

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

FILE: Educational Rights 1999-2002

DOSSIER : Droits éducatifs 1999-2002

**Use of Broadcast Programs by Educational
Institutions**

**Utilisation par les établissements
d'enseignement d'émissions radiodiffusées**

Copyright Act, subsection 73(1)

Loi sur le droit d'auteur, paragraphe 73(1)

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE
COLLECTED BY ERCC FROM EDUCATIONAL
INSTITUTIONS IN CANADA, FOR THE
REPRODUCTION AND PERFORMANCE OF
WORKS OR OTHER SUBJECT-MATTERS
COMMUNICATED TO THE PUBLIC BY
TELECOMMUNICATION FOR THE YEARS 1999
TO 2002

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR
LA SCGDE DES ÉTABLISSEMENTS
D'ENSEIGNEMENT AU CANADA, POUR LA
REPRODUCTION ET L'EXÉCUTION D'ŒUVRES
OU AUTRES OBJETS DU DROIT D'AUTEUR
COMMUNIQUÉS AU PUBLIC PAR
TÉLÉCOMMUNICATION POUR LES ANNÉES
1999 À 2002

DECISION OF THE BOARD

DÉCISION DE LA COMMISSION

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

Justice John H. Gomery
Mr. Stephen J. Callary
Mr. Andrew E. Fenus

M. le Juge John H. Gomery
M. Stephen J. Callary
M. Andrew E. Fenus

Date of the Decision

Date de la décision

October 25, 2002

Le 25 octobre 2002

Ottawa, October 25, 2002

Ottawa, le 25 octobre 2002

File: Educational Rights 1999-2002

Dossier : Droits éducatifs 1999-2002

Use of Broadcast Programs by Educational Institutions

Utilisation par les établissements d'enseignement d'émissions radiodiffusées

Reasons for the decision certifying ERCC's tariff for the use of broadcast programs by educational institutions for the years 1999 to 2002

Motifs de la décision homologuant le tarif de la SCGDE pour l'utilisation par les établissements d'enseignements d'émissions radiodiffusées pour les années 1999 à 2002

EDUCATIONAL INSTITUTIONS AND COPYRIGHT

LES ÉTABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT ET LE DROIT D'AUTEUR

Educational institutions¹ have long insisted that they need ready (or even free) access to certain repertoires protected by copyright if they are to fulfill their mandate. Sections 29.4 to 30 of the *Copyright Act* (the *Act*) address some of those concerns.

Les établissements d'enseignement¹ font valoir depuis longtemps que, pour remplir leur mandat, ils ont besoin d'un accès commode (ou même gratuit) à certains répertoires protégés par le droit d'auteur. Les articles 29.4 à 30 de la *Loi sur le droit d'auteur* (la *Loi*) apportent une réponse à certaines de ces préoccupations.

Sections 29.6, 29.7 and 29.9 of the *Act*, which came into force on January 1, 1999, deal specifically with radio and television programs. Educational institutions no longer need the copyright owner's authorization to make a single copy of a work or other subject-matter at the time that it is communicated to the public by telecommunication or to perform in public that copy on the premises of the institution, so long as certain conditions are met. Any performance must occur for educational and training purposes, before an audience consisting primarily of students. An institution can copy news and news commentaries, keep the copy and perform it for one year for free; it also can copy other programs and keep the copy for assessment purposes for thirty days. Anything else requires that the institution pay the royalties and comply with the conditions set by the Board in a tariff.

Les articles 29.6, 29.7 et 29.9 de la *Loi*, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1999, traitent spécifiquement des émissions de radio et de télévision. Les établissements d'enseignement n'ont plus besoin de l'autorisation du titulaire de droit pour reproduire en un seul exemplaire une œuvre ou autre objet du droit d'auteur lors de sa communication au public par télécommunication – on parlera dans le reste de cette décision de «copie maison» – ou pour exécuter en public l'exemplaire dans les locaux de l'établissement, pour autant que soient respectées certaines conditions. Toute exécution doit viser des fins pédagogiques et avoir lieu devant un auditoire formé principalement d'élèves. L'établissement peut reproduire des émissions d'actualités ou de commentaires d'actualités, conserver l'exemplaire et l'exécuter pendant un an gratuitement; il peut également reproduire d'autres émissions et conserver l'exemplaire à des fins d'évaluation pour au plus trente jours. Pour tout autre acte, l'établissement doit acquitter les redevances et respecter les modalités fixées par la Commission dans un tarif.

Sections 71 to 76 of the *Act* set out who can file a tariff and how it gets certified. The regime is a universal, statutory licence scheme. Anyone owning rights in a program that is copied and performed, including those who have not joined a collective society,² is entitled to a share of the remuneration. The amount of royalties is set at a level sufficient to compensate all works that educational institutions copy and perform.

Educational institutions must comply with record-keeping requirements that are set by the Board in regulations made pursuant to subsection 29.9(2) of the *Act*. The *Educational Program, Work and Other Subject-matter Record-keeping Regulations* (SOR/2001-296) came into force in August 2001. Though their final wording is the Board's own, their contents reflect the results of a Board sponsored mediation process which was successful due in large part to the sustained efforts of the facilitator, Mr. C. Craig Parks, barrister and solicitor of Toronto, and the participants to these proceedings.

I. Introduction

These reasons deal with the royalties that educational institutions will pay for the taping of radio and television programs and performance of those tapes in the classroom for the years 1999 to 2002. The Educational Rights Collective of Canada (ERCC) filed a proposed statement of royalties, which was published in the *Canada Gazette*, with a notice outlining the right to object pursuant to subsection 72(1) of the *Act*.

ERCC was established in 1998. It currently is the only collective society that is entitled to ask for the payment of royalties pursuant to sections 29.6 and 29.7 of the *Act*. Its affiliates include

Les articles 71 à 76 de la *Loi* établissent qui peut déposer un projet de tarif et la procédure d'homologation. La *Loi* met en place un régime de licence obligatoire universelle. Tout titulaire de droits dans une émission qui a été reproduite ou exécutée, même celui qui n'a pas adhéré à une société de gestion,² a droit à une part des redevances. Le montant est fixé à un niveau suffisant pour rémunérer toutes les œuvres que les établissements d'enseignement reproduisent et exécutent.

Les établissements d'enseignement doivent se conformer aux modalités de consignation de renseignements établis dans un règlement pris par la Commission en vertu du paragraphe 29.9(2) de la *Loi*. Le *Règlement sur les obligations de rapport relatives aux émissions, œuvres et autres objets du droit d'auteur reproduits à des fins pédagogiques* (DORS/2001-296) est entré en vigueur en août 2001. Bien que sa formulation définitive soit l'œuvre de la Commission, son contenu reflète les résultats d'une procédure de médiation financée par la Commission et qui fut couronnée de succès grâce aux efforts soutenus du facilitateur, M^c C. Craig Parks, avocat de Toronto, ainsi que des participants.

I. Introduction

Les présents motifs traitent des redevances que les établissements d'enseignement paieront pour l'enregistrement d'émissions de radio et de télévision et pour l'exécution de ces bandes dans les classes pour les années 1999 à 2002. La Société canadienne de gestion des droits éducatifs (SCGDE) a déposé un projet de tarif de redevances, qui a été publié dans la *Gazette du Canada*, accompagné d'un avis rappelant le droit de faire opposition prévu au paragraphe 72(1) de la *Loi*.

La SCGDE existe depuis 1998. Elle est actuellement la seule société de gestion habilitée à percevoir le paiement de redevances visées aux articles 29.6 et 29.7 de la *Loi*. Lui sont

Canadian producers, Canadian private and public broadcasters, major Hollywood studios, American educational broadcasters and producers, music rights societies, overseas broadcasters and producers as well as some of the major educational video distributors. Its repertoire comprises every type of work or subject-matter which educational institutions are likely to copy.

Several representatives from the education sector filed timely objections to the proposed tariff. They formed the Education Coalition, whose members are the Association of Canadian Community Colleges, the Association of Universities and Colleges of Canada, the Canadian Association of University Teachers, the Canadian School Boards Association, the Canadian Teachers Federation and the Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada.

The Education Coalition and ERCC were the only participants in the hearings and arguments, which extended over three days between November 20 and December 12, 2001.

From the publication of the proposed tariff to the final hearing in this matter, more than three years elapsed. In large part, this delay was the result of the participants' wish to come to the broadest possible consensus on a large number of issues raised by the proposed tariff and the reporting regulations. Participants expended a considerable amount of time and effort in this exercise. As a result, the Board's task was made significantly easier.

II. Analysis

ERCC and the Education Coalition agree that educational institutions should be allowed to

affiliés des producteurs canadiens, des radiodiffuseurs privés et publics canadiens, les principaux studios d'Hollywood, des diffuseurs et producteurs américains d'émissions éducatives, des sociétés de gestion de droits musicaux, des diffuseurs et producteurs étrangers, ainsi que certains des principaux distributeurs de vidéos éducatifs. Son répertoire inclut tous les types d'œuvres ou autres objets de droit d'auteur que les établissements d'enseignement sont susceptibles de reproduire.

Plusieurs représentants du secteur de l'éducation ont déposé des oppositions au projet de tarif dans les délais prescrits. Ils ont formé la Coalition de l'éducation («Coalition»), dont les membres sont l'Association des collèges communautaires du Canada, l'Association des universités et collèges du Canada, l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université, l'Association canadienne des commissions/conseils scolaires, la Fédération canadienne des enseignantes et enseignants et le Consortium du droit d'auteur du Conseil des ministres de l'éducation (Canada).

La Coalition et la SCGDE ont été les seuls participants aux audiences et à l'argumentation, qui se sont étendues sur trois jours entre le 20 novembre et le 12 décembre 2001.

De la publication du projet de tarif à la dernière audience dans cette affaire, il s'est écoulé plus de trois ans. Pour une bonne part, ce retard s'explique par la volonté des participants d'atteindre le plus large consensus possible sur un grand nombre de questions soulevées par le projet de tarif et le règlement sur les obligations de rapport. Les participants y ont consacré beaucoup de temps et d'effort. La tâche de la Commission s'en est trouvée considérablement allégée.

II. Analyse

La SCGDE et la Coalition conviennent que les établissements d'enseignement devraient

choose between two rate formulas or tariffs. Under the comprehensive tariff, in exchange for paying a set amount per year per student full-time equivalent (or FTE), institutions will be allowed to copy as many programs as they wish and perform them as often as they wish in the year for which the royalty is being paid (and some time thereafter). Under the transactional tariff, institutions will pay a set amount per minute of program copied; they will then be entitled to keep the copy and perform it as long as it lasts.

The Transactional Tariff

A market currently exists in Canada in which distributors sell prerecorded videocassettes to educational institutions, along with the right to perform the videocassette in the classroom. ERCC and the Education Coalition agree that the transactional rate for television programs should be a function of the price paid in that market. They also agree that the price was roughly \$2 per minute in 2000.³

ERCC rejects virtually all adjustments to this figure. By contrast, the Education Coalition would bring it down to somewhere between 51 and 63 cents per minute. According to the Education Coalition, the tariff should account only for the “copyright royalty portion” of the price of a prerecorded videocassette. The tariff should also discount all distributors’ revenues from sources other than the sale of video programs, and not just duplication revenues. Finally, the rate should be discounted to reflect what the Education Coalition sees as significant costs associated with the taping of broadcast programs. Each of these issues is examined in turn.

pouvoir choisir entre deux formules tarifaires. Selon le tarif forfaitaire, en contrepartie du paiement d’un montant fixe par année pour chaque équivalent temps plein étudiant (ETP), ils pourront reproduire autant d’émissions qu’ils le veulent et les exécuter aussi souvent qu’ils le veulent dans l’année pour laquelle la redevance est payée (et pour un certain temps par la suite). Selon le tarif transactionnel, les établissements paieront un montant fixe par minute d’émission reproduite; ils pourront ensuite conserver l’exemplaire et l’exécuter aussi longtemps que celui-ci dure.

Le tarif transactionnel

Il existe actuellement un marché au Canada sur lequel les distributeurs vendent aux établissements d’enseignement des vidéocassettes préenregistrées, avec le droit d’exécuter la vidéocassette en classe. La SCGDE et la Coalition conviennent que le taux transactionnel pour les émissions de télévision devrait être fonction du prix payé sur ce marché. Elles conviennent également que le prix était d’environ 2,00 \$ par minute en 2000.³

La SCGDE rejette presque tout ajustement de ce chiffre. Par contre, la Coalition le ramènerait quelque part entre 51 et 63 cents par minute. Selon la Coalition, le tarif ne devrait prendre en compte que la «partie redevance de droit d’auteur» du prix des vidéocassettes préenregistrées. Le tarif devrait également comporter une réduction pour toutes les recettes des distributeurs provenant de sources autres que la vente d’émissions vidéo, et non pour les seules recettes provenant des droits de duplication. Enfin, le taux devrait être réduit pour refléter les coûts, significatifs d’après la Coalition, qui sont associés à l’enregistrement d’émissions radiodiffusées. Ces questions sont examinées à tour de rôle.

Should the tariff focus on the copyright royalty portion of the price of a videocassette?

On average, educational distributors pass on approximately one-third of their gross revenue to copyright owners.⁴ The Education Coalition argues that the tariff is meant to compensate for this and nothing else. In the Board's view, the Education Coalition's approach is flawed.

First, setting the rate at the level proposed by the Education Coalition would defeat the objectives of the regime. Its main object is to provide access to programs that educational institutions find valuable and that are not readily accessible currently. It is meant to allow access to more programming, not less. The regime was not set up to allow institutions to lower their cost of accessing programming, nor to reduce the income of rights holders. As a result, and under the current conditions, the tariff must coexist with the existing distribution market, and not act as a substitute for it.

To the user, the ERCC tariff is elective, not compulsory. Ultimately, if educational institutions consider the certified ERCC tariff rates resulting from this decision are too high relative to the value they attribute to the use of the ERCC's repertoire, then they can simply choose not to pay the tariff and continue to purchase prerecorded programming from existing distributors.⁵ Even then, they own (at no cost) the option of using the transactional tariff to purchase those few programs that are available only when broadcasted and that they may find especially valuable.⁶ Under this scenario, the amount of programming available to institutions remains the same: programs will not cease being produced if no one takes up the ERCC licence.⁷

Le tarif devrait-il être axé sur la «partie redevance de droit d'auteur» du prix de la vidéocassette?

En moyenne, les distributeurs éducatifs transmettent environ le tiers de leurs recettes brutes aux titulaires de droits.⁴ La Coalition fait valoir que c'est cela que doit rémunérer le tarif, et rien d'autre. De l'avis de la Commission, l'analyse de la Coalition est déficiente.

D'abord, si l'on fixait le taux au niveau proposé par la Coalition, cela irait à l'encontre des objectifs du régime, qui est avant tout de fournir accès à des émissions que les établissements d'enseignement trouvent valables et qui ne sont pas aisément accessibles à l'heure actuelle. Le régime vise à fournir accès à un plus grand nombre d'émissions, non à un nombre plus restreint. Il n'a pas été établi pour permettre aux établissements de réduire leur coût d'accès aux émissions, ni pour réduire la rémunération touchée par les titulaires de droits. Par conséquent, et dans les conditions actuelles, le tarif doit coexister avec le marché de la distribution existant, et non s'y substituer.

Pour l'utilisateur, le tarif de la SCGDE est facultatif, non obligatoire. Au bout du compte, si un établissement d'enseignement juge que les tarifs homologués de la SCGDE sont trop élevés par rapport à la valeur qu'il attribue à l'utilisation du répertoire de la SCGDE, il peut simplement choisir de ne pas payer les redevances prévues par le tarif et continuer à acheter des émissions préenregistrées des distributeurs existants.⁵ Même dans ce cas, l'établissement détient (gratuitement) l'option d'utiliser le tarif transactionnel pour acheter les quelques émissions qui ne sont accessibles que lors de leur diffusion et qu'il peut trouver particulièrement intéressantes.⁶ Dans ce scénario, le volume d'émissions accessibles à l'établissement reste le même : on ne cessera pas de produire de la programmation parce que personne ne se prévaut de la licence de la SCGDE.⁷

By contrast, those who own rights in programs have no say in the matter. The educational institution owns the option to purchase the ERCC licence or do without it; neither ERCC nor the rights owner can opt out of the regime. If the institution finds the rate very attractive, it can stop buying any tapes in the existing distribution market, or reduce its purchases to the point of threatening the viability of that market. Programs that can only be purchased from distributors would no longer be available. This result is not in accord with the objectives of the regime. Indeed, if the Education Coalition is correct in its assumption that what is available from distributors is better targeted and better suited to use in the classroom than programming generally, the result would be counterproductive.

A tariff that threatens existing markets also seems to run against the reasons which generally lead Parliament to ask the Board to play a role in a market. When the Board is asked to intervene, it generally is to address market failures, not to bring failure to properly functioning markets. The Board's role is not to protect the existing market, but to provide educational institutions with reasonable access to educational programming at a reasonable price. If the existing market became inefficient or uncompetitive, a tariff set at a reasonable rate would (rightly) force the market into a new discipline or lead to its demise. In the same vein, if a competing distribution model⁸ succeeded in bringing down the educational institutions' cost of purchasing programming, that would probably have a direct impact on the rate of the tariff.

ERCC does not just sell the right to copy and perform. It fulfils many of the functions of educational video distributors, including entering into affiliation agreements with rights holders; identifying educational institutions,

Par contre, les titulaires de droits dans des émissions n'ont pas voix au chapitre. L'établissement d'enseignement détient l'option d'acheter la licence de la SCGDE ou de s'en passer; ni la SCGDE ni le titulaire de droits ne peuvent se soustraire au régime. Si l'établissement trouve le taux très attrayant, il peut cesser d'acheter des bandes sur le marché existant, ou réduire ses achats au point d'en menacer la viabilité. Les émissions qui ne peuvent être achetées qu'auprès de distributeurs cesseraient d'être accessibles. Ce résultat n'est pas conforme aux objectifs du régime. Bien plus, si la Coalition a raison de supposer que les produits offerts par les distributeurs sont mieux ciblés et se prêtent mieux à l'utilisation en classe que les émissions en général, le résultat serait à l'opposé de l'effet recherché.

Un tarif qui menace les marchés existants semble également aller à l'encontre des motifs qui amènent généralement le législateur à confier à la Commission un rôle à jouer sur un marché. Lorsque le législateur demande à la Commission d'intervenir, c'est généralement pour corriger des déficiences du marché, non pour provoquer la défaillance de marchés qui fonctionnent correctement. La Commission n'a pas pour rôle de protéger le marché existant, mais de fournir aux établissements d'enseignement un accès raisonnable à la programmation éducative à un prix raisonnable. Si le marché existant devient inefficace ou non concurrentiel, un tarif fixé à un taux raisonnable imposerait (à bon droit) une discipline nouvelle au marché ou mènerait à son effondrement. De même, si un modèle concurrent de distribution⁸ réussissait à réduire le coût d'achat d'émissions des établissements d'enseignement, cela aurait probablement un impact direct sur le taux du tarif.

La SCGDE ne se contente pas de vendre le droit de reproduire et d'exécuter des émissions. Elle remplit un bon nombre des fonctions des distributeurs d'émissions vidéo éducatives, dont celles qui consistent à conclure des conventions

contacting them and responding to their inquiries and invoicing; and distributing royalties to rights holders. ERCC will also perform additional tasks with respect to compliance, as it does not control the physical delivery of the medium. There are differences between ERCC's and the distributor's functions that should be taken into account; they are addressed below.

There is no reason to believe that simply because a "product" (whatever it may be) can be purchased directly from the copyright owner that its price would be lower than that available through an intermediary or distributor. Educational institutions pay the same price for books whether purchased through a distributor or directly from the publisher. Nothing indicates that producers that have chosen to distribute their own titles⁹ somehow discount their products because they sell directly to the institutions.

The Board finds unhelpful the Education Coalition's attempt to compare the broadcast taping regime and the private copying regime.¹⁰ In the Board's view, the ERCC and Private Copying tariffs are not directly comparable in nature. Both involve compensation for copying, without authorization, intellectual property that is already physically available in the marketplace, yet each regime is different in several respects. The private copying levy is paid on practically all blank audio recording media, including those that are used for purposes other than copying music. The ERCC licence is paid on account of protected acts which educational institutions are free to perform or not. The levy targets the importer of the recording medium, not the person who makes the private copy. The ERCC licence is issued to the institution that allows the broadcast program to be copied and performed in the

d'affiliation avec les titulaires de droits, à dresser la liste des établissements d'enseignement, à les contacter, à répondre à leurs demandes de renseignements, à établir les factures et à payer les redevances aux titulaires de droits. La SCGDE accomplira aussi d'autres tâches en matière de vérification du respect du tarif, puisqu'elle ne contrôle pas la livraison matérielle du support vidéo. Des différences existent entre les fonctions de la SCGDE et celles des distributeurs, dont il faut tenir compte et qui sont abordées plus loin.

Rien ne permet de penser que, du seul fait qu'un «produit» (quel qu'il soit) peut être acheté directement du titulaire de droits, son prix serait inférieur au prix du produit obtenu d'un intermédiaire ou d'un distributeur. Les établissements d'enseignement paient le même prix pour les livres, qu'ils les achètent par l'entremise d'un distributeur ou directement auprès de l'éditeur. Rien n'indique que les producteurs qui ont choisi de distribuer eux-mêmes leurs titres⁹ réduisent les prix sur leurs produits parce qu'ils vendent directement aux établissements.

La Commission ne juge pas très éclairante la comparaison que la Coalition tente d'établir entre le régime de l'enregistrement d'émissions et celui de la copie privée.¹⁰ Selon la Commission, les tarifs de la SCGDE et de la copie privée ne sont pas, de par leur nature, directement comparables. Certes, les deux régimes visent à fournir une rémunération pour la copie sans autorisation, d'objets de propriété intellectuelle qui sont déjà matériellement accessibles sur le marché, mais chaque régime comporte plusieurs particularités qui lui sont propres. La redevance pour copie privée est payée sur presque tous les supports audio vierges, y compris ceux qui serviront à autre chose qu'à enregistrer de la musique. La licence de la SCGDE est payée au titre d'actes protégés que les établissements d'enseignement sont libres d'accomplir ou non. La redevance cible l'importateur du support audio, non la personne

classroom. The focus in the private copying regime is the act of copying for one's private use: no licence is required for a private performance. In the ERCC tariff, the focus is on the eventual performance in the classroom of the taped copy: without that intended performance, there would be no need to make the copy in the first place.

Other factors

The Board agrees with the Education Coalition that a number of factors would tend to lower the price of a taped copy in a functioning market.

First, all revenues from sources other than the sale of prerecorded programs should be discounted in calculating the tariff. Based on the little evidence available in these proceedings, the Board agrees with ERCC that once duplication is accounted for, the revenues from those activities are not very significant.

Second, while ERCC will provide some services akin to those offered by distributors, it will not provide as much added value as them. Making a taped copy requires that the institution carry some of the work itself, and presents some features that make it less attractive to the institution. Taping of broadcast programs takes time and requires purchasing a blank videocassette. Pretaped programs go through a premarketing process of selection, cataloguing organization by subject matter and age suitability.¹¹ They are commercial free.¹² They typically come with some form of pedagogical guide.¹³ Finally, many distributors offer replacement copies for lost or damaged tapes at a reduced price or even for free.

qui effectue la copie privée. La licence de la SCGDE est octroyée à l'établissement qui autorise la reproduction de l'émission et son exécution en classe. Le régime de la copie privée est axé sur l'acte de la copie pour usage privé : aucune licence n'est nécessaire pour une exécution en privé. Le tarif de la SCGDE est axé sur l'exécution éventuelle en classe de l'exemplaire enregistré : n'était cette exécution projetée, il n'y aurait nul besoin au départ de créer l'exemplaire.

Autres facteurs

La Commission convient avec la Coalition de l'éducation qu'un certain nombre de facteurs tendraient à réduire le prix de la copie maison sur un marché effectif.

D'abord, toutes les recettes provenant de sources autres que la vente d'émissions préenregistrées doivent être éliminées du calcul du tarif. Sur le fondement des rares renseignements fournis dans le cadre des audiences, la Commission convient avec la SCGDE qu'une fois qu'on a tenu compte de la duplication, les recettes provenant de ces activités ne sont pas très significatives.

En deuxième lieu, s'il est exact que la SCGDE fournira certains services semblables à ceux qui sont offerts par les distributeurs, elle ne fournira pas autant de valeur ajoutée que ceux-ci. Pour enregistrer une émission, il faut que l'établissement effectue lui-même une partie du travail et la formule comporte certaines caractéristiques qui la rendent moins attrayante pour l'établissement. L'enregistrement d'émission prend du temps et suppose qu'on a acheté une vidéocassette vierge. Les émissions préenregistrées font l'objet, avant la commercialisation, d'un processus de sélection et de catalogage en fonction du sujet et de l'âge de l'auditoire visé.¹¹ Elles ne comportent pas de messages publicitaires.¹² Elles sont généralement accompagnées d'une forme de guide pédagogique.¹³ Enfin, de nombreux distributeurs remplacent les bandes perdues ou endommagées à un prix réduit ou même gratuitement.

The Board considers that these factors should be taken into account in setting the rate. Blank videocassettes cost approximately two cents per minute. Only qualitative evidence was provided as to the relative valuation of taped versus prerecorded programs in other respects. Overall, the Board views these factors as somewhat significant, but no more. Taking all of the evidence into account, the Board believes that the transactional rate should be set at a 20 per cent discount relative to the current per-minute rate charged for prerecorded programs.

On average, elementary or secondary schools pay \$2 per minute for prerecorded programs, while post-secondary institutions pay \$2.55. The Board considers it appropriate to maintain this price difference in setting the ERCC transactional tariff. Therefore, applying the above-noted 20 per cent discount, the Board sets the ERCC transactional rates at \$1.60 per minute for elementary/secondary schools. For post-secondary schools, that approach would yield a rate of \$2.04. However, since ERCC is only asking for \$2, the rate is set at that amount.

ERCC and the Coalition agree that the rate for making a copy of a radio program should be 1/12th of the rate for making copies of television programs. Consequently the Board sets the rate at 13 cents per minute for elementary and secondary schools and 17 cents per minute for post-secondary schools.

The Comprehensive Tariff

The approaches put forward by ERCC and the Education Coalition in this respect differ markedly.

ERCC proposed rates of \$2.40 per FTE in elementary and secondary schools and of \$4.80 per FTE in post-secondary institutions. ERCC

La Commission considère que ces facteurs doivent être pris en compte dans la fixation du taux. Les vidéocassettes vierges coûtent environ deux cents par minute. On n'a présenté qu'une preuve qualitative au sujet de l'évaluation relative des copies maison par rapport aux émissions préenregistrées quant aux autres aspects. Dans l'ensemble, la Commission estime que ces facteurs sont un peu significatifs, sans plus. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, la Commission conclut que le taux transactionnel devrait comporter une réduction de 20 pour cent par rapport au taux par minute actuel demandé pour les émissions préenregistrées.

Les établissements élémentaires et secondaires paient en moyenne 2 \$ par minute d'émissions préenregistrées; pour les établissements postsecondaires, c'est 2,55 \$. La Commission estime qu'il convient de maintenir cette différence de prix dans le tarif transactionnel de la SCGDE. Donc, en appliquant la réduction de 20 pour cent indiquée ci-dessus, la Commission fixe les taux transactionnels de la SCGDE à 1,60 \$ par minute pour les écoles élémentaires/secondaires. Cette façon de procéder mène à un taux de 2,04 \$ pour les écoles postsecondaires. Cela dit, comme la SCGDE ne demande que 2 \$, le taux est établi à ce niveau.

La SCGDE et la Coalition de l'éducation conviennent que le taux pour enregistrer une émission de radio devrait être le douzième du prix pour l'enregistrement d'une émission de télévision. Par conséquent, la Commission fixe le taux à 0,13 \$ par minute pour les écoles élémentaires et secondaires et à 0,17 \$ par minute pour les écoles postsecondaires.

Le tarif forfaitaire

Les approches préconisées par la SCGDE et la Coalition à cet égard présentent des différences marquées.

La SCGDE a proposé des taux de 2,40 \$ par ETP dans les écoles élémentaires et secondaires et 4,80 \$ par ETP dans les établissements

saw no readily apparent proxy that can be used to help set the comprehensive rate. It suggested that the Board rely on foreign experience to establish a fair and reasonable comprehensive rate level, and especially on the situation in Australia, where a similar regime has been in place for more than a decade. In ERCC's view, the Australian model supports the establishment of a much higher rate for post-secondary institutions than for others.

The Education Coalition proposed to determine the comprehensive rate by dividing the copyright royalty portion of revenues from the sale of prerecorded videocassettes by the current number of FTEs. The key assumption underlying this approach is that the institutions' budgets for purchasing videocassettes is fixed at current levels and that institutions would transfer those funds to the payment of the comprehensive tariff.¹⁴ This would yield a rate of 37 cents per FTE. The Education Coalition sees no reasons why post-secondary institutions should pay more than other institutions. In its view, just as there should be a single transactional rate, there should also be a single comprehensive rate.

The Board finds neither proposal satisfactory.

Though rates set in foreign jurisdictions for similar uses may serve as a reality check, to establish a Canadian rate solely on the basis of one or more existing foreign rates raises too many difficulties. As the ERCC's evidence shows, tariff rates covering similar rights can vary significantly from country to country¹⁵, but not all regimes deal with the same uses. Institutions essentially can copy news and news commentary programs for free in Canada, but not in the United Kingdom, Australia or New Zealand. Canadian institutions must pay for performing programs in the classroom while

postsecondaires. La SCGDE ne voyait pas d'approximation évidente que l'on pourrait utiliser pour aider à fixer le taux forfaitaire. Elle suggérait que la Commission s'appuie sur les expériences à l'étranger pour établir un taux forfaitaire juste et raisonnable, et particulièrement sur la situation en Australie, où un régime similaire est établi depuis plus d'une décennie. Selon la SCGDE, le modèle australien justifie la fixation d'un taux beaucoup plus élevé pour les établissements postsecondaires que pour les autres établissements.

La Coalition a proposé de fixer le taux forfaitaire en divisant la partie redevance de droit d'auteur des recettes provenant de la vente de videocassettes préenregistrées par le nombre actuel d'ETP. Cette approche tient avant tout pour acquis que les budgets des établissements pour l'achat de videocassettes sont fixés aux niveaux actuels et que les établissements transféreraient ces fonds pour le paiement du tarif forfaitaire.¹⁴ Cela donnerait un taux de 37 cents par ETP. La Coalition ne voit pas de raisons justifiant que les établissements postsecondaires paient plus que les autres établissements. À ses yeux, il ne devrait y avoir qu'un seul taux forfaitaire, comme il ne devrait y avoir qu'un seul taux transactionnel.

La Commission estime qu'aucune de ces propositions n'est satisfaisante.

Si les taux établis à l'étranger pour des utilisations similaires peuvent servir à vérifier le caractère raisonnable du tarif, l'établissement d'un tarif canadien sur la seule base de tarifs étrangers soulève trop de difficultés. Comme la preuve de la SCGDE l'indique, les taux portant sur des droits similaires peuvent varier considérablement d'un pays à l'autre.¹⁵ Tous les régimes ne couvrent pas les mêmes utilisations. Pour l'essentiel, les établissements peuvent reproduire des émissions d'actualités et de commentaires d'actualités gratuitement au Canada, mais non au Royaume-Uni, en

institutions in the United Kingdom, Australia and New Zealand can do so for free. Markets are different. The amount of broadcast programs varies significantly. Exchange rate adjusted comparisons bear no real relation to the value of a right in each respective country and, consequently, are of dubious worth at best.

Assuming, as the Education Coalition does, that educational institutions' video programming budgets are fixed at current levels for the purpose of setting a comprehensive tariff rate, is equally unjustified. It amounts to arbitrarily setting how much schools might be willing or able to spend on making use of the ERCC's repertoire and to arrive at the corresponding comprehensive tariff rate. It assumes that institutions will substitute the taping of broadcast programs for the purchase of prerecorded videos, when the object of the regime is not to offer a substitute to the existing market but to complement it. It ignores the fact that institutions are often confronted with finding new money for new goods: when computers developed as an important addition to existing educational tools, institutions found funds with which to purchase some.

There are ways in which current consumption patterns can usefully serve in setting the tariff. This can be done by first calculating the average number of prerecorded videos currently purchased by schools. The next step is to determine the amount at which the comprehensive tariff would need to be set in order for a school, making that number of taped copies, to pay the same amount of royalties under the transactional and comprehensive tariffs (before any conversion charges that may apply for switching from the comprehensive to the transactional tariff). As two transactional rates have been set, two separate comprehensive rate calculations are required.

Australie ou en Nouvelle-Zélande. Au Canada, les établissements doivent payer pour présenter des émissions en classe tandis qu'ils peuvent le faire gratuitement au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande. Les marchés sont différents. Le volume d'émissions diffusées varie de façon significative. Les comparaisons fondées sur des taux de change ajustés n'ont aucun rapport avec la valeur du droit dans chacun des pays concernés; par conséquent, elles sont au mieux d'une utilité douteuse.

Rien ne justifie de supposer, comme le fait la Coalition, que les budgets des établissements d'enseignement pour la programmation vidéo sont fixés à leurs niveaux actuels en vue d'établir un tarif forfaitaire. Cela revient à fixer arbitrairement le montant que les écoles voudront ou pourront dépenser en vue de l'utilisation du répertoire de la SCGDE, puis à en déduire le taux forfaitaire correspondant. Cela suppose que les établissements vont substituer la copie maison à l'achat de vidéos préenregistrés, alors que l'objet du régime n'est pas d'offrir un substitut au marché existant, mais un complément à celui-ci. Cela ne tient pas compte du fait que les établissements ont souvent dû trouver des fonds nouveaux pour de nouveaux produits : lorsque les ordinateurs se sont révélés un ajout important aux outils pédagogiques existants, les établissements sont arrivés à trouver des fonds pour en acheter.

On peut se servir des habitudes de consommation actuelles pour établir le tarif. On peut commencer par calculer le nombre moyen de vidéos préenregistrés que les écoles achètent actuellement. Puis on peut déterminer à combien devrait être fixé le tarif forfaitaire pour qu'une école, qui ferait ce nombre de copies maison, paie le même montant peu importe le tarif qu'elle choisit (avant les frais de conversion qui peuvent s'appliquer pour le passage du tarif forfaitaire au tarif transactionnel). Comme deux taux transactionnels ont été fixés, il faut calculer deux taux forfaitaires distincts.

In the Board's view, the comprehensive rate should be designed to appeal to institutions that use more video programs than on average. Consequently, the Board considers that the figure obtained through the previous calculation should be "grossed-up" so as to increase the number of copies required before the comprehensive tariff becomes more economical than the transactional tariff. For the time being, and given the impossibility of finding out how this may influence the use of either tariff, the Board sets this "gross-up factor" at 50 per cent.

Table 1 summarizes the Board's calculations leading to the rate for the comprehensive tariff. The calculation for elementary and secondary institutions can be summarized as follows. These institutions currently purchase, on average, 24 30-minute videos per 1000 FTE. Applying the gross-up factor to this figure increases number of taped programs at which the institution pays the same amount of royalties under the comprehensive and transactional tariffs at 36. The cost of 36 tapes under a transactional rate of \$1.60 per minute is \$1,728. The equivalent comprehensive rate is determined by dividing this amount by 1000 (number of FTE). A similar calculation is made with respect to post-secondary institutions. These calculations yield a comprehensive rate of \$1.73 per elementary or secondary FTE and of \$1.89 per post-secondary FTE.

Selon la Commission, le taux forfaitaire devrait être conçu de façon à le rendre attrayant pour les écoles qui utilisent davantage de programmation vidéo que la moyenne. La Commission est donc d'avis que le chiffre obtenu au moyen du calcul précédent devrait être majoré de façon à augmenter le nombre de copies maison qui doivent être faites avant que le tarif forfaitaire ne devienne plus économique que le tarif transactionnel. Pour le moment, et compte tenu de l'impossibilité de savoir dans quelle mesure cela pourrait influencer l'utilisation de l'un ou l'autre des tarifs, la Commission fixe ce facteur de majoration à 50 pour cent.

Le tableau 1 résume les calculs effectués par la Commission pour déterminer le taux du tarif forfaitaire. Le calcul concernant les écoles élémentaires et secondaires peut être résumé de la façon suivante. Ces écoles achètent actuellement, en moyenne, 24 bandes vidéos de 30 minutes par 1000 ETP. Si on applique le facteur de majoration à ce chiffre, le nombre de copies maison qu'il faut faire pour que l'établissement paie les mêmes redevances en vertu du tarif forfaitaire et du tarif transactionnel augmente à 36. Le coût de 36 bandes au taux transactionnel de 1,60 \$ par minute s'élève à 1 728 \$. Le taux forfaitaire équivalent s'obtient ensuite en divisant ce montant par 1000 (nombre de ETP). On effectue ensuite un calcul semblable à l'égard des écoles postsecondaires. On obtient ainsi un taux forfaitaire de 1,73 \$ par ETP pour les écoles élémentaires et secondaires et de 1,89 \$ par ETP pour les écoles postsecondaires.

TABLE / TABLEAU 1
Comprehensive Rate Calculations / Calcul du taux forfaitaire

Item	Elementary and Secondary Schools / Écoles élémentaires et secondaires	Post-Secondary Schools Écoles postsecondaires
1. Number of tapes purchased per 1000 FTE Nombre de bandes achetées par 1000 ETP	24	21
2. Breakeven gross-up factor Facteur de majoration du point d'équilibre	50%	50%
3. Number of tapes at which point expenditures are equal under the TR and CR rates [ligne 1 × (1 + ligne 2)] Nombre de bandes au point où les dépenses sont égales selon les taux TT et TF [ligne 1 × (1 + ligne 2)]	36	31.5
4. TR per minute rates TT par minute	\$1.60	\$2.00
5. Amount paid under the TR for the number of tapes indicated in ligne 3 [ligne 3 × 30 × ligne 4] Montant payé selon le TT pour le nombre de bandes indiqué à la ligne 3 [ligne 3 × 30 × ligne 4]	\$1,728	\$1,890
6. Implied CR rate per FTE [ligne 5 / 1000] Taux TF dérivé par ETP [ligne 5 / 1000]	\$1.73	\$1.89

Notes:

TR = Transactional Rate
 CR = Comprehensive Rate
 Each tape assumed to be 30 minutes in length on average.
 Due to rounding, some numbers may not be exactly replicable.

Notes :

TT = taux transactionnel
 TF = taux forfaitaire
 Il est supposé qu'en moyenne chaque bande a une durée de 30 minutes.
 Du fait de l'arrondissement, il se peut que certains calculs ne puissent être reproduits exactement.

The Cost of Converting from the Comprehensive Tariff to the Transactional Tariff

Under ERCC's proposal, copies made under the transactional tariff may be used indefinitely. In contrast, the comprehensive tariff allows schools to make as many copies as they wish and use them at will only for as long as they opt for the comprehensive tariff. A school wishing to switch over from the comprehensive to the transactional tariff must either erase the tapes it made under the comprehensive tariff or pay a conversion charge on each tape it chooses to keep going forward. The school would then acquire the right to use the copy indefinitely, just as if it had been made under the transactional tariff. An institution that switches from the comprehensive to the transactional tariff would be allowed one year to cull its collection before having to pay the conversion charge on the remaining tapes. ERCC would set the conversion charge at half the price of a copy made under the transactional tariff.

The Education Coalition argues that there should be no conversion charge. Schools making tapes under the comprehensive tariff should be entitled to use them indefinitely, even if they convert to the transactional tariff. It also claimed that is beyond the power of ERCC to require the destruction of tapes that are legally made under the *Act*.

The Coalition's argument misses the point. The copy of a broadcast program is "legally made" only as long as the institution that made it complies with the requirements of the *Act*. One of these requirements is to pay the royalties that are set by the Board in a tariff. It is within the Board's power to set a tariff based on a rental model (as is the case with the comprehensive tariff), to set a tariff based on an outright

Le coût de la conversion du tarif forfaitaire au tarif transactionnel

Selon le projet de tarif de la SCGDE, les exemplaires produits selon le tarif transactionnel peuvent être utilisés indéfiniment. Au contraire, le tarif forfaitaire permet aux écoles de reproduire autant d'exemplaires qu'elles le veulent, et d'en faire une utilisation illimitée aussi longtemps qu'elles optent pour le taux forfaitaire. L'école qui souhaite passer du tarif forfaitaire au tarif transactionnel doit soit effacer les bandes qu'elle a enregistrées selon le tarif forfaitaire, soit payer des frais de conversion sur chaque bande qu'elle choisit de garder après être passée au tarif transactionnel. L'école acquerrait alors le droit d'utiliser indéfiniment son exemplaire, comme si l'enregistrement avait été fait selon le tarif transactionnel. L'établissement qui passe du tarif forfaitaire au tarif transactionnel aurait un an pour épurer sa collection avant de devoir payer les frais de conversion sur les bandes restantes. La SCGDE établirait les frais de conversion à la moitié du prix de l'enregistrement fait selon le tarif transactionnel.

La Coalition de l'éducation fait valoir qu'il ne devrait pas y avoir de frais de conversion. Les écoles qui font une copie maison selon le tarif forfaitaire devraient pouvoir l'utiliser indéfiniment, même si elles passent au tarif transactionnel. La Coalition a également soutenu que la SCGDE n'a pas le pouvoir d'exiger la destruction de bandes qui sont enregistrées légalement selon la *Loi*.

L'argument de la Coalition porte à faux. Une émission n'est «enregistrée légalement» que dans la mesure où l'établissement qui l'a enregistrée se conforme aux exigences de la *Loi*. L'une de ces exigences est de payer les redevances fixées par la Commission dans un tarif. La Commission a le pouvoir de fixer un tarif fondé sur un modèle de location (comme dans le cas du tarif forfaitaire), de fixer un tarif

purchase model (as is the case with the transactional tariff), or to allow for both models to coexist and to set the rate for transferring from one to the other.

ERCC's proposal for a conversion charge makes sense. The Board agrees that a conversion charge, as proposed by the ERCC, is appropriate and therefore should apply to schools shifting from the comprehensive to the transactional tariff. Among other things, the conversion charge would serve to deter schools from switching back and forth between the comprehensive and transactional tariffs in order to consolidate the vast majority of their taping activities under the comprehensive rate, while reverting back to the transactional rate on an intermittent basis in other years. Without a conversion charge, schools could "game" the ERCC tariff in order to reduce their copyright payments to the detriment of ERCC's members and, in the process, unduly increase the administrative burden placed on the ERCC. This would risk destroying the existing distribution market¹⁶ while even further reducing ERCC's revenues.

ERCC provided no evidence in support of the level of its proposed conversion charge. If a school decides to convert to the transactional tariff, the magnitude of the conversion charge would depend on a variety of factors, including the magnitude of the transactional rate discount, volume of tapes made under comprehensive tariff rate and the number of tapes, if any, erased upon conversion to the transactional tariff regime. All else being equal, the lower the comprehensive rate the higher the conversion charge should be relative to the transactional rate, and vice versa. Based on the Board's assessment of alternative conversion charges together with the level of the comprehensive rate set in this decision, the Board finds that a charge of 50 percent is reasonable. The charge applies to only what the institution keeps after

fondé sur un modèle d'achat ferme (comme dans le cas du tarif transactionnel) ou de permettre la coexistence des deux modèles et d'établir combien il en coûte pour passer de l'un à l'autre.

La proposition de la SCGDE visant à imposer des frais de conversion tombe sous le sens. La Commission convient que des frais de conversion, tels qu'ils sont proposés par la SCGDE, sont appropriés et devraient donc s'appliquer aux écoles qui passent du tarif forfaitaire au tarif transactionnel. Entre autres choses, ces frais serviront à dissuader les écoles de faire la navette entre les tarifs forfaitaire et transactionnel pour regrouper la grande majorité de leurs activités d'enregistrement selon le taux forfaitaire, puis revenir au taux transactionnel de façon intermittente au cours des années. En l'absence de frais de conversion, les écoles pourraient «jouer» le tarif de la SCGDE afin de réduire leurs paiements de droits d'auteur au détriment des membres de la SCGDE tout en augmentant indûment la charge administrative de cette dernière. Cela risquerait de détruire le marché existant de la distribution¹⁶ tout en réduisant encore davantage les recettes de la SCGDE.

La SCGDE n'a pas fourni de données à l'appui du niveau des frais de conversion proposés. Si une école décide de passer au tarif transactionnel, le montant des frais de conversion dépendra de divers facteurs, dont l'importance de la réduction du taux transactionnel, le nombre de bandes enregistrées selon le tarif forfaitaire et le nombre de bandes effacées, le cas échéant, avant la conversion au tarif transactionnel. Toutes autres choses étant égales par ailleurs, plus le taux forfaitaire est bas, plus les frais de conversion devraient être élevés par rapport au taux transactionnel, et vice-versa. Sur le fondement de son appréciation d'autres possibilités de frais de conversion par rapport au taux forfaitaire retenu dans sa décision, la Commission estime que des frais de 50 pour cent sont raisonnables. Ces frais

being allowed one full year to clean up its collection. At this level, the conversion rate should not be prohibitive while, at the same time, it should effectively deter gaming of the transactional and comprehensive tariff.

The Board notes, however, that without actual experience under the ERCC tariffs it is difficult to assess the reasonableness of the charge. Consequently, when the ERCC tariff is next reviewed before the Board, the conversion charge will need to be revisited in light of actual experience.

Impact of the Tariff

No information was provided by either party as to the likely take-up rate of the ERCC licence or the likely substitution rate between taped versus prerecorded programs. While there is overlap between ERCC's repertoire and what is available through distributors, there is no doubt a variety of programs of interest to educational institutions that are available only from one of the two sources. The substitution rate between taped and prerecorded programs therefore would not likely be one-for-one. This makes it even more difficult to gauge the potential impact of alternative rates on the existing distribution market for prerecorded programs.

Nevertheless, the Board expects that no disruption to the existing distribution market should result from the rates being set in this tariff. However, when the tariff is next reviewed, the Board expects that usage and revenue data under the tariff, along with sales volumes and revenues relating to the distribution of prerecorded programs, will be made available for review. Adjustments to the approved rates could be made, if necessary, based on this data and any other relevant information.

s'appliquent uniquement aux bandes que l'établissement choisit de garder après le délai d'un an qui lui est accordé pour épurer sa collection. À ce niveau, les frais de conversion devraient dissuader de faire la navette entre les tarifs transactionnel et forfaitaire sans être prohibitifs.

La Commission fait observer, toutefois, que sans une expérience effective de l'application des tarifs de la SCGDE, il est difficile d'apprécier le caractère raisonnable des frais. Par conséquent, la prochaine fois que le tarif de la SCGDE sera révisé par la Commission, il faudra revoir les frais de conversion en fonction de l'expérience effective.

L'impact du tarif

Aucune des deux parties n'a fourni à la Commission de renseignements quant au taux probable d'acquisition de licences de la SCGDE ou au taux probable de substitution entre les copies maison et les émissions préenregistrées. Bien qu'il existe un certain recoupement entre le répertoire de la SCGDE et ce qui est offert par les distributeurs, il y a sans doute bien des émissions qui présentent un intérêt pour les établissements d'enseignement et qui ne sont accessibles qu'auprès de l'une des deux sources. Le taux de substitution ne serait donc probablement pas de un pour un. Cela rend encore plus difficile d'évaluer l'impact potentiel de taux différents sur le marché existant de la distribution d'émissions préenregistrées.

Néanmoins, la Commission ne prévoit pas de perturbation du marché existant de la distribution par suite des taux fixés dans le présent tarif. Toutefois, lors de la prochaine révision du tarif, la Commission s'attend à ce qu'on lui fournisse des données sur l'utilisation et les recettes dans le cadre du tarif, ainsi que le volume de ventes et les recettes se rapportant à la distribution d'émissions préenregistrées. Des ajustements des taux homologués pourront être apportés, au besoin, sur le fondement de ces données et de tout autre renseignement pertinent.

Retroactivity

The Education Coalition asked that the tariff not be retroactive, comparing the situation with what occurred in respect of the private copying levy in 1999. It requested that the Board provide legal certainty with respect to any retroactive liability for taping done prior to the coming into force of the reporting regulations.

The Education Coalition repeatedly insisted that little taping of broadcast programs, if any, had occurred or would occur before a tariff was in place. ERCC acknowledged that they had no way of knowing how many copies may have been made between January 1, 1999 and September 1, 2001.¹⁷

ERCC's proposed tariff covers a four-year period beginning on January 1, 1999. It asked that the tariff go back to that date. It would allow some measure of flexibility for copies made before September 1, 2001. As long as institutions use their best efforts to report on those copies within several weeks from the publication of the certified tariff, and as long as those copies are destroyed before that same date, ERCC is prepared to accept a royalty of \$1 per copy. Under ERCC's proposal, any copy made before September 1, 2001 that was not documented and destroyed by a certain date, would trigger the transactional tariff, unless the institution opted for the comprehensive tariff. In that second scenario, the copy would be deemed to have been made under the comprehensive tariff.

Two matters must be clarified before a decision can be made on this issue.

First, ERCC is entitled to a tariff covering all of the period under examination. ERCC cannot be asked to forego its remuneration right.

La rétroactivité

La Coalition de l'éducation a demandé que le tarif ne soit pas rétroactif, comparant la situation à ce qui s'est passé à l'égard de la redevance pour copie privée en 1999. Elle a demandé que la Commission établisse une certitude juridique à l'égard de toute responsabilité rétroactive pour les enregistrements effectués avant l'entrée en vigueur du règlement sur les obligations de rapport.

La Coalition a maintenu à plusieurs reprises qu'il se ferait peu de copies maison avant la mise en place d'un tarif. La SCGDE a reconnu qu'elle n'avait pas de moyen de connaître le nombre de reproductions réalisées entre le 1^{er} janvier 1999 et le 1^{er} septembre 2001.¹⁷

Le projet de tarif de la SCGDE couvre une période de quatre ans commençant le 1^{er} janvier 1999. Elle a demandé que le tarif soit rétroactif à cette date, tout en proposant faire preuve de souplesse à l'égard des reproductions réalisées avant le 1^{er} septembre 2001. Pour autant que les établissements prennent les dispositions nécessaires pour consigner les renseignements relatifs à ces reproductions dans les semaines suivant la publication du tarif homologué, et que les reproductions sont détruites avant cette date, la SCGDE est disposée à accepter une redevance de 1 \$ l'exemplaire. Suivant la proposition de la SCGDE, toute reproduction effectuée avant le 1^{er} septembre 2001 qui n'a pas été déclarée et détruite avant une certaine date serait assujettie au tarif transactionnel, à moins que l'établissement n'opte pour le tarif forfaitaire. Dans cette seconde hypothèse, la reproduction serait réputée avoir été réalisée sous le régime du tarif forfaitaire.

Il importe de clarifier deux points avant de rendre une décision sur cette question.

Premièrement, la SCGDE a droit à un tarif couvrant toute la période sous examen. On ne peut lui demander de renoncer à son droit à

Comparisons with the private copying levy are not appropriate. In that case, the collective society involved voluntarily decided not to apply retroactively the tariff, partly in recognition of the fact that once the affected blank media were sold, it was not possible for manufacturers and importers to retroactively recover additional costs resulting from the tariff. In other words, it is not possible to retroactively change past market prices. The same is not true in this case. Furthermore, the ultimate user is not the target of the levy under the private copying regime, whereas the educational institution is both the user and the target of the ERCC tariff.

Second, the “legal certainty” that the Education Coalition seeks from the Board already exists. First, the *Act* sets out what triggers the payment of royalties set out in a tariff certified by the Board and what does not. Otherwise, the institution can make copies and use them for free as long as it complies with the *Act* and any regulations. Second, reporting requirements can be imposed only through regulations. Reporting regulations came into force on August 31, 2001, and were not retroactive. Therefore, institutions cannot be forced to report on the making or use of copies before that date.

The rest is a matter of what is fair to do under the circumstances. In that respect, two facts are important. First, educational institutions have been left in a state of uncertainty as to what their retroactive financial liability may be. Second, no one knows just how much taping took place between January 1, 1999 and September 1, 2001. Granting a discount with respect to copies made before September 1, 2001 will encourage the reporting of data which, were it not for the discount, would never get reported.

rémunération. Les comparaisons avec la redevance pour copie privée ne sont pas appropriées. Dans ce dernier cas, la société de gestion a volontairement décidé de renoncer à l'application rétroactive de son tarif, étant donné qu'une fois un support vierge vendu, il n'était plus possible pour les fabricants et importateurs de recouvrer rétroactivement les coûts additionnels découlant du tarif. En d'autres termes, il n'était pas possible de changer rétroactivement les prix passés du marché. Il n'en va pas de même en l'espèce. De plus, l'utilisateur final n'est pas la cible de la redevance selon le régime de la copie privée, alors que l'établissement d'enseignement est à la fois l'utilisateur et la cible du tarif de la SCGDE.

Deuxièmement, la «certitude juridique» que la Coalition de l'éducation cherche à obtenir de la Commission existe déjà. D'abord, la *Loi* détermine les conditions dans lesquelles les redevances prévues dans un tarif homologué par la Commission deviennent exigibles. Si aucune redevance n'est exigible, l'établissement peut faire des reproductions et les utiliser sans frais pourvu qu'il se conforme aux dispositions de la *Loi* et des règlements. Ensuite, les obligations de rapport ne peuvent être imposées que par la voie d'un règlement. Or un règlement à ce sujet est entré en vigueur le 31 août 2001 et n'était pas rétroactif. Par conséquent, on ne peut forcer les établissements à fournir des renseignements sur la réalisation ou l'utilisation de reproductions avant cette date.

Pour le reste, il s'agit de décider ce qui est équitable dans les circonstances. À cet égard, deux faits sont importants. Premièrement, les établissements d'enseignement ont été laissés dans l'incertitude quant à leur responsabilité financière rétroactive éventuelle. Deuxièmement, personne ne sait avec précision combien d'enregistrements ont été réalisés entre le 1^{er} janvier 1999 et le 1^{er} septembre 2001. Une réduction à l'égard des exemplaires réalisés avant le 1^{er} septembre 2001 incitera à la déclaration de données qui, n'était de la réduction, ne seraient jamais déclarées.

The Board considers that it is critical to encourage the reporting of any taping activities. The Board will therefore set the tariff to allow educational institutions to benefit from a discount if they voluntarily provide, with respect to copies made before September 1, 2001, information similar to that which they are required to provide under the regulations. If, as the Education Coalition says, little or no taping has taken place to date, then ERCC loses nothing. If the contrary is true, then the Board and ERCC will obtain important information that may otherwise remain unavailable.

Under ERCC's proposal, a discount would be granted for copies made before September 1, 2001 only as long as they were destroyed. The proposal makes no allowance for copies that an institution may wish to keep. The institution still would not have to report on the copy unless it used it after September 1, 2001. Some discount must be granted on account of those copies if useful information is to be provided in a timely fashion.

Some account must be taken of the date at which this tariff is being certified. The dates have been adjusted to allow institutions to decide on which option they wish to adopt.

Consequently, institutions will be allowed to avail themselves of the following discounts on account of whatever taping may have been done during the period January 1, 1999 to August 31, 2001:

- institutions will pay one dollar for any copy made prior to September 1, 2001 that is reported and destroyed no later than December 31, 2002;
- institutions that opt for the transactional tariff in 2002 will be allowed to purchase a

La Commission estime qu'il est essentiel d'inciter à la consignation des activités d'enregistrement. La Commission fixera donc le tarif afin de permettre aux établissements d'enseignement de bénéficier d'une réduction s'ils présentent volontairement, à l'égard des exemplaires réalisés avant le 1^{er} septembre 2001, des renseignements semblables à ceux qu'ils sont obligés de fournir en vertu de ce même règlement. Si, comme le dit la Coalition de l'éducation, peu ou point d'enregistrements ont été réalisés à ce jour, la SCGDE ne perd rien. Si le contraire est vrai, la Commission et la SCGDE obtiendront d'importants renseignements qu'elles n'auraient pu obtenir autrement.

Selon le projet de la SCGDE, une réduction serait accordée pour les reproductions réalisées avant le 1^{er} septembre 2001 mais uniquement à la condition qu'elles aient été détruites. Le projet ne traite pas des reproductions qu'un établissement pourrait vouloir conserver. L'établissement n'aurait pas à déclarer les reproductions sauf s'il les a utilisées après le 1^{er} septembre 2001. Une certaine réduction doit être accordée à l'égard de ces reproductions pour pouvoir espérer que des renseignements pertinents soient fournis en temps utile.

Il faut prendre en compte la date à laquelle le tarif est homologué. Les dates ont été fixées de manière à permettre aux établissements de décider quelle option ils souhaitent adopter.

Par conséquent, les établissements pourront se prévaloir des réductions suivantes au titre des enregistrements qu'ils ont pu réaliser au cours de la période allant du 1^{er} janvier 1999 au 31 août 2001 :

- les établissements paieront un dollar pour chaque reproduction réalisée avant le 1^{er} septembre 2001 qui est déclarée et détruite au plus tard le 31 décembre 2002;
- les établissements qui optent pour le tarif transactionnel en 2002 pourront acheter une

transactional licence for any reported copy that they do not destroy by December 31, 2002 at a 75 per cent discount;

- institutions that opt for the comprehensive tariff in 2002 will be deemed to have made reported copies pursuant to their 2002 licence. Those copies will attract a conversion charge equal to 25 per cent of the applicable transactional rate (i.e., a 50 per cent discount of the normal conversion charge) if an institution opts out of the comprehensive tariff at a later date.

The Board does not find it necessary to provide a discount for copies made between September 1, 2001 and the date on which the tariff is certified. No incentive is needed to ensure that information is reported, since the duty to report is set by regulation as is independent of any tariff being in place. Furthermore, if little or no taping has taken place to date, as the Education Coalition has stated, then the financial liability of educational institutions will be minimal.

Tariff Wording

The wording of the tariff and the substance of its administrative provisions largely reflect a consensus reached by ERCC and the Educational Coalition. Only one matter requires further comment.

In its final proposal, ERCC asked that students enrolled in distance education or correspondence course be expressly mentioned in the definition of "other FTE student". It would appear that the relevant Statistics Canada data only account, as part-time student, for those students following a course leading to a degree. No reliable data is kept on students that are not enrolled in degree-granting programs. For the time being, the Board opts to leave the matter open, with an

licence transactionnelle pour toute reproduction déclarée qu'ils n'auront pas détruite d'ici le 31 décembre 2002, au taux réduit de 75 pour cent;

- les établissements qui optent pour le tarif forfaitaire en 2002 seront réputés avoir effectué les reproductions déclarées en vertu de leur licence pour l'année 2002. À ces reproductions s'appliqueront des frais de conversion correspondant à 25 pour cent du taux transactionnel applicable (soit une réduction de 50 pour cent des frais normaux de conversion) si l'établissement choisit le tarif forfaitaire à une date ultérieure.

La Commission estime qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une réduction pour les reproductions effectuées entre le 1^{er} septembre 2001 et la date d'homologation du tarif. Il n'est nul besoin de recourir à un moyen incitatif étant donné que l'obligation de rapport est prévue par règlement et qu'elle est indépendante de tout tarif en place. De plus, si peu ou point d'enregistrements ont été réalisés à ce jour, comme le prétend la Coalition de l'éducation, la responsabilité financière des établissements d'enseignement sera alors minimale.

Libellé du tarif

Le libellé du tarif et le contenu des dispositions administratives reflètent pour l'essentiel un consensus auquel en sont arrivées la SCGDE et la Coalition de l'éducation. Il ne reste qu'un point dont il faut faire mention.

Dans son dernier projet de tarif, la SCGDE demandait que la définition de «autre élève ETP» mentionne expressément l'étudiant inscrit à un programme d'éducation à distance ou à un cours par correspondance. Il semblerait que les données pertinentes de Statistique Canada tiennent compte uniquement, en tant qu'étudiants à temps partiel, des étudiants inscrits à un cours menant à l'obtention d'un diplôme. Il n'existe pas de données fiables

expectation that educational institutions will not attempt to “back out” of the data they provide to Statistics Canada, off-campus students who are pursuing a degree.

Amending the Regulations

The Education Coalition asked that the Board amend the regulations so as to remove any reporting requirement with respect to performances. This request relies on the fact that the tariff formula in no way depends on the number of performances of a program. This request must be rejected for two reasons. First, a hearing is not the process through which changes to regulations should be entertained. Second, as these hearings clearly demonstrated, there is a remarkable lack of information concerning how often programs are performed in the classroom. Consequently, quite apart from any information required to calculate the tariff, there is value in asking that institutions report their protected uses of programs until those use patterns are better known.

Designating ERCC for the Purposes of “Orphan” Copyright Owners

By virtue of subsection 76(2) of the *Act*, anyone who owns rights in a program who is not an affiliate of ERCC is entitled to receive royalties for actions covered under the regime by the collective that is designated by the Board subject to the same conditions as those to which a person who as so authorized that collective is subject. ERCC currently is the only collective society that is entitled to ask for the payment of royalties pursuant to sections 29.6 and 29.7 of the *Act*. It has asked for the designation. Under

portant sur les autres étudiants. Pour l’instant, la Commission préfère laisser la question en suspens, tout en s’attendant à ce que les établissements d’enseignement ne cherchent pas à supprimer des données qu’ils fournissent par ailleurs à Statistique Canada, les étudiants hors campus qui cherchent à obtenir un diplôme.

La modification du Règlement

La Coalition de l’éducation a demandé à la Commission de modifier le règlement de manière à supprimer toute obligation de faire rapport sur les exécutions, au motif que la formule tarifaire ne tient aucun compte du nombre d’exécutions d’une émission. Cette demande est rejetée pour deux motifs. En premier lieu, une audience n’est pas la procédure qui convient pour l’examen d’une modification du règlement. En deuxième lieu, comme les audiences l’ont clairement établi, il existe une pénurie remarquable de renseignements au sujet de la fréquence d’exécution des émissions en classe. Par conséquent, en dehors de tout renseignement nécessaire pour calculer la redevance à payer selon le tarif, il est justifié de demander aux établissements de faire rapport sur les utilisations protégées de ces émissions, jusqu’à ce que l’on connaisse mieux les habitudes d’utilisation.

La désignation de la SCGDE à l’égard des titulaires de droit d’auteur n’ayant pas adhéré à la SCGDE

En vertu du paragraphe 76(2) de la *Loi*, tout titulaire de droits dans une émission qui n’a pas adhéré à la SCGDE a le droit de recevoir des redevances pour les actes couverts par le régime de la société de gestion désignée par la Commission aux mêmes conditions qu’une personne qui a habilité une société de gestion à cette fin. La SCGDE est la seule société de gestion sur le marché. Elle a demandé d’être désignée. La logique veut qu’elle soit désignée à l’avance. En conséquence, et en vertu du

the circumstance, designating ERCC in advance of any possible claims makes eminent sense. Consequently, and pursuant to subsection 76(2) of the *Act*, Board hereby designates ERCC as the collective society which is obligated to pay royalties to orphan copyright owners.

paragraphe 76(2) de la *Loi*, la Commission désigne par la présente la SCGDE comme la société de gestion tenue de payer des redevances aux titulaires de droits d'auteur qui n'ont adhéré à aucune société de gestion.

Le secrétaire général,

Claude Majeau
Secretary General

ENDNOTES

1. The *Act* defines an educational institution as

“(a) a non-profit institution licensed or recognized by or under an Act of Parliament or the legislature of a province to provide pre-school, elementary, secondary or post-secondary education,

(b) a non-profit institution that is directed or controlled by a board of education regulated by or under an Act of the legislature of a province and that provides continuing, professional or vocational education or training,

(c) a department or agency of any order of government, or any non-profit body, that controls or supervises education or training referred to in paragraph (a) or (b), or

(d) any other non-profit institution prescribed by regulation;”

Anything an institution can do also can be done by a person acting under its authority.

2. See subsection 76(1) of the *Act*.
3. Testimony of Mr. Goldstein and Exhibit ERCC-10, page 3, Table 1 (Revised). This amount excludes duplication rights, which allow an institution to purchase a single tape to make multiple copies, allowing simultaneous use in more than one classroom. The broadcast taping regime only allows the making of a single copy of a program.

Testifying for the Education Coalition, Mr. Gauthier would have reduced this amount even more on account of duplication rights. In the end, the Education

NOTES

1. La *Loi* contient la définition suivante de l'établissement d'enseignement :

«a) Établissement sans but lucratif agréé aux termes des lois fédérales ou provinciales pour dispenser de l'enseignement aux niveaux préscolaire, élémentaire, secondaire ou postsecondaire, ou reconnu comme tel;

b) établissement sans but lucratif placé sous l'autorité d'un conseil scolaire régi par une loi provinciale et qui dispense des cours d'éducation ou de formation permanente, technique ou professionnelle;

c) ministère ou organisme, quel que soit l'ordre de gouvernement, ou entité sans but lucratif qui exerce une autorité sur l'enseignement et la formation visés aux alinéas a) et b);

d) tout autre établissement sans but lucratif visé par règlement.»

Tout ce qu'un établissement peut faire peut également être fait par une personne agissant sous son autorité.

2. Voir le paragraphe 76(1) de la *Loi*.
3. Témoignage de M. Goldstein et pièce SCGDE-10, page 3, Tableau 1 (révisé). Ce montant exclut les droits de duplication, qui permettent à l'établissement d'acheter une seule bande pour faire des copies multiples, permettant l'utilisation simultanée dans plus d'une classe. Le régime ne permet de faire qu'un seul exemplaire d'une émission.

M. Gauthier, témoignant pour la Coalition de l'éducation, aurait réduit davantage ce montant en raison des droits de duplication. En fin de compte, la Coalition de l'éducation a semblé accepter le chiffre de

Coalition appeared to agree with ERCC's figure as a starting point. Had the Board ruled on the matter, it would have preferred the evidence of Mr. Goldstein to that of Mr. Gauthier. Neither relied on a random sample; however, Mr. Goldstein's interviewees accounted for a much larger share of the market. Furthermore, Mr. Gauthier's information came from media centres, which naturally would tend to purchase more duplication rights than individual educational institutions.

4. The Education Coalition initially estimated that amount at 30 per cent. During final argument, it agreed that ERCC's figure of 37.3 per cent probably was more accurate (see transcripts, page 548).
5. Australian universities did something similar: Exhibit Coalition-7, paragraph 9. By contrast, broadcasters cannot operate without a licence to perform musical works, which they can buy only from SOCAN; importers of blank recording media cannot avoid paying the private copying levy.
6. The Education Coalition itself cast doubt as to the importance of that part of the repertoire. It repeatedly implied that educational institutions can easily function without any broadcast taping. According to the Education Coalition's own witness, New Brunswick intends to continue to deal with distributors "whatever happens with ERCC".
7. The institution also is allowed, for free, to copy and perform that part of the repertoire for which it constantly needs immediate access: news and news commentary.

la SCGDE comme point de départ. Si la Commission avait eu à se prononcer sur la question, elle aurait préféré le témoignage de M. Goldstein à celui de M. Gauthier. Ni l'un ni l'autre ne s'appuyait sur un échantillon aléatoire; toutefois, les personnes interrogées par M. Goldstein représentaient une part du marché beaucoup plus grande. En outre, les renseignements de M. Gauthier provenaient de médiathèques, qui ont une tendance naturelle à acheter plus de droits de duplication que les établissements d'enseignement individuels.

4. La Coalition de l'éducation a adopté au départ une estimation de 30 pour cent. Au cours de la dernière phase des débats, elle a convenu que le chiffre de 37,3 pour cent, avancé par la SCGDE, était probablement plus exact (voir transcriptions, page 548).
5. Les universités australiennes ont fait quelque chose d'analogue : pièce Coalition-7, paragraphe 9. Au contraire, les diffuseurs ne peuvent fonctionner sans une licence pour exécuter des œuvres musicales, qu'ils ne peuvent obtenir que de la SOCAN; les importateurs de supports audio vierges ne peuvent se soustraire à la redevance pour copie privée.
6. La Coalition elle-même a mis en doute l'importance de cette partie du répertoire. Elle a donné à entendre, de façon répétée, que les établissements d'enseignement peuvent aisément fonctionner sans copies maison. Selon le propre témoin de la Coalition, le Nouveau-Brunswick compte continuer à traiter avec les distributeurs [TRADUCTION] «quoi qu'il arrive à la SCGDE».
7. L'établissement peut également, gratuitement, reproduire et exécuter cette partie du répertoire à laquelle il a constamment besoin d'un accès immédiat : actualités et commentaires d'actualités.

8. Such as satellite delivery.
 9. For instance, the CBC, Radio-Canada, National Geographic and the National Film Board.
 10. *Private Copying 1999-2000, Copying for Private Use*, Decision of the Copyright Board of Canada, December 17, 1999 and *Private Copying 2001-2002, Copying for Private Use*, Decision of the Copyright Board of Canada, December 19, 2000.
 11. The evaluation performed by the educational institution is not relevant in setting the tariff; it should remain essentially the same whether the material is taped from broadcast or purchased from a distributor.
 12. Some recording devices can automatically edit out commercials. However, we know nothing of how many of these devices educational institutions have purchased.
 13. ERCC debated whether those guides have any value. The Board prefers the evidence of Mr. Breau, who stated that his service maintains a separate library system to accommodate the guides, and that the guides often contain significant information about suitable preparation and follow-up activities as well as likely questions students may ask with suggested answers.
 14. Exhibit Coalition-2, paragraphs 41 and 42.
 15. As the evidence on tariff rates in Australia and the U.K. amply demonstrates.
 16. An issue that was explored earlier.
 17. Since that date, educational institutions are required to report on their copying activity
8. Comme la distribution par satellite.
 9. Par exemple, la Société Radio-Canada, la CBC, *National Geographic* et l'Office national du film.
 10. *Copie privée 1999-2000, Copie pour usage privé*, décision de la Commission du droit d'auteur Canada, 17 décembre 1999 et *Copie privée 2001-2002, Copie pour usage privé*, décision de la Commission du droit d'auteur Canada, 19 décembre 2000.
 11. L'évaluation effectuée par l'établissement d'enseignement n'est pas pertinente pour la fixation du tarif; elle devrait rester sensiblement la même qu'il s'agisse d'une copie maison ou d'une bande achetée d'un distributeur.
 12. Certains appareils d'enregistrement peuvent éliminer automatiquement les messages publicitaires. Toutefois, nous n'avons pas d'idée du nombre de ces appareils qu'ont achetés les établissements d'enseignement.
 13. La SCGDE a mis en doute la valeur de ces guides. La Commission préfère le témoignage de M. Breau, qui a indiqué que son service tient une bibliothèque distincte pour ces guides et que ceux-ci contiennent souvent des renseignements fort pertinents sur les activités de préparation et de suivi ainsi que sur les questions que les élèves peuvent poser avec des suggestions de réponses.
 14. Pièce Coalition-2, paragraphes 41 et 42.
 15. Comme le démontre amplement la preuve portant sur les taux en Australie et au Royaume-Uni.
 16. Question qui a déjà été examinée.
 17. Depuis cette date, les établissements d'enseignement sont tenus de consigner des

as well as on the use they make of such copies: see *Educational Program, Work and Other Subject-matter Record-keeping Regulations* (SOR/2001-296).

renseignements sur les copies qu'ils font et sur l'utilisation qu'ils font de ces copies : voir *Règlement sur les obligations de rapport relatives aux émissions, œuvres et autres objets du droit d'auteur reproduits à des fins pédagogiques* (DORS/2001-296).