Family-12*.
 34. Voir pièces SOCAN-6 (version finale) et CCTA-6.
 35. Dans son argumentation en réplique, *MuchMusic* fait sienne la méthodologie mise de l'avant par les services de télévision payante dans leur argumentation, ce qui aurait pour effet de diminuer d'environ 1 million de dollars le montant des redevances.
 36. Voir le tableau 5. En 1994, l'abonné recevait en moyenne 3,19 de ces signaux, sur un total de 9,85.
 37. *The Weather Network* et *MétéoMédia* comptent comme un service.
 38. Voir le tableau 5. Le dernier énoncé ne s'applique pas aux trois services multiculturels. Cela étant dit, leur impact sur le prix final est marginal; en traiter séparément entraînerait un fardeau administratif sans commune mesure avec l'amélioration qui en résulterait dans la précision ou l'équité du tarif.
 39. Douze pour cent des systèmes desservant plus de 1 000 abonnés offrent au plus trois signaux spécialisés canadiens. Leurs abonnés représentent 1,73 pour cent des abonnés au câble au Canada.
 40. C'est ce qui permet à la SOCAN de traiter les paiements d'affiliation des télédistributeurs comme s'il s'agissait de «dépenses de programmation».

41. The testimony of Mr. Rheault, for example, describes that in his work the service provider is the end user: Tr., p. 1092.
42. *Royalties for Retransmission of Distant Radio and Television Signals* (Re) (1993), 47 C.P.R. (3d) 327 (Cop. Bd.), at 374e.
43. This was done, for example, in the case of the CBC (television and radio) and of non-commercial radio stations.
44. Professor Liebowitz, Tr., p. 1319.
45. See, e.g., Exhibit Family-12.
46. See, for example, the Board's previous decisions with respect to commercial radio and to CBC radio.
47. Argument, para. 61.
48. The Pay Services came to a different result because they used all services in their calculations and not only those included in the Board's portfolio.
49. See Table 7.
50. See line 4 of Table 8.
51. See Table 7.
52. Parallels between these services and those of TVOntario and *Radio-Québec* are evident. Thought should be given to a tariff set on a similar basis, and probably reintegrated into the general television tariff.
53. \$75.1 million for community channels: Exhibit SOCAN-6; \$151.5 million for Canadian specialty services: see Table 7 and Exhibit MuchMusic-36
54. Nielsen data does not isolate viewing to community channels.
41. C'est ainsi que dans son témoignage, M. Rheault, compositeur, considère l'exploitant de service comme l'ultime utilisateur de son produit : Tr., p. 1092.
42. *Royalties for Retransmission of Distant Radio and Television Signals* (Re) (1993), 47 C.P.R. (3d) 327 (Cop. Bd.), 374e.
43. C'était le cas, par exemple, pour la SRC (télévision et radio) et pour les stations de radio non commerciales.
44. Le professeur Liebowitz, Tr., p. 1319.
45. Voir, par exemple, la pièce *Family-12*.
46. Comparer cette situation avec les décisions antérieures de la Commission portant sur la radio commerciale et sur la radio de la SRC.
47. Argumentation écrite, par. 61.
48. Le résultat obtenu par les services de télévision payante est différent parce que leur calcul tient compte de tous les services, et non des seuls services inclus dans le portefeuille de la Commission.
49. Voir tableau 7.
50. Voir tableau 8, ligne 4.
51. Voir tableau 7.
52. Les similitudes entre ces services et TVOntario ou Radio-Québec semblent évidentes. Il faudrait songer à adopter un tarif similaire et probablement, à l'inclure dans le tarif général sur la télévision en direct.
53. 75,1 millions de dollars en 1993 pour les canaux communautaires : pièce SOCAN-6; 151,5 millions de dollars pour les services spécialisés : voir tableau 7 et la pièce *MuchMusic-36*.
54. Les données de la firme Nielsen ne traitent pas séparément de l'écoute des canaux communautaires.

- | | |
|---|---|
| 55. See Table 9. | 55. Voir tableau 9. |
| 56. See Table 9. | 56. Voir tableau 9. |
| 57. See line 12 of Table 8. | 57. Voir tableau 8, ligne 12. |
| 58. See Exhibit SOCAN-3, Appendix D, CRTC Public Notice 1993-74, p. 27. | 58. Voir pièce SOCAN-3, annexe D, Avis public CRTC 1993-74, p. 27. |
| 59. See Table 10A. | 59. Voir tableau 10A. |
| 60. See Table 11. | 60. Voir tableau 11. |
| 61. See Table 10A. | 61. Voir tableau 10A. |
| 62. CANCOM, which is not included in these data, served some 5,000 DTH customers in 1991, rising to 30,000 in 1994: see Tr., pp. 3454-3455. | 62. Le nombre d'abonnés direct de CANCOM est passé de 5 000 en 1991 à 30 000 en 1994 (Tr., pp. 3454-3455). Ces abonnés ne font pas partie des statistiques contenus dans le présent paragraphe. |
| 63. Professors Donner and Lazar did not offer figures for 1994 or 1995. | 63. Les professeurs Donner et Lazar n'ont pas avancé de chiffres pour 1994 ou 1995. |
| 64. Assuming, for the purposes of these proceedings, that it is appropriate to include them in it. | 64. En supposant, pour les fins de la discussion, qu'il soit indiqué de les y inclure. |
| 65. CRTC Public Notice 1994-59. Only The Life Network will be allowed to increase its wholesale rate towards the end of the period. | 65. Avis public CRTC 1994-59. Seul <i>The Life Network</i> peut, vers la fin de cette période, augmenter son prix de gros. |
| 66. 1990 is excluded. For the reasons stated earlier, no royalties are payable for TV5. As a result, using the 1990 royalties to derive the rate of increase would create a distortion. | 66. On exclut 1990 parce que TV5, pour les motifs exposés plus tôt, est exclue de l'assiette tarifaire. En utilisant les données de 1990 pour établir le taux d'augmentation, on créerait une distorsion. |
| 67. Subject to the interpretation of subsection 67.2 (1.1) of the Act. | 67. Sujet à l'interprétation du paragraphe 67.2 (1.1) de la <i>Loi</i> . |
| 68. See Table 12. | 68. Voir tableau 12. |
| 69. Revenue data is not available for American services in 1994. | 69. Les données pour 1994 ne sont pas disponibles pour les services américains. |
| 70. See Table 12. | 70. Voir tableau 12. |

71. See also the reasoning of MacGuigan J., in *Canadian Cable Television Association v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.) at 659-661.
72. Tr., 2920, 2935; contra, see 3081, and Exhibit SOCAN-25.
73. Exhibit MuchMusic-8.
74. CCTA, p. 154g.
75. By contrast, the cable operator's performance effected by retransmitting a local signal is separate from that of the broadcaster's and could command a separate price: see *Canadian Association of Broadcasters v. SOCAN* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (F.C.A.), which confirmed the Board's ruling on this issue.
76. C.c.Q. aa. 1523 and 1528.
77. *CAPAC v. CTV*, [1968] S.C.R. 676; *CTV*, at 136h.
78. S. 67.2(3) of the *Act*.
79. See *CTV*.
80. Given the formula used for Canadian pay and American specialty services, the issues will obviously be easier to resolve in the case of those services.
81. For a description of the various difficulties raised by this definition, see *Royalties for Retransmission of Distant Radio and Television Signals* (Re) (1993), 47 C.P.R. (3d) 327 (Cop. Bd.), at 357h-359f.
82. On December 20, 1995, the CRTC licensed a French-language terrestrial pay per view service, *Canal Première*.
71. Le raisonnement du juge MacGuigan dans l'arrêt *Association canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.). pp. 659-661, est au même effet.
72. Tr., 2920, 2935; contra, voir tr. 3081, et la pièce SOCAN-25.
73. Pièce *MuchMusic-8*.
74. *ACTC*, p. 154g.
75. Par contre, comme la Commission l'a énoncé et la Cour d'appel fédérale l'a confirmé dans l'arrêt *Association canadienne des radiodiffuseurs c. SOCAN* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (C.A.F.), l'exécution à laquelle le télédistributeur se livre en transmettant un signal local est distincte de celle à laquelle se livre le télédiffuseur, et pourrait entraîner le paiement de redevances séparées.
76. C.c.Q. aa. 1523 et 1528.
77. *CAPAC c. CTV*, [1968] S.C.R. 676; *CTV*, 136h.
78. Par. 67.2(3) de la *Loi*.
79. Voir l'arrêt *CTV*.
80. La formule utilisée par rapport aux services canadiens de télévision payante et aux services spécialisés américains fait en sorte qu'il sera plus facile, dans leur cas, d'en arriver à une solution.
81. La deuxième décision sur la retransmission examine les difficultés soulevées par cette définition : voir *Royalties for Retransmission of Distant Radio and Television Signals* (Re) (1993), 47 C.P.R. (3d) 327 (Cop. Bd.), 357h-359f.
82. Le 20 décembre 1995, le CRTC émettait une licence pour un service terrestre de télévision payante de langue française, *Canal Première*.

APPENDIX 1 / ANNEXE 1

LIST OF MOST SERVICES SUBJECT TO TARIFF 17
LISTE DE LA PLUPART DES SERVICES ASSUJETTIS AU TARIF 17

Note: The asterisk identifies those services who participated in the proceedings
Note : l'astérisque identifie les services représentés à l'audience

Canadian Pay Television and Pay-per-View Services
Services canadiens de télévision payante et à la carte

- * 1. Super Channel
- * 2. The Movie Network¹
- * 3. Super Écran
- * 4. Family Channel
- * 5. MovieMax!
- 6. Classic Channel
- * 7. Viewers' Choice
- * 8. Home Theatre

Canadian Specialty Services / Services spécialisés canadiens

- * 1. Cathay²
- * 2. MuchMusic
- * 3. The Sports Network (TSN)
- * 4. Chinavision³
- 5. Teletatino
- * 6. Canal Famille
- * 7. Le Réseau des Sports (RDS)
- * 8. MusiquePlus
- * 9. TV5
- * 10. Météomédia/The Weather Network
- * 11. Vision TV
- * 12. Newsworld
- * 13. YTV
- * 14. Life Network
- * 15. Showcase
- * 16. Bravo!
- * 17. Women's TV Network (WTN)
- * 18. Discovery Channel
- 19. New Country Network (NCN)
- * 20. Réseau de l'information (RDI)
- * 21. Canal D

¹ Formerly First Choice/Antérieurement *First Choice*

² This service was a pay television service from 1989 to 1992; it is now called Talentvision. Ce service était un service de télévision payante de 1989 à 1992; il opère aujourd'hui sous le nom de *Talentvision*.

³ Now known as Fairchild/Aujourd'hui désigné sous le nom de *Fairchild*

U.S. Specialty Services / Services spécialisés américains

1. Arts & Entertainment (A&E)
- * 2. Cable News Network (CNN)
- * 3. Headline News (CNN-2)
4. CNBC / FNN
- * 5. The Nashville Network (TNN)
- * 6. Country Music Television (CMT)⁴
7. The Learning Channel (TLC)
8. The Weather Channel (TWC)
9. The Silent Network
10. Black Entertainment TV (BET)
11. Lifetime Television
12. Comedy Central
13. USA Network

OTHER CABLE SERVICES / AUTRES SERVICES CÂBLÉS

Community Channel / Canal communautaire

- * Most cable systems with more than 2,000 subscribers operate a community channel.
La plupart des systèmes de câble desservant plus de 2 000 abonnés offrent un canal communautaire.

Educational services / Services éducatifs

1. Access Network (Alberta)
2. La Chaîne (Ontario)
3. Knowledge Network (Saskatchewan)
4. Saskatchewan Community Network (Saskatchewan)

Commercial Television Services (delivered by cable) Services de télévision commerciale (transmis par câble)

- * 5. Atlantic Satellite Network (ASN)

Other CATV Services / Autres services câblés

- * 6. Canadian Home Shopping Network (CHSN)
7. Parliamentary Channel / Canal Parlementaire
8. Provincial Legislatures / Législatures provinciales
9. Various Non-programming services / Divers services hors-programmation

⁴ This service was removed from the CRTC list of eligible satellite services as of January 1, 1995.
Ce service a été retranché de la liste des services par satellite admissibles du CRTC à compter du 1^{er} janvier 1995.

APPENDIX 2 / ANNEXE 2

Number of subscribers to major services subject to Tariff 17 Nombre d'abonnés aux principaux services assujettis au tarif 17						
	1990			1994		
	Canada	Québec	Rest Of Canada/ Canada excluant le Québec	Canada	Québec	Rest Of Canada/ Canada excluant le Québec
Weather	6,039,809	1,480,999	4,558,810	7,222,409	1,697,526	5,524,883
YTV	6,039,678	1,013,954	5,025,724	7,139,320	1,338,676	5,800,644
Newsworld	6,016,587	1,084,645	4,931,942	6,955,888	1,213,227	5,742,661
TSN	5,415,721	383,620	5,032,101	6,149,544	427,711	5,721,833
MuchMusic	5,328,604	385,208	4,943,396	5,995,783	350,327	5,645,456
Vision	5,390,560	352,813	5,037,747	5,964,949	344,243	5,620,706
Telelatino	227,175	515	226,660	756,226	6,223	750,003
Chinavision	18,262	0	18,262	120,656	0	120,656
Cathay	11,916	0	11,916	16,565	0	16,565
TV5	2,870,682	1,592,395	1,278,287	5,332,329	1,799,615	3,532,714
MusiquePlus	1,868,761	1,599,543	269,218	2,140,088	1,808,055	332,033
RDS	1,608,056	1,567,479	40,577	1,950,420	1,807,501	142,919
Canal Famille	1,641,531	1,598,624	42,907	1,878,860	1,817,285	61,575
First Choice	489,546	28,965	460,581	457,883	33,935	423,948
Family Channel	322,513	3,149	319,364	391,366	4,418	386,948
Super Channel	200,638	0	200,364	231,850	0	231,850
Super Écran	131,656	127,436	4,220	214,815	210,458	4,357
A&E	1,957,930	3,188	1,954,742	5,262,956	15,559	5,247,397
CNN	2,007,725	54,927	1,952,798	5,266,896	54,759	5,212,137
TNN	1,504,633	10,364	1,494,269	5,154,210	21,455	5,132,755
The Learning Channel	313,183	0	313,183	2,851,308	0	2,851,308
Headline News	788,578	4,837	783,741	2,337,923	0	2,337,923
Country Music Television	893,225	11,668	881,557	1,768,108	19,778	1,748,330
Basic Subscribers/ Abonnés au service de base	6,886,397	1,600,107	5,286,290	7,472,177	1,723,330	5,748,847

Source: SOCAN-2, Summaries

Data is from September 1990 and January 1994. In some cases the number of subscribers to a particular service may be larger than the number of basic subscribers. The difference is apparently caused by the inclusion of commercial subscribers in the totals for each service.

Les données sont de septembre 1990 et janvier 1994. Dans certains cas, le nombre d'abonnés à un service est plus élevé que le nombre d'abonnés au service de base. La différence semble être le résultat de l'inclusion des abonnés commerciaux dans le total de chaque service.

APPENDIX 3 / ANNEXE 3

TABLES / TABLEAUX

- 1A Canadian Specialty Services - Number of Contacts According to Tier
Services spécialisés canadiens - Nombre de contacts selon le volet
- 1B Canadian Specialty Services - Acceptance Rate According to Tier
Services spécialisés canadiens - Taux d'acceptation selon le volet
- 2 Distribution of Subscribers / Répartition des abonnés
- 3 Distribution of Systems / Répartition des systèmes
- 4 Average Number of Services Received by System Size
Moyenne de services reçus selon la taille du système
- 5 Average Number of Services Received by Subscriber by Type of Service
Moyenne de services reçus par abonné selon le type de service
- 6 Distribution of Systems with Over 1,000 Subscribers Based on the Number of Canadian Specialty Services Offered
Répartition des systèmes comptant plus de 1 000 abonnés selon le nombre de services spécialisés canadiens offerts
- 7 Calculation of the Royalty Rate Applicable to the Portfolio Services
Calcul du taux des redevances pour les services compris dans le portefeuille
- 8 Calculation of the Royalty per Subscriber per Month for the Portfolio Services
Calcul de la redevance mensuelle par abonné pour les services du portefeuille
- 9 Community Channel Adjustment / Ajustement pour le canal communautaire
- 10A Average Number of Canadian Specialty Services Received - Systems with Over 1,000 Subscribers Moyenne de services spécialisés reçus - Systèmes comptant plus de 1 000 abonnés
- 10B Average Number of Canadian Specialty Services Received - Systems with Over 2,000 Subscribers Moyenne de services spécialisés reçus - Systèmes comptant plus de 2 000 abonnés
- 11 Viewing of Canadian Specialty Services and ASN in Thousands of Hours
Écoute des services spécialisés canadiens et de ASN en milliers d'heures
- 12 Royalty Generated by Large Systems / Redevances provenant des grands systèmes

TABLE 1A / TABLEAU 1A
 Canadian Specialty Services - Number of Contacts According to Tier
 Services spécialisés canadiens - Nombre de contacts selon le volet
 January 1994 / Janvier 1994

	Basic Tier Volet de base	Extended Tier Volet de base élargi	Discretionary Tier Volet facultatif
Canada			
Total Number of Contacts Nombre total de contacts	36,876,709	12,066,811	118,483
Percentage / Pourcentage	75.2%	24.6%	0.2%
Quebec			
Total Number of Contacts Nombre total de contacts	11,734,202		65,016
Percentage / Pourcentage	99.4%		0.6%
Rest of Canada Canada excluant le Québec			
Total Number of Contacts Nombre total de contacts	25,142,507	12,066,811	53,467
Percentage / Pourcentage	67.5%	32.4%	0.1%

Source: SOCAN-2

TABLE 1B / TABLEAU 1B
 Canadian Specialty Services - Acceptance Rate According to Tier
 Services spécialisés canadiens - Taux d'acceptation selon le volet
 January 1994 / Janvier 1994

	Basic Tier Volet de base	Extended Tier Volet de base élargi	Combined Contacts on Basic and Extended Somme des contacts au volet de base et au volet de base élargi
Canada			
Number of Contacts Nombre de contacts	36,876,709	12,066,811	48,943,520
Potential Contacts Nombre de contacts potentiel	36,876,709	13,205,351	50,182,060
Acceptance Rate Taux d'acceptation	100%	91.4%	97.5%
Quebec			
Number of Contacts Nombre de contacts	11,734,202		11,734,202
Potential Contacts Nombre de contacts potentiel	11,734,202		11,734,202
Acceptance Rate Taux d'acceptation	100%		100%
Rest of Canada Canada excluant le Québec			
Number of Contacts Nombre de contacts	25,142,507	12,066,811	37,209,318
Potential Contacts Nombre de contacts potentiel	25,142,507	13,205,351	38,347,858
Acceptance Rate Taux d'acceptation	100%	91.4%	97%

Source: SOCAN-2

TABLE 2 / TABLEAU 2 Distribution of Subscribers / Répartition des abonnés				
	1989		1994	
0-1,000	287,627	4.46%	362,842	4.86%
1,001-2,000	154,966	2.40%	167,631	2.24%
2,001-6,000	485,142	7.52%	511,724	6.85%
Over/plus de 6,000	5,519,417	85.61%	6,428,619	86.05%
TOTAL	6,447,152	100.00%	7,470,816	100.00%

Source: SOCAN-2

TABLE 3 / TABLEAU 3 Distribution of Systems / Répartition des systèmes				
	1989		1994	
0-1,000	1,274	76.75%	1,591	79.59%
1,001-2,000	111	6.69%	120	6.00%
2,001-6,000	138	8.31%	142	7.10%
Over/plus de 6,000	137	8.25%	146	7.31%
TOTAL	1,660	100.00%	1,999	100.00%

Source: SOCAN-2

TABLE 4 / TABLEAU 4 Average Number of Services Received by System Size / Moyenne de services reçus selon la taille du système				
	All Services / Tous les services [1]		All Services Excluding CATV Services Tous les services à l'exclusion des CATV [2]	
	1989	1994	1989	1994
0-1,000	3.86	7.31	2.97	6.12
1,001-2,000	7.38	10.97	5.34	8.63
2,001-6,000	8.70	13.92	5.53	10.14
Over/plus de 6,000	17.31	22.94	8.68	12.91
TOTAL	15.83	21.29	8.11	12.29

Source: SOCAN-2

Note: [1] The data in this table includes ASN, Educational services, CPAC and the Provincial Legislature services.

Les données dans ce tableau incluent ASN, les services éducatifs, la Chaîne parlementaire et les législatures provinciales.

[2] CATV services are those identified as such in the "Station" field of the database, SOCAN-2.

Les signaux CATV sont ceux désignés comme tel sous le champ «Station» dans la banque de données SOCAN-2.

TABLE 5 / TABLEAU 5
Average Number of Services Received by Subscriber by Type of Service
Moyenne de services reçus par abonné selon le type de service

1989	CANADA					QUÉBEC				
	Canadian Specialty Spécialisés canadiens	American Specialty Spécialisés américains	Pay television Télévision payante	ASN	Total	Canadian Specialty Spécialisés canadiens	American Specialty Spécialisés américains	Pay television Télévision payante	ASN	Total
0-1,000	1.93	0.33	0.09	0.24	2.60	2.28	0.01	0.16	0.07	2.52
1,001-2,000	3.13	1.12	0.21	0.18	4.64	3.50	0.01	0.20	0.14	3.85
2,001-6,000	3.61	0.84	0.17	0.23	4.85	4.03	0.01	0.13	0.11	4.27
Over/plus de 6,000	6.47	1.21	0.21	0.06	7.94	5.89	0.06	0.07	0.00	6.02
TOTAL	5.97	1.14	0.20	0.08	7.39	5.56	0.05	0.08	0.01	5.71
1994	CANADA					QUÉBEC				
	Canadian Specialty Spécialisés canadiens	American Specialty Spécialisés américains	Pay television Télévision payante	ASN	Total	Canadian Specialty Spécialisés canadiens	American Specialty Spécialisés américains	Pay television Télévision payante	ASN	Total
0-1,000	3.39	1.33	0.16	0.29	5.17	4.63	0.12	0.23	0.15	5.13
1,001-2,000	4.54	2.22	0.19	0.23	7.18	5.37	0.15	0.17	0.10	5.79
2,001-6,000	5.62	2.22	0.19	0.25	8.28	5.87	0.13	0.14	0.17	6.30
Over/plus de 6,000	6.87	3.19	0.18	0.06	10.31	7.07	0.05	0.14	0.00	7.26
TOTAL	6.57	3.01	0.18	0.09	9.85	6.85	0.06	0.14	0.02	7.07

Source: SOCAN-2

TABLE 6 / TABLEAU 6						
Distribution of Systems with Over 1,000 Subscribers Based on the Number of Canadian Specialty Services Offered Répartition des systèmes comptant plus de 1 000 abonnés selon le nombre de services spécialisés canadiens offerts 1994						
Number of Services Nombre de services	Canada		Québec		Rest of Canada Canada excluant le Québec	
	Number of Systems Nombre de systèmes	Percentage of Subscribers Pourcentage d'abonnés	Number of Systems Nombre de systèmes	Percentage of Subscribers Pourcentage d'abonnés	Number of Systems Nombre de systèmes	Percentage of Subscribers Pourcentage d'abonnés
1	7	0.14%	0	0.00%	7	0.18%
2	32	1.07%	1	0.09%	31	1.37%
3	11	0.52%	1	0.09%	10	0.65%
4	28	0.97%	6	0.63%	22	1.07%
5	57	2.41%	11	1.46%	46	2.69%
6	87	11.41%	17	3.81%	70	13.71%
7	104	24.39%	23	17.04%	81	26.61%
8	47	29.75%	19	13.53%	28	34.65%
9	26	15.52%	11	44.73%	15	6.69%
10	7	9.15%	4	5.74%	3	10.18%
11	1	2.99%	1	12.88%	0	0.00%
12	1	1.69%	0	0.00%	1	2.20%
13	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%
Totals/Totaux	408	100.00%	94	100.00%	314	100.00%

Source: SOCAN-2.

TABLE 7 / TABLEAU 7
 Calculation of the Royalty Rate Applicable to the Portfolio Services
 Calcul du taux des redevances pour les services compris dans le portefeuille

		Total [1]	TV5 Imputed/Imputé [2]	Adjusted Total Total ajusté [1]+ [2]	Television Ratio Ratio télévision [3]	
1993	Revenues Recettes	308,384,763	9,781,618	318,166,381		
	Expenditures Dépenses	143,004,279	4,535,935	147,540,214		
[4]	Ratio	46.37%		46.61%	54.31%	1.80%
1992	Revenues Recettes	270,314,830	10,425,204	280,740,034		
	Expenditures Dépenses	118,749,220	4,579,789	123,329,009		
[4]	Ratio	43.93%		44.16%	55.14%	1.68%
1991	Revenues Recettes	245,610,320	12,796,684	258,407,004		
	Expenditures Dépenses	108,946,743	5,676,297	114,623,040		
[4]	Ratio	44.36%		44.65%	56.94%	1.65%
1990	Revenues Recettes	215,266,377	13,074,909	228,341,286		
	Expenditures Dépenses	99,715,696	6,056,560	105,772,256		
[4]	Ratio	46.32%		46.61%	56.37%	1.74%
1989	Revenues Recettes	111,130,417	10,382,078	121,512,495		
	Expenditures Dépenses	49,473,289	4,621,917	54,095,206		
[4]	Ratio	44.52%		45.13%	54.08%	1.75%
				Specialty Services Services spécialisés	Television Télévision	
	Revenues / Recettes			1,150,706,707	6,950,042,474	
	Expenditures Dépenses			519,889,227	3,848,173,387	
	Ratio / Ratio			45.18%	55.37%	1.71%

Source:

- [1] SOCAN-8, Tab-B. These figures exclude TV5/Pièce SOCAN-8, onglet-B. Ces données excluent TV5.
 [2] The revenues are derived by applying the ratio of revenues to programming expenses from the other Canadian Specialty Services to the expenses of TV5/On obtient ces recettes en multipliant les dépenses de programmation de TV5 par le rapport entre les recettes et les dépenses de programmation des autres services spécialisés canadiens.
 [3] SOCAN-8, Tab-B/Pièce SOCAN-8, onglet-B.
 [4] The rate applicable to Canadian Specialty Services is equal to 0.021 times the ratio of programming expenses to revenues of Canadian Specialty Services over that of commercial television stations/Le taux applicable aux services spécialisés canadiens est de 0,021 multiplié par le ratio dépenses de programmation/recettes des services spécialisés canadiens sur celui de la télévision commerciale.

TABLE 8 / TABLEAU 8
 Calculation of the Royalty per Subscriber per Month for the Portfolio Services
 Calcul de la redevance mensuelle par abonné pour les services du portefeuille

		1990	1991	1992	1993	1994
Canadian Specialty Services Excluding TV5 / Services spécialisés canadiens excluant TV5						
[1]	Total Revenue Revenu total	215,266,377	245,610,320	270,314,830	308,384,763	339,075,081
[2]	Tariff / Tarif @ 1.7%	3,659,528	4,175,375	4,595,352	5,242,541	5,764,276
[3]	Subscribers Abonnés	6,886,397	7,008,082	7,191,829	7,347,977	7,470,816
[4]	Cents per Month per Subscriber Cents par mois par abonné [2]/[3]	4.43	4.96	5.32	5.95	6.43
Adjustments to the Rate / Ajustements au taux						
[5]	TV5 Adjusted Revenues Revenus ajustés de TV5		12,796,684	10,425,204	9,781,618	8,836,090
[6]	ASN Revenues Revenus de ASN	5,482,499	6,086,208	6,444,334	6,973,155	7,741,845
[7]	Total Revenues Revenus totaux	5,482,499	18,882,892	16,869,538	16,754,773	16,577,935
[8]	Cents per Month per Subscriber Cents par mois par abonné [7]/[3]	0.10	0.38	0.33	0.32	0.31
[9]	Total [4]+ [8]	4.53	5.34	5.65	6.27	6.74
Community Channel Adjustment / Ajustement pour le canal communautaire						
[10]	Adjustment Factor Facteur d'ajustement	0.0258	0.0273	0.0211	0.0169	0.0303
[11]	Cents per Month per Subscriber Cents par mois par abonné [9]*[10]	0.12	0.15	0.12	0.11	0.20
[12]	Portfolio Rate Taux du portefeuille	4.66	5.49	5.78	6.37	6.95
[13]	Rounded Rate / Taux arrondi	4.7¢	5.5¢	5.8¢	6.4¢	7.0¢

Source:

[1] SOCAN-8, Tab-B. Data for 1994 is from the Pay and Specialty Services Statistical and Financial Summaries 1989-1994, published by the CRTC.

These revenues exclude TV5 / Pièce SOCAN-8, onglet-B. Les données de 1994 proviennent de : «Services de télévision payante et d'émissions spécialisés, Relevés statistiques et financiers 1989-1994», publié par le CRTC. Les revenus de TV5 sont exclus.

[2] Line [1]*0.017 / Ligne [1]*0.017

[3] SOCAN-2, Summaries

[5] Table 7. TV5 revenues for 1990 are not included in the total / Tableau 7. Les revenus de TV5 pour 1990 ne sont pas inclus ici

[6] MuchMusic-36. Data for 1994 is extrapolated from 1993, using the average growth rate for the period 1989-1993 / Les données de 1994 sont une extrapolation de 1993, en se servant du taux de croissance moyen de la période 1989-1993

[10] Table 9/Tableau 9

[12] [9]+ [11] Note that the figures in the table may not sum because of rounding / Notez qu'il est possible que les totaux du Tableau ne soient pas exacts car les données sont arrondies.

TABLE 9 / TABLEAU 9
Community Channel Adjustment / Ajustement pour le canal communautaire

Total Canada Total canadien	1990		1991		1992		1993		1994	
	Hours/Heures (000)	%	Hours/Heures (000)	%	Hours/Heures (000)	%	Hours/Heures (000)	%	Hours/Heures (000)	%
Viewing to Community Channel Écoute du canal communautaire	766.69	0.17	869.67	0.19	753.41	0.16	644.11	0.14	1 179.45	0.23
Viewing to all Portfolio Services Écoute de l'ensemble des services du portefeuille	29,764.14	6.69	31,817.02	7.05	35,632.30	7.58	38,099.39	8.15	38,958.53	7.60
Community Channel Adjustment Factor Facteur d'ajustement pour le canal communautaire[1]		0.0258		0.0273		0.0211		0.0169		0.0303

[1] This is the ratio of viewing to Community Channel over viewing to the portfolio services for all of Canada
Il s'agit du rapport entre l'écoute canadienne du canal communautaire et celle de tous les services du portefeuille.
Source: CCTA-3, Appendix C and CCTA-19/Pièces CCTA-3, Annexe C et CCTA-19.

TABLE 10A / TABLEAU 10A Average Number of Canadian Specialty Services Received Systems with Over 1,000 Subscribers Moyenne de services spécialisés reçus Systèmes comptant plus de 1 000 abonnés 1994			
ASN included / inclus			
Service Language Langue du service	Canada	Rest of Canada Canada excluant le Québec	Québec
English/Anglais	5.06	5.98	2.01
French/Français	1.75	0.78	4.95
Total	6.81	6.46	6.96

Source:SOCAN-2

TABLE 10B / TABLEAU 10B Average Number of Canadian Specialty Services Received Systems with Over 2,000 Subscribers Moyenne de services spécialisés reçus Systèmes comptant plus de 2 000 abonnés 1994			
ASN included / inclus			
Service Language Langue du service	Canada	Rest of Canada Canada excluant le Québec	Québec
English/Anglais	5.10	6.03	2.03
French/Français	1.76	0.79	4.97
Total	6.86	6.82	6.99

Source:SOCAN-2

TABLE 11 / TABLEAU 11
Viewing to Canadian Specialty Services and ASN in Thousands of Hours / Écoute des services spécialisés canadiens et de ASN en milliers d'heures

	Rest of Canada / Canada excluant le Québec					Québec				
	1990	1991	1992	1993	1994	1990	1991	1992	1993	1994
ASN	4,088.77	4,629.48	5,366.62	5,964.52	5,938.34	34.33	41.67	51.92	63.70	55.78
Cathay	—	—	—	190.12	216.60					
Chinavision	377.83	473.06	473.44	288.39	—					
Telelatino	84.87	30.99	207.54	191.08	192.97	4.03	22.13	59.54	2.58	3.02
Much Music	2,106.61	1,959.66	1,769.17	1,667.59	1,407.93	111.48	85.14	74.83	56.14	48.14
Newsworld	2,213.21	2,161.11	2,652.59	3,670.00	3,369.44	163.35	219.45	250.89	280.27	376.03
TSN	8,698.92	8,681.44	9,804.40	11,134.29	8,685.27	291.34	285.93	338.92	314.22	279.50
Vision	561.26	675.34	946.69	800.87	1,083.67	20.94	29.52	56.50	31.25	37.73
Weather	239.97	405.18	537.24	549.10	678.65	—	—	—	0.33	—
YTV	4,366.79	5,556.52	5,466.08	5,635.28	7,451.57	364.78	437.11	607.11	532.85	805.24
Canal Famille	82.03	100.70	111.93	125.20	103.94	2,655.15	2,850.72	3,194.45	3,356.27	4,027.67
Méteomédia	2.08	2.69	4.02	1.69	18.16	81.40	128.43	177.53	206.11	216.00
MusiquePlus	26.76	44.13	22.13	35.38	15.82	1,012.57	1,138.40	957.64	816.66	854.26
RDS	31.07	48.39	58.61	65.24	48.18	1,249.82	1,771.19	2,365.06	2,074.52	1,676.26
TV5	51.05	38.64	77.45	45.74	130.82	843.73	—	—	—	1,237.55
Total - Portfolio Services Services du portefeuille	22,931.22	24,807.33	27,497.91	30,364.49	29,341.35	6,832.92	7,009.69	8,134.39	7,734.90	9,617.18
Total Viewing- Cabled Households / Écoute totale % foyers câblés	332,616.53	344,436.15	358,746.91	347,428.55	381,724.69	112,333.97	106,953.75	111,184.14	120,009.92	131,217.70
Viewing Share Part d'écoute	6.89%	7.20%	7.67%	8.74%	7.69%	6.08%	6.55%	7.32%	6.45%	7.33%
1990-1994 Totals / Totaux										
	Viewing to Portfolio Services Écoute des services du portefeuille					Total Viewing / Écoute totale				Ratio
Rest of Canada/Canada excluant le Québec	134,942					1,764,953				7.65%
Québec	39,329					581,699				6.76%

Source: CCTA-3, Appendix C and CCTA-19/Pièces CCTA-3, Annexe C et CCTA-19

TABLE 12 / TABLEAU 12
 Royalty Generated by Large Systems - Estimates Based on 1994 Cable Systems Data
 Redevances provenant des grands systèmes - Estimation basée sur les données de 1994 sur les systèmes de câble
 (in 000's / en 000)

	1994	1993	1992	1991	1990
[1] Number of Subscribers Nombre d'abonnés	7,471	7,348	7,192	7,008	6,886
[2] Gross Royalty for the portfolio services Redevances brutes des services du portefeuille	\$5,971	\$5,361	\$4,755	\$4,394	\$3,690
Less / Moins:					
[3] Reduction due to scaling Réduction due à l'échelonnement (4%)	\$239	\$214	\$190	\$176	\$148
[4] Low use adjustment Ajustement pour usage limité (0.6%)	\$33	\$32	\$29	\$26	\$22
[5] Francophone markets adjustment Ajustement pour les marchés francophones (3.4%)	\$204	\$182	\$162	\$149	\$125
[6] Net royalty for portfolio services Redevances nettes des services du portefeuille	\$5,495	\$4,933	\$4,374	\$4,043	\$3,395
[7] Royalty for Canadian Pay services Redevances des services de télévision payante	\$2,493	\$2,448	\$2,367	\$2,107	\$2,056
[8] Royalty for US services Redevances des services américains	\$1,002	\$1,002	\$288	\$388	\$576
Total	\$8,990	\$8,383	\$7,029	\$6,538	\$6,027

- [1] The number of subscribers is from the complete database for January 1994 and the summaries for 1990-1993. / Les données de 1994 proviennent de la banque de données générale et celles de 1990-1993 des sommaires.
- [2] In 1989 and in 1994, approximately 95% of subscribers were in systems with more than 1,000 subscribers. To arrive at the gross royalty estimate for 1990 to 1993, we multiply the number of subscribers by 0.95 and by the applicable rate for the appropriate year. / En 1989 et en 1994, environ 95% des abonnés étaient dans des systèmes desservant plus de 1 000 abonnés. En multipliant le nombre d'abonnés par 0,95 et par le taux applicable pour l'année choisie, on obtient l'estimation de redevances brutes.
- [3] *In 1994, scaling generates a 4% reduction of gross royalties. / En 1994, l'échelonnement produit une réduction de 4% des redevances brutes.
- [4] *The 50% adjustment for systems carrying no more than three services amounts to 0.6% of the gross royalties for 1994. L'ajustement de 50% pour les systèmes offrant au plus trois signaux équivaut à 0,6% des redevances brutes de 1994.
- [5] *The 15% reduction for Francophone markets equates to 3.4% of gross royalties for 1994. / L'ajustement de 15% pour les marchés francophones représente 3,4% des redevances brutes en 1994.
- [7] 2.1% of revenues of Canadian pay services. Data is from SOCAN-8. Data for 1994 is from the CRTC Pay and Specialty Services Statistical and Financial Summaries 1989-1994. / 2,1% des recettes des services de télévision payante canadiens. Les données proviennent de SOCAN-8. Les données de 1994 proviennent de: «Services de télévision payante et d'émissions spécialisés, Relevés statistiques et financiers 1989-1994» publié par le CRTC.
- [8] 2.1% of affiliation payments (SOCAN-8). The data for 1994 was not available, we use the 1993 figure as an estimate. 2,1% des paiements d'affiliation (SOCAN-8). Les données de 1994 n'étant pas disponibles, nous utilisons les données de 1993 comme estimation.
- * The same adjustment is made for the years 1990-1993. / Le même ajustement est fait pour les années 1990-1993.

DISSENTING OPINION BY MEMBER FENUS

I. PREAMBLE

My colleagues and I disagree on the fundamental aspects of the tariff) the target and the structure.

The tariff formula I have in mind is altogether different from theirs. I believe it is better suited to meet the needs of the parties. It is sensitive to the realities of the marketplace. It recognizes the commercial interplay between services¹ and transmitters² and it appreciates the unique differences of the services. Finally, it readily adapts to future developments in the market, yet deals appropriately with past events. In effect, it is a tariff that is fair and equitable between SOCAN, the services, and the transmitters as well as fair and equitable when compared with the tariff applicable to over-the-air broadcasting.

There are features of the majority decision that I fully support:

- ! Tariff 2.A is the appropriate starting point to structure a tariff;
- ! The relative importance of programming expenses warrants special consideration, resulting in an adjustment to the tariff rate;³
- ! For the purpose of the SOCAN regime, "superstations" are over-the-air television broadcast signals subject to the retransmission regime;
- ! "Pre-judgment" interest on deferred payments;
- ! The legal foundations for the tariff;
- ! Joint and several co-debtors are each liable to SOCAN for the entire amount of the debt.

DISSIDENCE DU COMMISSAIRE FENUS

I. PRÉAMBULE

Je ne partage pas le point de vue de mes collègues quant aux éléments fondamentaux du tarif) la personne qui y est assujettie et la structure tarifaire.

La formule tarifaire que je propose est tout à fait différente de la leur. Selon moi, elle est mieux adaptée aux besoins des intéressés. Elle répond davantage aux réalités du marché. Elle tient compte des rapports commerciaux entre les services¹ et les transmetteurs² et reconnaît les caractéristiques uniques de chacun des services. Enfin, elle s'ajuste sans difficultés aux changements à venir tout en traitant correctement du passé. Il en résulte un tarif juste et équitable pour la SOCAN, pour les services, et pour les transmetteurs, mais aussi juste et équitable par rapport au tarif pour la télévision en direct.

Je suis entièrement d'accord avec certains aspects de la décision majoritaire :

- ! le tarif 2.A doit servir de point de départ pour la structure tarifaire;
- ! il faut tenir compte de l'importance relative des dépenses de programmation en ajustant le taux du tarif;³
- ! aux fins du régime de la SOCAN, les «superstations» sont des signaux de télévision en direct assujettis au régime de la retransmission;
- ! des intérêts «avant jugement»;
- ! le fondement juridique du tarif;
- ! la SOCAN peut exiger de l'un ou l'autre des co-débiteurs solidaires le plein montant de la dette.

II. WHO SHOULD HOLD THE LICENCE(S)?

Over-the-air stations are their own "carriers". This is an essential difference between the broadcasting and non-broadcasting systems. Services are prevented, by the terms of their licences, from reaching their viewers directly: they must do this through transmitters.⁴ Services produce and package programming; transmitters supply the programming to their subscribers. Thus, viewers receive services as a result of a "joint effort" or a "partnership of action". This relationship between the services and the transmitters is symbiotic. In contractual terms, this symbiosis is crystallized in affiliation agreements and in the payments by the transmitters of affiliation fees to the services for their programming. The affiliation fees are prime revenue sources for the services and major cost factors for the transmitters.

The relationship between the transmitters and the services is such that one without the other amounts to a void, or more appropriately, a snowy, hissing television screen. Fairness and reasonableness dictate that the tariff take into account this relationship. This should carry with it some measure of mutual responsibility for the payment of a tariff. In my view, to burden only one of the participants in this market with the tariff is unfair. Therefore, both services and transmitters should be licensed as users of SOCAN's repertoire.

Targeting both the transmitters and the services is not novel. Throughout the late 1980s, SOCAN's predecessors, CAPAC and PROCAN, filed⁵ with the Copyright Appeal Board tariffs that recognized the two components that comprise the non-broadcasting system. Such a scheme is as valid today as it was then since nothing has been altered between the transmitters and the services. I subscribe to the insight exhibited by SOCAN's predecessors and endorse a dual licensing approach.

II. QUI DEVRAIT DÉTENIR LA (OU LES) LICENCE(S)?

Les stations de télévision en direct sont leurs propres «transporteurs». Il s'agit là d'une distinction fondamentale entre la télévision conventionnelle et les services non conventionnels. De par leurs conditions de licence, ces derniers ne peuvent rejoindre directement les téléspectateurs : ils doivent le faire par l'intermédiaire des transmetteurs.⁴ Les services produisent et assemblent de la programmation; les transmetteurs offrent cette programmation à leurs abonnés. Il faut donc un «effort conjoint», un «partenariat en action» pour que les téléspectateurs reçoivent les services. Ce rapport entre les services et les transmetteurs est symbiotique. Cette symbiose s'exprime sur le plan contractuel dans l'entente d'affiliation et par le versement de paiements d'affiliation par les transmetteurs aux services pour leur programmation. Ces paiements sont une source importante de revenus pour les services et un coût significatif pour les transmetteurs.

Le rapport qui existe entre le transmetteur et le service est important : sans ce rapport, il ne reste que le néant ou, plus exactement, un écran vide au son déplaisant. Le tarif ne peut être équitable et raisonnable s'il ne tient pas compte de ce rapport. Il devrait en résulter une mesure de responsabilité mutuelle quant au paiement des redevances : selon moi, il serait injuste de faire supporter le fardeau du tarif à un seul des participants dans ce marché. Par conséquent, c'est aux services tout autant qu'aux transmetteurs qu'il faudrait émettre une licence d'utilisation du répertoire de la SOCAN.

Le fait d'assujettir tant les transmetteurs que les services au tarif n'a rien de nouveau. Tout au long de la dernière moitié des années quatre-vingts, la CAPAC et la SDE ont déposé⁵ auprès de la Commission d'appel du droit d'auteur des tarifs qui tenaient compte des deux éléments qui composent le système de télédiffusion non conventionnel. L'à-propos de cette façon de procéder existe toujours : rien n'a changé dans le rapport entre les transmetteurs et les services. Je souscris à la perspicacité dont ont fait preuve les anciennes sociétés de droit d'exécution et j'endors une formule de licence double.

III. TARIFF STRUCTURE

The tariff structure I propose has the following elements:

- ! a price per service;
- ! a price based on the services' revenues (or programming expenditures in the case of cable originated services);
- ! a rate that reflects the relative importance of music for each service;
- ! a preferential rate for small transmission systems; and
- ! co-debtors' contributions.

A. A Price Per Service

I reject the portfolio approach set out in the majority decision for several reasons. First, it makes sense only if the transmitters are the sole licensees. As I have stated, both the services and the transmitters should be licensed under the tariff. Second, the approach relies on broad "groupings", "averages", "adjustments", and "exceptions", to justify a valuation rather than treating each service as a distinct entity. Third, it leaves the transmitters and the services with an omelette they may find difficult to unscramble when the time comes to determine their respective contributions. And finally, assessments made on the basis of the general rate of 1.7 per cent of revenues overvalue the majority of services for their use of music. This "equal" treatment injects elements of unfairness and unreasonableness in the tariff.

A price per service approach has general application, is more precise, is fairer, and yet can be simple to administer. It also makes it possible to adopt different royalty rates for different types of services.

III. LA STRUCTURE TARIFAIRE

La structure tarifaire que je propose comporte les éléments suivants :

- ! un prix par service;
- ! un prix fondé sur les revenus des services (ou sur les dépenses de programmation pour ce qui est des services produits par les télédiffuseurs);
- ! un taux qui tient compte de l'importance relative de la musique pour chacun des services;
- ! un taux préférentiel pour les petits systèmes de transmission; et
- ! les quotes-parts des co-débiteurs.

A. Un prix par service

Plusieurs motifs m'amènent à ne pas souscrire à la formule du portefeuille décrite dans la décision de la majorité. Premièrement, cette façon de procéder n'a de sens que si la licence est émise uniquement aux transmetteurs. Comme je l'ai déjà dit, je crois que les services, tout autant que les transmetteurs, devraient être titulaires de licence en vertu du tarif. Deuxièmement, cette méthodologie, plutôt que de traiter chacun des services comme une entité distincte, fait usage de «regroupements», de «moyennes», d'«ajustements», et d'«exceptions» pour justifier le taux final. Troisièmement, elle sert aux transmetteurs et aux services une omelette qu'il leur sera bien difficile de débrouiller quand viendra le temps d'établir leurs quotes-parts relatives. Enfin, les évaluations qui sont fonction du taux général de 1,7 pour cent des revenus surestiment l'usage de musique de la plupart des services. Ce traitement «égalitaire» incorpore au tarif des éléments déraisonnables et inéquitable.

Une formule fondée sur un prix par service s'applique à tous, est plus précise et plus équitable, tout en étant facile à administrer. Elle fait aussi en sorte qu'il est possible d'assujettir divers types de services à des taux différents.

B. A Price Based on the Services' Revenues

SOCAN opted for a tariff aimed at the transmitters which gave rise to the need for a portfolio approach. Professor Liebowitz's ideal tariff was one that took into account the number of signals each subscriber received and the tier on which the signals were received. However, he concluded: "Although accurate, I believe it would be difficult to implement."⁶ A tariff calculated as a function of the total revenues of the services including grants and contributions and as a function of payments made by transmitters to the services produces a more accurate tariff.

SOCAN argued that collecting royalties from American services may prove difficult. I disagree. I expect that the CRTC would remove from its eligibility list any service that did not meet its obligations to Canadian creators. Furthermore, SOCAN always could seek payment from transmitters, who could then set off the service's contribution against any outstanding affiliation payments.

The tariff base for the American speciality services should be increased to reflect the additional benefit to them of their advertising being viewed in the Canadian market, whether or not they actually received advertising revenues from Canadian sources. For the period 1989 to 1993, advertising revenues of Canadian specialty services represented 43 per cent of their affiliation revenues. I would apply that same ratio to the American services' affiliation revenues from Canadian transmitters and add the resulting amount to the tariff base for American services. The argument of TNN illustrates that the ratio of net advertising revenues to affiliation revenues of American services in the United States is much higher, and would have resulted in a substantially higher gross up factor.⁷

With respect to cable originated services, I would treat programming expenditures here as revenues. The CRTC's "guideline" budget of 5 per cent of basic subscriptions allotted to community channels approximates the transmitters' programming expenditures. The data is publicly available and they form an appropriate base on which to calculate a royalty.

B. Un prix fondé sur les revenus des services

La SOCAN a choisi un tarif qui vise les transmetteurs, ce qui entraîne le recours à la formule-portefeuille. Pour le professeur Liebowitz, le tarif idéal tiendrait compte du nombre de signaux reçus par chaque abonné et du volet dont le signal fait partie. Il en est toutefois venu à la conclusion que [TRADUCTION] «Bien que précis, je crois qu'il serait difficile d'application.»⁶ Un tarif établi en fonction des revenus totaux des services, y compris les subventions et contributions qu'ils reçoivent, ainsi que des paiements effectués par les transmetteurs aux services est un tarif plus précis.

La SOCAN a tort de soutenir qu'il serait difficile de percevoir des redevances des services américains. Le CRTC retirerait sans doute de la liste d'éligibilité un service qui ne s'acquitte pas de ses obligations envers les créateurs canadiens. Qui plus est, la SOCAN pourrait toujours se faire payer par les transmetteurs, qui pourraient par la suite se compenser en déduisant la quote-part du service de leurs paiements d'affiliation.

L'assiette tarifaire des services spécialisés américains devrait être augmentée pour tenir compte des bénéfices additionnels qu'ils obtiennent du fait que leurs messages publicitaires rejoignent le marché canadien et ce, peu importe qu'ils obtiennent ou non des revenus de publicité de sources canadiennes. Entre 1989 et 1993, les revenus de publicité des services spécialisés canadiens représentaient 43 pour cent de leurs revenus d'affiliation. J'appliquerais ce rapport aux revenus d'affiliation canadiens des services américains, et j'ajouterais le résultat à l'assiette tarifaire des services américains. L'argumentation de TNN démontre que le rapport entre les revenus nets de publicité et les revenus d'affiliation des services américains pour leurs opérations aux États-Unis est nettement plus élevé, et engendrerait un facteur d'ajustement beaucoup plus important.⁷

En ce qui concerne les services produits par les télédiffuseurs, j'utiliserais leurs dépenses de programmation comme assiette tarifaire. Le budget «proposé» par le CRTC (5 pour cent de l'abonnement de base) attribué aux canaux communautaires correspond aux dépenses de programmation des transmetteurs. Les données sont disponibles au public et constituent un fondement approprié pour le calcul des redevances.

C. A Relative Rate

While the commercial television tariff formula is the proper starting point, I believe the prevailing rate of 2.1 per cent may be "out of whack" with current market conditions. Since no one argued this in these proceedings I feel bound to use it.⁸

Applying the 2.1 per cent rate, or any single rate, to every service is not fitting. It fails to account for the differences between services and over-the-air stations. Services, by the conditions of their licences, target niche markets. These same conditions impose on them restrictions when it comes to raising advertising revenues. Moreover, the programming patterns are dissimilar. Any relative similarity between them can be made only when one looks at the "average compilation" of all programming in each system. The broad range of programming in the over-the-air system is substantially different from that of any single service.

A single rate also fails to be fair to the services amongst themselves, if only because it fails to respect the unique qualities among the different services.⁹ My colleagues' portfolio signals do use on average the same amount of music as over-the-air broadcasters. This reliance on "averages" unnecessarily distorts reality in this case. Over-the-air broadcasters' use of music tends to be fairly close to the average; this is not true of individual signals in the portfolio.

Each service is unique. The mandate, programming offerings, and music use patterns of each are vastly different. Not all services are alike and they should not be treated alike.

Having said this, I resist any attempt to utilize any one determinant to categorize the services. To do so can lead to abuse. I also feel that setting straight music use ratios to draw the line between low, medium and high intensity music users is inappropriate: services may very well request a

C. Un taux variable

La formule tarifaire pour la télévision commerciale doit servir de point de départ. Cela étant dit, je suis d'avis que le taux actuel de 2,1 pour cent pourrait fort bien être excessif compte tenu des conditions actuelles du marché. Comme cette question n'a pas été soulevée dans la présente affaire, je me dois d'utiliser ce taux.⁸

Il ne convient pas d'appliquer le taux de 2,1 pour cent, ou tout autre taux unique, à tous les services. Cette façon de procéder ne tient pas compte des différences entre les services et la télévision en direct. Les conditions de licence des services leur imposent de cibler des marchés très pointus. Ces mêmes conditions limitent leur capacité de générer des revenus de publicité. Par ailleurs, les formats de programmation sont différents. Il n'existe de similarités, toutes relatives, entre les deux que si l'on examine une « compilation moyenne » de toute la programmation dans chacun des secteurs. Le vaste éventail de programmation offert par la télévision en direct est fort différent de l'offre télévisuelle de n'importe quel service en particulier.

Par ailleurs, un taux unique est source d'injustice pour les services les uns par rapport aux autres, ne serait-ce que parce que cela ne tient pas compte des qualités uniques des divers services.⁹ Certes, les signaux faisant partie du portefeuille défini par mes collègues utilisent, en moyenne, autant de musique que la télévision en direct. En s'en remettant à des « moyennes », on déforme inutilement la réalité dans cette affaire. L'utilisation de musique par chaque station de télévision en direct tend à se rapprocher de la moyenne du groupe; tel n'est pas le cas si l'on examine individuellement les services faisant partie du portefeuille.

Chaque service est unique. Leur mandat, leur offre de programmation et leur habitude d'utilisation de musique varient énormément. Les services ne sont pas tous les mêmes; ils ne devraient pas tous être traités de la même façon.

Je me refuse toutefois à utiliser un seul déterminant pour établir des catégories. Cela pourrait entraîner des abus. Je crois aussi qu'il n'y a pas lieu d'établir des catégories d'usage modeste, moyen et intensif en se servant uniquement de la proportion de temps d'antenne qui contient de la musique : les services

change in category based on a one per cent change in their use of music. Tools such as music use studies are blunt instruments and should not be used in surgical exercises. A more sensible and equitable approach would be to place each service in an appropriate category that best suits its genre. Four categories are set out: (I) music intensive services, (II) general entertainment services, (III) news, weather, and sports services, and (IV) cable originated services.¹⁰

pourraient fort bien demander de changer de catégorie en se fondant sur une fluctuation de un pour cent dans leur utilisation de musique. Les études d'utilisation de musique constituent des instruments imprécis qui conviennent peu au travail de chirurgie. Il est à la fois plus sensé et plus équitable d'identifier chaque service en fonction de la catégorie qui correspond le mieux à son style de programmation. J'établis donc quatre catégories : (I) les services qui font un usage intensif de musique, (II) les services d'intérêt général, (III) les services d'information, de météo et de sports, et (IV) les services produits par les télédiffuseurs.¹⁰

Appropriate rates for each category can be determined by modifying the method of allocation proposed by Showcase:¹¹

Le taux qui convient à chaque catégorie peut être établi en modifiant la méthode d'allocation mise de l'avant par *Showcase* :¹¹

31. Showcase submits that, in the absence of a more acceptable formula for the Canadian market, the relative weight which should be applied to the different categories of music use should be the same as that used in the United States for similar allocation purposes, namely:

31. [TRADUCTION] *Showcase* soumet que, en l'absence d'une formule plus adaptée au marché canadien, la pondération relative qui devrait être appliquée aux diverses catégories de musique devrait être la même qu'aux États-Unis pour fins similaires d'allocation, soit :

Low:	0.364%
Medium:	0.545%
High:	1.270%

Usage modeste :	0,364%
Usage moyen :	0,545%
Usage intensif :	1,270%

I find that the American rates¹² are not relevant for the Canadian experience. These rates reflect the regulatory environment and market conditions in the United States. They appear to have been set as a function of the royalty payments by American over-the-air stations to the American Society of Composers, Authors & Publishers (ASCAP) and Broadcast Music Inc. (BMI). Adopting such rates for the Canadian services would result in inequitable treatment between them and over-the-air broadcasters.

Selon moi, les taux américains¹² ne sont pas pertinents à l'expérience canadienne. Ces taux reflètent l'environnement réglementaire et les conditions de marché aux États-Unis. Ils semblent être fonction des redevances versées à l'*American Society of Composers, Authors & Publishers (ASCAP)* et *Broadcast Music Inc. (BMI)* par les stations américaines diffusant en direct. En utilisant ces taux pour les services canadiens, on créerait une injustice dans le traitement relatif des services par rapport à la télévision en direct.

What is pertinent here is the "relative weighting" of the American rates. These factors are not affected by differences in regulatory regimes or market conditions. When applied to the Canadian commercial television rate¹³, these factors produce viable and satisfactory rates for the Canadian environment. But the rate of 2.1 per cent needs to be adjusted to reflect the difference in programming costs structures between

Ce qui est pertinent à la présente affaire est le «poids relatif» des taux américains. Ces pondérations ne sont pas touchées par les différences de régime réglementaire ou de conditions de marché. En les appliquant au taux auquel est assujettie la télévision commerciale canadienne,¹³ on obtient des taux viables et satisfaisants pour le marché canadien. Cela étant dit, il faut ajuster le taux de 2,1 pour

the over-the-air and non-broadcasting services. The ratio of programming expense to revenue for Canadian pay and specialty services for the period 1989-1993 is 47.7 per cent. Thus, the starting point should be 14 per cent below the commercial television tariff rate, or 1.8 per cent.¹⁴ The resulting category rates and the comparable American rates are set out in Table 1. In both regimes, music intensive services pay more than the over-the-air broadcasters. This is inevitable since the unique nature of their programming would warrant such treatment.

D. Preferential Rate

Small transmission systems are entitled to a preferential rate. This is not a scientific exercise, as the Federal Court of Appeal pointed out in *FWS Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board)*¹⁵. In its first retransmission decision, the Board pursued three objectives which the court found to be acceptable: reducing the administrative and reporting burden, making the royalty burden significantly lighter and recognizing the obligation of the small system to pay for the use of distant signals.

In this instance, there is no need to modify the tariff structure for small systems. Retransmitters do not pay for their distant over-the-air signals; any formula other than a flat fee imposes an additional administrative burden on them. This is not the case here. Small systems, just as larger ones, already have accounting procedures in place to address affiliation fees, which are the base on which their contribution is determined. The argument for "ease of administration" is therefore not an issue. A flat fee is not appropriate; it discriminates against the very small transmitters and unduly advantages the larger (though still small) ones. Fairness again dictates that a system with 1,950 subscribers should pay more than one with 250 subscribers.

The percentage method with a preferred rate is an equitable one to apply in this situation. I would determine the relative contributions of the services

cent pour tenir compte des différentes structures de coûts de programmation des services et de la télévision en direct. Le rapport entre ces coûts et les revenus des services spécialisés canadiens et de télévision payante entre 1989 et 1993 était de 47,7 pour cent. Le point de départ devrait donc être de 1,8 pour cent, soit 14 pour cent de moins que le taux pour la télévision commerciale.¹⁴ Le tableau 1 énumère les taux de catégorie qui en découlent et les taux américains comparables. Dans ces deux régimes, les services qui utilisent beaucoup de musique paient davantage que la télévision en direct. Cela est inévitable : la nature unique de leur programmation exige un tel traitement.

D. Le taux préférentiel

Les petits systèmes de transmission ont droit à un taux préférentiel. La démarche n'a rien de scientifique, comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur)*¹⁵. Dans sa première décision sur la retransmission, la Commission a énoncé trois objectifs que la Cour a jugé acceptables : réduire le fardeau administratif et les obligations de rapport, réduire de façon significative le fardeau de la redevance, et reconnaître l'obligation des petits systèmes de payer pour l'usage de signaux éloignés.

Dans l'espèce, point n'est besoin de modifier la structure tarifaire pour accommoder les petits systèmes. Les retransmetteurs ne paient pas pour leurs signaux éloignés; toute formule autre qu'un prix fixe leur impose donc un fardeau administratif supplémentaire. Tel n'est pas le cas ici. Les petits systèmes, tout comme les plus grands, ont déjà en place des procédures comptables pour tenir compte des paiements d'affiliation qui servent à établir leur quote-part. La «facilité d'administration» n'entre donc pas en compte. Un prix fixe ne convient pas; il cause préjudice aux transmetteurs très petits et favorise indûment les systèmes qui, bien que petits, comptent davantage d'abonnés. Encore une fois, l'équité exige qu'un système comptant 1 950 abonnés paie davantage que celui qui en compte 250.

Il convient ici d'utiliser la méthode du pourcentage, mais à un niveau préférentiel. J'établirais les quotes-parts des services et des transmetteurs de

and the transmitters so as to let the small systems bear only one-tenth of the burden they would otherwise face under the formula I propose. I would not reduce the burden of the services for small systems. The *Act* does not require that the benefits to which the small systems are entitled pass through to the services as well.

E. The Tariff

As a final result then, SOCAN would be entitled to receive royalties totalling 2.3 per cent of a Category I service's revenues, 1.0 per cent of a Category II service's revenues, 0.7 per cent of a Category III service's revenues, and 0.4 per cent of the programming expenditures of cable originated services, Category IV. Estimates of the royalties generated by this tariff are set out in Table 3.

F. Contributions

The Federal Court has generally taken a broad view of the Board's jurisdiction to set a tariff and its "related terms and conditions". I believe that the Board can and should, as a necessary incident to the exercise of that jurisdiction, set the ultimate contribution of transmitters and services to the royalties for which they are jointly and severally liable. Telling SOCAN how much it will be paid is only half the issue in this case: the joint debtors must know their final share of the royalty burden once SOCAN has been paid.

I agree with the Regulatory Impact Analysis Statement attached to the *Programming Undertaking Regulations* according to which all participants in the communication chain share responsibility for payment of royalties for the transmission of musical and other works to the public by telecommunication. This cannot be done without apportioning liabilities. In my view, the record of these proceedings clearly shows that not doing so will create confusion and disruption in the market.

Of course, SOCAN remains entitled to exact payment from either the transmitter or the service for the whole amount. That right is intrinsic to any sort of

façon à ce que les petits systèmes ne supportent que le dixième du fardeau qui leur incomberait par ailleurs en vertu de la formule que je propose. Je ne réduirais pas le fardeau incombant aux services à l'égard des petits systèmes. La *Loi* n'exige pas que la préférence à laquelle les petits systèmes ont droit avantage aussi les services.

E. Le tarif

En fin de compte, la SOCAN aurait donc droit à des redevances totalisant 2,3 pour cent des revenus des services de catégorie I, 1,0 pour cent des revenus des services de catégorie II, 0,7 pour cent des revenus des services de catégorie III, et 0,4 pour cent des dépenses de programmation des services produits par les télédistributeurs, catégorie IV. On trouve au tableau 3 une évaluation des redevances engendrées par ce tarif.

F. Les quotes-parts

Règle générale, la Cour fédérale a interprété de façon libérale la compétence de la Commission pour établir les tarifs et «les modalités y afférentes». Selon moi, la Commission non seulement peut, mais doit, à titre d'accessoire nécessaire à l'exercice de sa compétence, établir les quotes-parts des transmetteurs et des services pour les redevances pour lesquelles ils sont solidairement responsables. Dans cette affaire, il ne suffit pas d'établir ce que la SOCAN recevra : les co-débiteurs solidaires doivent savoir comment se répartir le fardeau des redevances une fois que la SOCAN aura été payée.

Je fais mien l'énoncé contenu dans le résumé de l'étude d'impact de la réglementation joint au *Règlement sur les entreprises de programmation* à l'effet que tous les maillons de la chaîne de communication sont responsables du paiement des droits pour la transmission des œuvres musicales et autres au public par télécommunication. On ne peut y arriver sans établir les quotes-parts. Selon moi, le dossier de la présente affaire confirme clairement que l'absence d'une décision à cet égard engendrera de la confusion et des délais dans le marché.

La SOCAN conserve évidemment son droit d'obtenir paiement de toute la redevance du transmetteur ou du service. Ce droit est inhérent à

joint and several liability. Since this results from the words of the statute or decisions of the courts, the Board cannot curtail it. Only SOCAN can do so through its actions.

Setting the joint debtors' relative contributions is quite a separate issue. The law of restitution is clear. The contributions of joint debtors are not cast in stone; rather, they are to be set in each case as a function of the relative benefits they each derive from the joint activity. I cannot see how a tariff would be fair without setting out to determine what those benefits are.

I believe all revenue sources represent value to the services, while the affiliation payments¹⁶ represent the value of those services to the transmitters. The transmitters see nothing of the other revenues and should not bear any share of the royalty burden attributable to those revenues.

As a result, each service and transmitter should pay for what each offers or consumes in the market. The contribution formula is straightforward:¹⁷

- 1 Each service pays a tariff royalty based on (i) 50 per cent of its total affiliation revenue plus (ii) 100 per cent of its other revenue, including the gross up applicable to American services, times (iii) the service's category rate;
- 1 Each transmitter pays a tariff royalty based on 50 per cent of each service's affiliation payments times the service's category rate;
- 1 Each "small" transmitter pays a tariff royalty on 5 per cent of each service's affiliation payments times the service's category rate;
- 1 Since there is no joint liability in the case of cable originated services, the transmitters would both pay the royalties and bear the burden attributable to those services based on programming expenditures times the service's category rate.¹⁸

la notion même de solidarité, notion dont l'application découle soit de la *Loi*, soit de décisions de justice. La Commission ne peut donc restreindre ce droit. Seule la SOCAN, de par les gestes qu'elle pose, pourrait le faire.

Établir les quotes-parts des co-débiteurs solidaires, c'est tout autre chose. Les règles de droit en matière d'indemnisation sont claires. Ces quotes-parts ne sont pas coulées dans le béton; il faut les établir dans chaque cas en fonction de l'intérêt de chacun dans la dette. Je ne peux concevoir qu'un tarif soit juste sans trancher sur la mesure de ces intérêts.

Je suis d'avis que les services profitent de toutes leurs sources de revenus, alors que les paiements d'affiliation¹⁶ représentent la seule valeur des services pour les transmetteurs. Les transmetteurs ne reçoivent rien des autres revenus; ils ne devraient rien supporter du fardeau de redevances qui en découle.

Par conséquent, chaque service et chaque transmetteur paierait en fonction de ce qu'il offre ou consomme dans ce marché. La formule pour établir les contributions est simple :¹⁷

- 1 chaque service verse une redevance équivalant à (i) 50 pour cent de ses revenus d'affiliation plus (ii) 100 pour cent de ses autres revenus, y compris les revenus de publicité imputés aux services américains, multiplié par (iii) le taux de la catégorie à laquelle le service appartient;
- 1 chaque transmetteur verse une redevance équivalant à 50 pour cent de ses paiements d'affiliation multiplié par le taux de la catégorie à laquelle chaque service appartient;
- 1 chaque «petit» transmetteur verse une redevance équivalant à 5 pour cent de ses paiements d'affiliation multiplié par le taux de la catégorie à laquelle chaque service appartient;
- 1 puisqu'il n'y a pas de solidarité en ce qui concerne les services produits par les télédistributeurs, les transmetteurs versent et supportent le fardeau attribuable à ces services, en fonction de leurs coûts de programmation multiplié par le taux de la catégorie à laquelle le service appartient.¹⁸

I believe this approach would be easy to administer for all parties. Each has the data available to determine what its liability is without having to resort to information in the hands of a third party. If SOCAN collects all the fees from one of them, that person is able to determine the contribution of the other using a simple mathematical operation, what one pays minus one's contribution.

The law of contribution almost systematically allows co-debtors to sort out their final shares of the debt through contracts. The marketplace should be allowed to play its role here. The tariff can be formulated in such a way that contractual agreements between services and transmitters which deal with issues of contribution have their full effect.

IV. LEGAL FOUNDATION

A fair and equitable tariff should target both the transmitters and the services. Holding the transmitters liable raises no difficulties; doing so for services requires a little more thought. Before September 1, 1993, services are liable for the transmitters' public performances either because they authorized the performances or because they were joint performers.

A. Authorization

"Authorization" constitutes a separate protected use under the *Act*.¹⁹ To "authorize" is to "sanction, approve and countenance".²⁰ Only the authorization of a protected use constitutes a protected use. The act of authorization is not, however, limited to granting or purporting to grant the right to perform. Where certain relationships exist between a person and the actual performer, or where the person's conduct displays certain characteristics, an "authorization" will have occurred.²¹

The likelihood of such an occurrence increases with the degree of control exercised by a person over the actual performer, the extent to which her commercial interests are linked to the performance, and the knowledge she has, or should have, that a

Selon moi, cette méthode est facile à administrer pour tous les intéressés. Chacun dispose des données nécessaires à établir sa part de responsabilité sans devoir avoir recours à des renseignements détenus par d'autres. Si la SOCAN décide de percevoir toute la redevance de l'un d'entre eux, la personne qui a acquitté la dette est en mesure d'établir la quote-part du co-débiteur en déduisant sa propre quote-part de ce qu'il a payé.

Le droit de l'indemnisation permet presque toujours aux co-débiteurs d'établir par contrat leurs quotes-parts d'une dette. Il faudrait permettre au marché de jouer son rôle à cet égard. Il est possible de formuler le tarif de façon à ce que les ententes contractuelles conclues entre un service et un transmetteur aient préséance sur le tarif à cet égard.

IV. LE FONDEMENT JURIDIQUE

Pour que le tarif soit juste et équitable, les services devraient y être assujettis tout autant que les transmetteurs. La responsabilité des transmetteurs en la matière est patente; il est un peu plus difficile d'en arriver à la même conclusion pour les services. Avant le 1^{er} septembre 1993, les services sont responsables des exécutions publiques effectuées par les transmetteurs soit parce qu'ils ont autorisé ces exécutions, soit à titre de co-exécutants.

A. L'autorisation

La *Loi* fait de l'«autorisation» un usage protégé distinct.¹⁹ «Autoriser», c'est «sanctionner, approuver ou soutenir». ²⁰ Seul le fait d'autoriser un usage protégé constitue un usage protégé. Le fait d'autoriser n'est toutefois pas limité aux seuls cas où une personne octroie ou prétend octroyer le droit d'exécution. L'existence de certains rapports entre une personne et l'exécutant, de même que certains aspects de la conduite de cette personne, permettent d'établir s'il y a eu «autorisation» au sens où l'entend la *Loi*.²¹

Plus une personne contrôle l'exécutant, plus ses intérêts financiers sont liés à l'exécution, plus elle sait, ou aurait dû savoir, qu'une œuvre protégée serait exécutée en public, plus les chances que cette personne ait «autorisé» l'exécution sont grandes.

public performance of a protected work might take place. That likelihood decreases when the tools or means supplied to the actual performer can be used to effect either the performance of unprotected works or unprotected performances. I find that services authorize the transmitters' performances.

The services dictate the musical works transmitters perform in public.²² They know and expect that their signals will be used to effect a protected use for which they have not cleared the rights: their contractual arrangements "clearly contemplate that the sole use of the [signal] is to be the production of audible and visual messages from the subscriber's television set".²³ Their financial success depends on these transactions. The essential consideration of their contractual relationship with transmitters is that the signal, in its entirety and without alterations,²⁴ be supplied by the transmitter to its subscribers. This, to me, constitutes "authorization".

This is quite different from other situations outlined in the decisions of Canadian courts. These focused on the lack of control exercised by the person alleged to have authorized a protected use. In *Vigneux*, the person renting out a record playing machine had no control over its use, and "no voice as to whether at any particular time it was to be available to the restaurant customers or not."²⁵ Muzak authorized the use of its recordings in performances, but did not authorize the performances.²⁶ In *de Tervagne*, the person who leased a theatre in which an infringing performance had taken place exercised no control on the use of the theatre.

The *CTV* decision and the earlier decision in *CAPAC v. CTV*²⁷ are of no use in this respect. They do not address authorization as a separate use within the meaning of subsection 3(1) of the *Act*. These decisions do hold that a person cannot be held liable for facilitating a protected use already authorized by the owner of the rights in the work. However, cable operators are not yet licensed by SOCAN for the purposes of Tariff 17.

Ces chances diminueront d'autant si les outils ou les moyens mis à la disposition de l'exécutant peuvent servir à l'exécution d'œuvres relevant du domaine public ou encore, à des exécutions qui ne sont pas protégées par le droit d'auteur. J'en conclus que les services ont autorisé les exécutions auxquelles les transmetteurs se sont livrés.

Le service détermine quelles œuvres musicales le transmetteur exécute en public.²² Il sait fort bien, il espère même, que son signal soit utilisé pour se livrer à un usage protégé pour lequel les droits n'ont pas été libérés : le contrat d'affiliation «prévoit clairement que la prestation du [signal] consiste uniquement à faire produire par le téléviseur de l'abonné ... des messages sonores et visuels». ²³ Son succès financier dépend de ces transactions. La considération essentielle de sa relation contractuelle avec le transmetteur est que le signal soit fourni intégralement et sans modifications²⁴ par ce dernier à ses abonnés. Cela, selon moi, établit qu'il y a eu «autorisation».

La présente affaire est fort différente des situations décrites dans les décisions de tribunaux canadiens. Celles-ci font ressortir le peu de contrôle exercé par la personne qu'on disait avoir autorisé un usage protégé. Dans l'arrêt *Vigneux*, celui qui louait un phonographe n'en contrôlait pas l'utilisation, et n'avait [TRADUCTION] «pas voix au chapitre pour ce qui était de la question de savoir si, à un moment donné, cette machine devait être disponible pour les clients du restaurant.»²⁵ Muzak autorisait l'utilisation de ses enregistrements pour effectuer des exécutions, mais n'autorisait pas les exécutions comme telles.²⁶ Dans l'arrêt *de Tervagne*, il fut établi que le locateur d'un théâtre dans lequel une exécution en violation du droit d'auteur avait eu lieu n'exerçait aucun contrôle sur la façon dont la salle était utilisée.

L'arrêt *CTV* et la décision antérieure dans l'arrêt *CAPAC c. CTV*²⁷ ne sont pas pertinents. Ils ne traitent pas de l'autorisation en tant qu'usage distinct au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi*. Ces décisions établissent certes que celui qui facilite un usage protégé qui a déjà été autorisé par le titulaire de droits ne viole pas le droit d'auteur. Cela étant dit, les télédistributeurs ne détiennent toujours pas de licence de la SOCAN pour les utilisations prévues par le tarif 17.

B. Joint Performers

In the alternative, I find that the services are joint performers with the transmitters. Services and transmitters "act in concert with one another pursuant to a common design":²⁸ to reach the audience. They cannot achieve their individual objectives without the cooperation of the other.

It is incorrect to state that liability flowing from a joint performance cannot exist without an actual infringement. The proposition that a person who procures a breach of copyright is liable jointly and severally with the infringer is only a corollary of the proposition that the person who procures a protected use is jointly and severally liable with the user for any royalties that may be owed. The essence of the joint act is that it involves persons acting in concert with one another pursuant to a common design. An act can be legal and constitute joint use.

C. Proper Notice

Some services maintain that since they had not been named in SOCAN's proposed statement, they could not be targeted in the proposed tariff. I reject this argument. Not being named in a proposed statement does not deprive a person of adequate notice of the proceedings. Liability flows from the *Act*, irrespective of the language of the tariff. As long as the uses for which a person may be liable are clearly set out in the proposed statement, it is that person's responsibility to determine which of those uses he may be liable for, and to object accordingly.²⁹

V. THE TARIFF FOR 1995

I would have no problem with setting the tariff for 1995 if the approach I am putting forward were used. The self-adjusting nature of the formula would ensure that the new services would be appropriately taken into account.

Since this is not the case, I am opposed to dealing with the 1995 application right away. The lack of

B. Les services sont des co-exécutants

Subsidiairement, j'en viens à la conclusion que les services sont des co-exécutants. Le service et le transmetteur [TRADUCTION] «agissent de concert et dans un but commun» :²⁸ rejoindre leur public. Ils ne peuvent atteindre leurs objectifs personnels sans collaborer l'un avec l'autre.

Il n'est pas vrai de dire que la responsabilité du co-exécutant n'existe que s'il y a violation du droit d'auteur. Le principe voulant que celui qui participe à une violation du droit d'auteur soit solidairement responsable de la violation n'est qu'un corollaire du principe voulant que celui qui participe à une utilisation protégée soit solidairement responsable, avec l'utilisateur, des redevances à payer. Ce qui est essentiel pour qu'il y ait co-exécution, c'est que deux personnes agissent de concert et dans un but commun. On peut devenir co-exécutant en posant un geste légal.

C. L'avis suffisant

Je rejette l'argument, mis de l'avant par certains services, à l'effet qu'ils ne peuvent être assujettis au tarif parce qu'ils ne sont pas désignés comme éventuels titulaires de licence dans le projet de tarif de la SOCAN. Point n'est besoin qu'une personne soit nommément désignée dans un projet de tarif pour qu'elle ait été avisée de son dépôt en temps utile. C'est la *Loi*, sans égard au texte du tarif, qui détermine qui peut être tenu responsable du paiement de redevances. Tant et aussi longtemps que le projet de tarif énonce clairement les utilisations qui entraînent l'obligation de payer des redevances, il incombe à chaque individu de déterminer les utilisations auxquelles il pourrait se livrer, et de formuler les oppositions qui s'imposent.²⁹

V. LE TARIF POUR L'ANNÉE 1995

Je n'aurais pas de difficultés à établir le tarif pour 1995 si la formule que j'ai mise de l'avant était retenue. Comme elle s'ajuste d'elle-même, la formule garantirait qu'il soit tenu compte comme il convient des nouveaux services.

Puisque ce n'est pas le cas, je m'oppose à ce qu'on traite du tarif pour 1995 dès maintenant. Le manque

available data, the arrival of new services, the redesigning of the extended basic tier, and the market reaction to the marketing efforts of the new services all lead me to think that under the formula set out in the majority decision, the 1995 tariff warrants special, separate consideration.

VI. CONCLUSION

The words of Thorson J. (former Chairman of the Copyright Appeal Board) are as valid today as they were in 1958 when the Board used the American rate of 2.05 per cent to set the PROCAN and CAPAC tariff rates for commercial television:

"...But perhaps the United States model is the best one which we have got. There would be differences, and therefore the Board should take matters into account.

...And the Board is not wedded to any American pattern. But it has used the American pattern in order to arrive at what the Board considers a fair tariff. After all, that is the first consideration, and really the only one."³⁰

de données, l'arrivée de nouveaux services, la transformation du volet de base élargi, et la réaction du marché aux efforts de mise en marché des nouveaux services sont autant de facteurs qui m'amènent à penser que si l'on utilise la formule tarifaire mise de l'avant par la majorité, le tarif pour 1995 mérite qu'on l'examine de façon spéciale et séparée.

VI. CONCLUSION

Le commentaire du juge Thorson (ancien président de la Commission d'appel du droit d'auteur) reste tout aussi valide aujourd'hui qu'il l'était en 1958 lorsque la Commission a utilisé le taux américain de 2,05 pour cent pour établir le tarif de la CAPAC et de la SDE pour la télévision commerciale :

«[TRADUCTION] ...Cela étant dit, peut-être que le modèle américain est le meilleur dont nous disposons. Des différences existent, et la Commission devrait donc en tenir compte.

...La Commission n'est d'ailleurs pas tenue de s'en tenir à un quelconque modèle américain. Mais elle a utilisé le modèle américain pour en arriver à ce qu'elle croit être un tarif équitable. Après tout, il s'agit là de la première, de la seule considération.»³⁰

ENDNOTES

1. The term refers to non-broadcast television signals which are programming undertakings within the meaning of the *Broadcasting Act*.
2. The term refers to distribution undertakings within the meaning of the *Broadcasting Act* and includes such entities as cable operators, DTH operators (CANCOM), the telephone companies (Telcos), Multipoint Distribution Systems (MDS), Local Multipoint Communications Systems (LMCS), and other such transmitters of non-broadcast television signals.
3. The majority decision adjusts the portfolio rate only. I believe all the services should be included in determining the adjustment. As such, this results in a smaller rate reduction than theirs.
4. The only possible exception is cable-originated services. The tariff formula I outline later deals with that issue.
5. On September 1, 1988, Tariff No. 17 and Tariff No. 19 were filed by CAPAC and PROCAN and these were subsequently certified by the Copyright Appeal Board on December 17, 1988. Each society's Tariff No. 17 targeted cable operators and such other transmitters as licensees and the licence fee was set at "½ of 1 per cent of the gross annual amount paid by or for each subscriber to the service". With respect to their Tariff No. 19, a flat licence fee totalling \$250,000 was levied at MuchMusic/*MusiquePlus*, two non-broadcasting services. (See MuchMusic-29)
6. SOCAN-8, p.18
7. *Gaylord* Argument, Schedule 6.B.2, p.3

NOTES

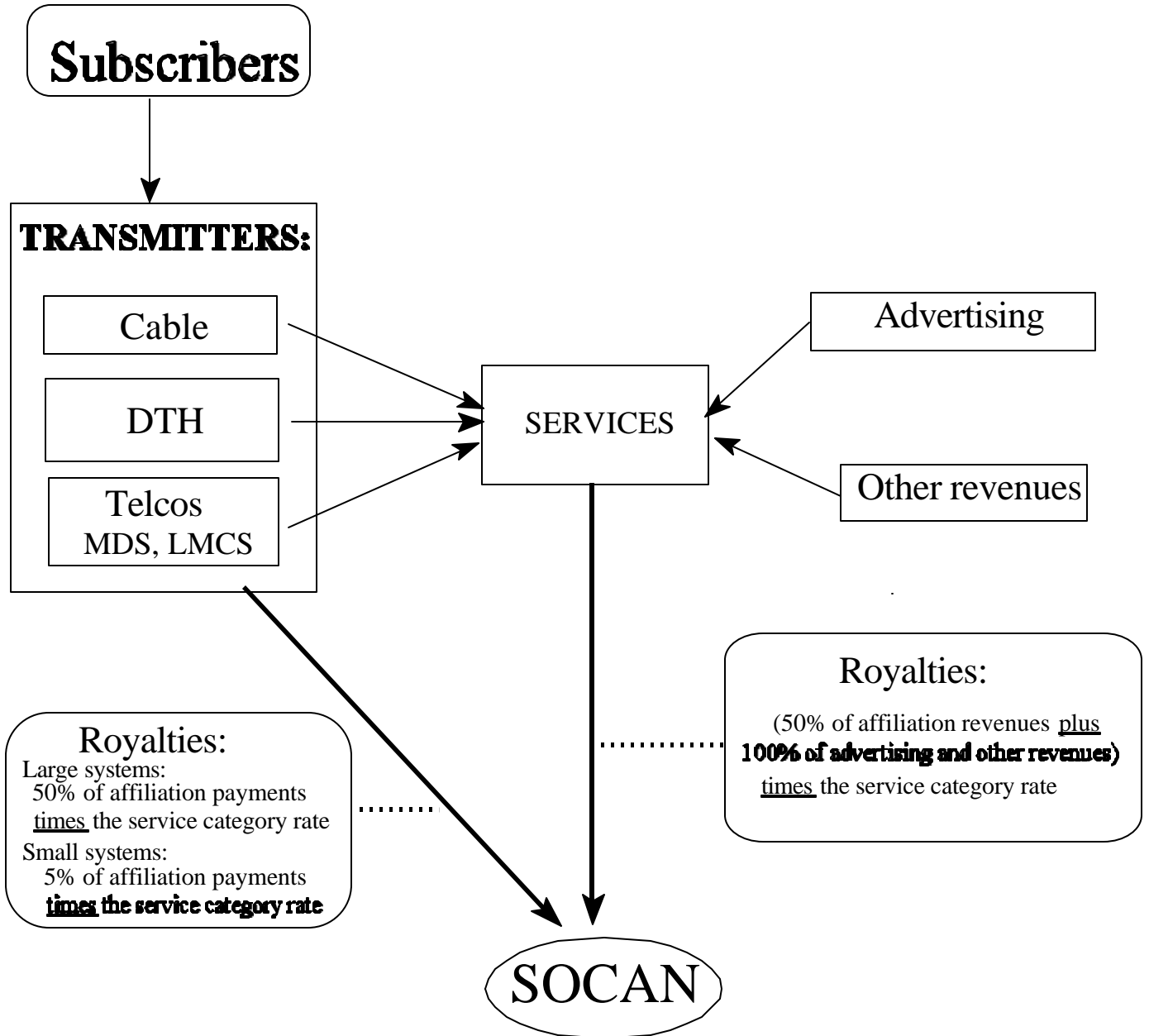
1. Les signaux de télévision non conventionnels qui constituent des entreprises de programmation tel que défini dans la *Loi sur la radiodiffusion*.
2. Les entreprises de distribution au sens où l'entend la *Loi sur la radiodiffusion*. Cela comprend les télédistributeurs, les exploitants de SRD (CANCOM), les entreprises de télécommunications, les systèmes de distribution multipoints (SDM), les systèmes de communication locale multipoints (SCLM) et les autres personnes qui transmettent des signaux de télévision non conventionnels.
3. La décision majoritaire ne procède à cet ajustement qu'à l'égard des signaux inclus dans le portefeuille. Selon moi, il faut tenir compte de tous les services dans cet ajustement. Il en découle une diminution moins importante que la leur.
4. Les services produits par les télédistributeurs font exception. La formule tarifaire que je propose tient compte de cette différence.
5. Le 1^{er} septembre 1988, tant la CAPAC que la SDE déposaient des projets de tarif 17 et 19, qui furent par la suite homologués par la Commission d'appel du droit d'auteur le 17 décembre 1988. Les tarifs 17 désignaient le télédistributeur et autres transmetteurs comme titulaire d'une licence dont la redevance était établie à «½ de 1 pour cent du montant annuel brut payé par ou pour chaque abonné au service». Quant aux tarifs 19, un forfait totalisant 250 000 \$ devait être versé par *MuchMusic/MusiquePlus*, deux services non conventionnels. (Voir la pièce *MuchMusic-29*)
6. Pièce SOCAN-8, p.18.
7. Argumentation de *Gaylord*, annexe 6.B.2, p. 3

8. The approach I take to arrive at a tariff formula lends itself to any adjustment that may become necessary as a result of a review of the commercial television tariff rate. I also take the view that the adoption of the 2.1 per cent rate for Tariff 17 does not in any way ratify or entrench the 2.1 per cent rate for Tariff 2.A forever.
9. I do not subscribe to the implication that a blanket licence necessitates a blanket rate applicable to all.
10. I would deal with educational services in the same manner as with TVOntario or *Radio-Québec*.
11. Showcase - Argument, p.7
12. Response to Interrogatory - 40
13. The rate for the Canadian commercial television tariff has American roots. The Copyright Appeal Board in 1958 used the comparable rate of 2.05 per cent established in the United States at that time to determine the appropriate rates for the two tariffs filed by PROCAN and CAPAC.
14. Had relevant and reliable Kagan statistics for the American services been made available, the rate may have been further adjusted downwards.
15. [1992] 1 F.C. 487 (C.A.).
16. Whether freely negotiated or set by the CRTC.
17. See Figure 1, Table 2 and Table 3.
18. Category IV rates.
19. See H.G. Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, (2d. ed.) 1967, Carswell, at 334.
8. La démarche que je retiens pour en arriver à une formule tarifaire se prête aux ajustements qui pourraient devenir nécessaires si le taux applicable à la télévision commerciale était révisé. Je suis aussi d'avis que le fait d'utiliser le taux de 2,1 pour cent comme point de départ pour le tarif 17 ne signifie en rien une ratification ou un enchâssement à jamais de ce taux pour le tarif 2.A.
9. Je ne crois pas qu'un taux d'application générale est nécessaire dans une licence générale.
10. Je traiterais des services éducatifs de la même façon que TVOntario ou Radio-Québec.
11. Argumentation écrite de *Showcase*, p.7.
12. Réponse à la demande de renseignements - 40.
13. Le taux applicable à la télévision commerciale canadienne a des racines américaines. En 1958, la Commission d'appel du droit d'auteur avait utilisé le taux comparable de 2,05 pour cent applicable à l'époque aux États-Unis pour établir les taux qui convenaient aux deux tarifs déposés par la SDE et par la CAPAC.
14. L'ajustement à la baisse aurait pu être plus important si on avait disposé de données *Kagan* pertinentes et fiables pour les services américains.
15. [1992] 1 C.F. 487 (C.A.).
16. Qu'ils soient négociés librement ou fixés par le CRTC.
17. Voir graphique 1, tableau 2 et tableau 3.
18. Le taux de la catégorie IV.
19. Voir H.G. Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, (2d. ed.) 1967, Carswell, p. 334.

20. See, for example, *Underwriters' Survey Bureau Ltd. v. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] 2 D.L.R. 31 at p. 46, quoted in *de Tervagne v. Beloeil (Town)* (T.D.), [1993] 3 C.F. 227, at p. 237 h-i. [*de Tervagne*]
21. *de Tervagne*, at 245g.
22. The transmitter's situation is analogous to that of a band whose contract would specify which works will be performed during an engagement: I have no doubt that in such a case, the person who hired the band would be found to have authorized the band's performance, or even to be the actual performer of the works.
23. This is a paraphrase of the *CCTA* decision on the issue of authorization, at 155e-156a.
24. Even alterations that would prevent a copyright infringement.
25. *Vigneux v. Canadian Performing Rights Society Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.), at 123.
26. *Muzak Corporation v. Composers, Authors & Publishers Association of Canada Ltd.* (1953), 19 C.P.R. 1. (S.C.C.)
27. [1968] S.C.R. 676. [*CAPAC*]
28. *CBS Songs Ltd. v. Amstrad plc* [1988] 2 All.E.R. 485, at 495-6.
29. I doubt if anyone would argue, for example, that legion halls are not liable under Tariff No. 8 for the sole reason that legion halls are not sufficiently singled out in that particular tariff.
30. Transcripts, p. 139, Commercial Television Tariff Hearings, 1958.
20. Voir, par exemple, l'arrêt *Underwriters' Survey Bureau Ltd. v. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] 2 D.L.R. 31, 46, cité dans *de Tervagne c. Beloeil (Ville de)* (1^{re} inst.), [1993] 3 C.F. 227, 237 h-i. [*de Tervagne*]
21. *de Tervagne*, 245g.
22. La situation du transmetteur ressemble à celle d'un ensemble musical dont le contrat préciserait les œuvres qui seront exécutées : je suis certain qu'en présence d'un tel contrat, le tribunal en viendrait à la conclusion que la personne qui a retenu les services de l'ensemble a autorisé l'exécution de ces œuvres, ou même que cette personne en est l'exécutant au premier titre.
23. Il s'agit là d'une paraphrase de l'arrêt *ACTC* sur la question de l'autorisation, aux pp. 155e-156a.
24. Même celles qui pourraient éviter une violation du droit d'auteur.
25. *Vigneux c. Canadian Performing Rights Society Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.), 123.
26. *Muzak Corporation c. Composers, Authors & Publishers Association of Canada Ltd.* (1953), 19 C.P.R. 1. (C.S.C.)
27. [1968] R.C.S. 676. [*CAPAC*]
28. *CBS Songs Ltd. v. Amstrad plc* [1988] 2 All.E.R. 485, 495-6.
29. Je ne crois pas qu'on puisse prétendre que les salles de la Légion ne sont pas assujetties au tarif 8 au seul motif qu'elles ne sont pas nommément désignées dans le tarif en question.
30. Transcriptions, p. 139, audiences portant sur le tarif pour la télévision commerciale, 1958.

Figure 1

Revenue Flow and Royalty Calculation



Graphique 1

Flux des revenus et calcul des redevances

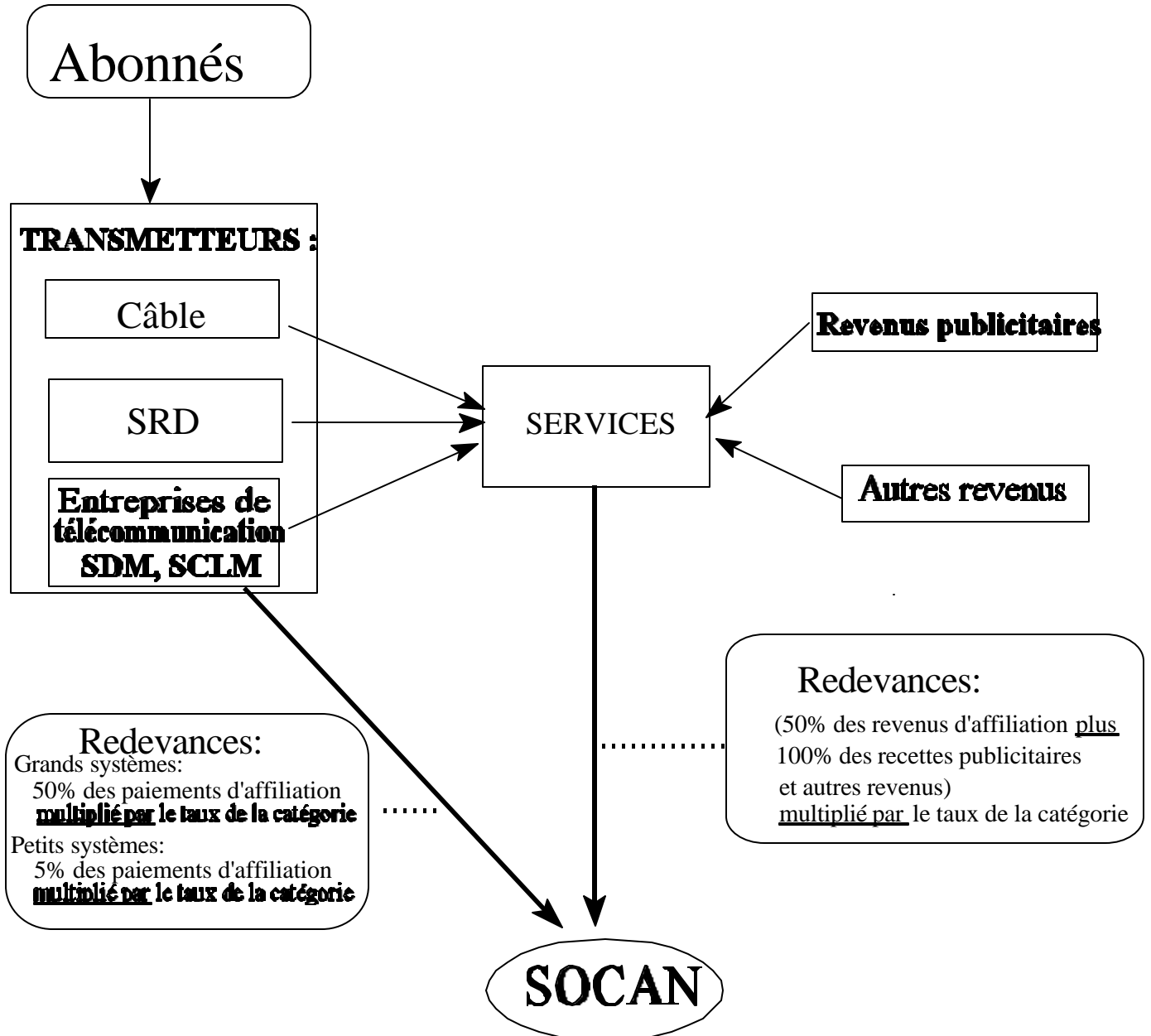


TABLE 1 / TABLEAU 1
Category Rates / Taux selon la catégorie

Service Category Catégorie de service	Weighting Factor to Apply to the Adjusted Commercial Television Rate Facteur de pondération à appliquer au tarif ajusté de télévision commerciale [1]	Canadian Rate for Services Taux canadiens ([1]*.018)	American Comparable Rate Taux américain comparable ([1]*.011) [2]
Music Intensive Services de musique [3]	1.270	2.3%	1.4%
General Entertainment Services d'intérêt général [4]	0.545	1.0%	0.6%
News, Weather, Sports Information, météo et sports [5]	0.364	0.7%	0.4%
Cable Originated Services produits par les télédistribeurs [6]	0.195 [7]	0.4%	0.2% [8]

- [1] The weighting factor to be applied to the adjusted commercial television tariff to obtain the rate applicable to services subject to Tariff 17./ Facteur de pondération qui, multiplié par le tarif ajusté de la télévision commerciale, donne le taux applicable aux services assujettis au tarif 17.
- [2] These reflect the combined ASCAP and BMI rates attributed to the various services./ Il s'agit des taux combinés de ASCAP et BMI appliqués aux différents services.
- [3] MuchMusic, MusiquePlus, TNN, CMT, Country Music Network.
- [4] A&E, YTV, Discovery Channel, Super Channel, TMN, Super Écran, Family Channel, Cathay, Learning Channel, Vision TV, Canal D, MovieMax!, Bravo!, Home Theatre, Classic Channel, Silent Network, TV5, Viewers' Choice, Black Entertainment TV, Life Network, Chinavision, Telelatino, ASN, Showcase, WTN, Comedy Central, Lifetime Television, USA Network, Canal Famille.
- [5] RDI, Newsworld, Météomedia/Weather, (CNN-2), CNBC/FNN, Weather Channel, TSN, RDS, CNN.
- [6] These include community channels, Barker and alphanumeric services. / Le canal communautaire, les canaux d'autopublicité et les services alphanumériques sont inclus.
- [7] The decrease in the American weights is not constant. The decrease is greater from music intensive to general entertainment than it is from the latter to news, weather and sports. In order to derive the cable originated weight, I have calculated a constant decreasing rate using the two end points. This rate is 46.5%. Thus, decreasing the music intensive weight by 46.5% twice gives the news, weather and sports weight of 0.364. Decreasing that weight by 46.5% generates the 0.195 weight. / La réduction entre les facteurs de pondération américains n'est pas constante. Elle est plus importante entre les services de musique et les services d'intérêt général qu'entre ces derniers et les services d'information, météo et sports. Le facteur applicable aux services produits par les télédistribeurs est dérivé en présumant un taux de réduction constant entre les deux points extrêmes. Donc en réduisant deux fois de 46,5% le facteur de pondération des services de musique, on obtient le facteur des services d'information, météo et sports, 0,364. En réduisant celui-là de 46,5%, on obtient le facteur de 0,195.
- [8] This rate does not exist in the American scheme. It is placed here for comparable purposes only. / Ce taux n'existe pas aux États Unis. Il est mentionné uniquement à titre de comparaison.

TABLE 2 / TABLEAU 2
Detail of the Estimation of Royalties Generated in 1993 / Calcul détaillé de l'estimation des redevances pour 1993

Services Category Catégorie du service	Affiliation payments Paiements d'affiliation [1]	Other revenue Autres revenus [2]	Category rate Taux de la catégorie [3]	Transmitters' royalties Redevances des transmetteurs [4]	Services' royalties Redevances des services [5]	Total
I - Music Intensive / Services de musique						
MusiquePlus	\$2,090,739	\$7,890,541	0.023	\$24,043	\$205,526	\$229,569
MuchMusic	\$7,774,998	\$15,106,883	0.023	\$89,412	\$436,871	\$526,283
TNN	\$17,427,635	\$7,493,883	0.023	\$200,418	\$372,777	\$573,195
CMT	\$2,013,780	\$865,925	0.023	\$23,158	\$43,075	\$66,233
II - General Entertainment / Services d'intérêt général						
Family Channel	\$16,978,590	\$27,417	0.010	\$84,893	\$85,167	\$170,060
Super Channel	\$22,547,507	\$0	0.010	\$112,738	\$112,738	\$225,475
First Choice	\$46,414,508	\$61,560	0.010	\$232,073	\$232,688	\$464,761
Viewers Choice	\$7,984,657	\$0	0.010	\$39,923	\$39,923	\$79,847
Home Theatre	\$1,767,017	\$0	0.010	\$8,835	\$8,835	\$17,670
Super Écran	\$20,783,660	\$0	0.010	\$103,918	\$103,918	\$207,837
Telelatino	\$1,333,743	\$1,586,868	0.010	\$6,669	\$22,537	\$29,206
Chinavision	\$1,977,170	\$1,713,562	0.010	\$9,886	\$27,021	\$36,907
Cathay	\$2,369,287	\$1,761,057	0.010	\$11,846	\$29,457	\$41,303
Vision TV	\$0	\$6,578,436	0.010	\$0	\$65,784	\$65,784
YTV	\$22,339,865	\$12,315,583	0.010	\$111,699	\$234,855	\$346,554
TV5	\$6,676,658	\$7,004,307	0.010	\$33,383	\$103,426	\$136,810
Canal famille	\$12,402,857	\$0	0.010	\$62,014	\$62,014	\$124,029
ASN	\$0	\$6,973,155	0.010	\$0	\$69,732	\$69,732
A&E	\$19,059,599	\$8,195,628	0.010	\$95,298	\$177,254	\$272,552
III - News, Weather, Sports / Information, Météo, Sports						
Réseau des sports	\$25,062,428	\$6,761,017	0.007	\$87,718	\$135,046	\$222,764
Météomédia	\$19,253,693	\$1,411,687	0.007	\$67,388	\$77,270	\$144,658
The Sports Network	\$76,822,470	\$42,615,879	0.007	\$268,879	\$567,190	\$836,068
CBC Newsworld	\$30,474,000	\$8,742,000	0.007	\$106,659	\$167,853	\$274,512
CNN	\$12,516,242	\$5,381,984	0.007	\$43,807	\$81,481	\$125,288
IV - Cable Originated Services programmés par les télédistributeurs		\$75,145,411	0.004	\$300,582	\$0	\$300,582
GRAND TOTAL				\$2,125,240	\$3,462,439	\$5,587,679

[1] The affiliation revenue figures for the Canadian services are taken from SOCAN-8 and include DTH revenues. The US figures are from the joint submission on behalf of Opryland USA Inc., owners of TNN and CMT. / On trouve les revenus d'affiliation des services canadiens à

la pièce SOCAN-8. Les revenus de SRD sont inclus. Les données sur les signaux américains proviennent de l'argumentation écrite de Opryland USA Inc., propriétaire de TNN et CMT.

- [2]** The other revenues for the Canadian services are taken from SOCAN-8. Advertising revenues are included in this data. The imputed advertising revenues for the American services are calculated on the basis of the average ratio of advertising revenue to affiliation revenue for the period 1989-1993 applied to the affiliation payments to those four services. / Les données sur les revenus d'autres sources des services canadiens proviennent de la pièce SOCAN-8. Ils comprennent les recettes publicitaires. Les recettes publicitaires imputées aux services américains sont dérivées en multipliant les recettes d'abonnement par le rapport entre les recettes publicitaires des services canadiens et leurs revenus d'abonnement pour la période 1989-1993.
- [3]** See TABLE 1 / Voir TABLEAU 1
- [4]** The transmitters' share is 50% of the affiliation payments times the category rate. / La part du transmetteur est de 50% des paiements d'affiliation multiplié par le taux de la catégorie.
- [5]** The services' share is equal to 50% of the affiliation revenues added to the advertising and other revenues, times the category rate. / La part des services est de 50% des recettes d'affiliation plus les recettes publicitaires et autres revenus, multiplié par le taux de la catégorie.

	1990	1991	1992	1993	1994*
Services Services	\$2,180,283	\$2,496,821	\$3,062,318	\$3,462,439	\$3,746,660
Transmitters Transmetteurs	\$1,475,778	\$1,596,089	\$1,899,243	\$2,125,240	\$2,291,083
Total	\$3,656,062	\$4,092,910	\$4,961,561	\$5,587,679	\$6,037,744

SOURCE: The data for 1990-1993 is from SOCAN-8 for the Canadian services and the community channel, from MuchMusic-36 for ASN, and from the Joint Submission on Behalf of Opryland USA Inc. for A&E, CMT, TNN and CNN. Les données pour 1990-1993 proviennent de SOCAN-8 pour les services canadiens et le canal communautaire, de MuchMusic-36 pour ASN, et de l'argumentation écrite de Opryland USA Inc., pour A&E, CMT, TNN et CNN.

*For the 1994 estimate, the Canadian data is from CRTC. ASN is an extrapolation from the 1993 data using the average growth rate for the period 1990-1993. The US data is adjusted using the average increase in the monthly subscription rate for the period 1990-1993 to calculate a rate for 1994 and multiplying it by the number of subscribers to the services in 1993. / L'estimation pour les services canadiens en 1994 est faite à partir des données du CRTC. Les données de ASN sont une extrapolation des données de 1993 faite en se servant de l'augmentation moyenne de la période 1990-1993. Pour les services américains, on évalue le tarif d'abonnement pour 1994 en augmentant le tarif de 1993 par l'augmentation moyenne de ce tarif entre 1990 et 1993. Ce montant est ensuite multiplié par le nombre d'abonnés aux services en 1993.

Totals may not add due to rounding. These estimates do not take into account the preferential tariff for small systems. Il est possible que les totaux du tableau ne soient pas exacts car les données sont arrondies. Ces estimations ne tiennent pas compte du taux préférentiel accordé aux petits systèmes.